



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-09-06
Meddelad i Linköping

Mål nr
4357-18, 4358-18,
4359-18

KLAGANDE

Rensman Rörrensning AB, 556446-2033

Ombud: Jesper Liljegren

MOTPARTER

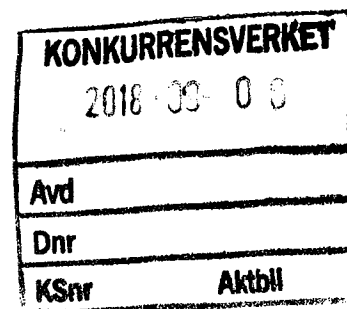
1. Oxelösunds kommun, 212000-0324
2. Oxelö Energi AB, 556070-9429
3. Nyköpings kommun, 212000-2940

SAKEN

Överprövning av avbrytandebeslut enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Id 338987

ress

öping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Oxelösunds kommun genomför för egen räkning och som ombud för Oxelö Energi AB och Nyköpings kommun (nedan Beställarna) en upphandling av ramavtal avseende luft- och vattenspolning samt ”pigging” inkluderande upprättande och reviderande av spolplaner, dnr Inköp.2017.12. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LUF. Den 4 maj 2018 meddelade Beställarna ett tilldelningsbeslut genom vilket Pollex AB tilldelades kontraktet. Av beslutet framgår att de övriga två anbud som lämnades i upphandlingen, från Rensman Rörrensning AB (nedan Bolaget) och SVAPIPE AB förkastades då de inte bedömdes uppfylla ställda minimikrav. Bolaget begärde överprövning av upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 3732-18, 3734-18 och 3735-18) och yrkade att förvaltningsrätten i första hand ska besluta om rättelse med innebörden att Beställarna ska göra en ny utvärdering där Bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkade Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Beställarna har den 21 maj 2018 beslutat att avbryta upphandlingen med följande motivering. Upphandlingsdokumenten innehåller allvarliga brister och fel, varvid anbudsgivare inte getts en självklar bild av vilka krav som ska uppfyllas. I den uppkomna situationen riskerar Beställarna att inte kunna göra en objektiv, likvärdig och korrekt anbudsprövning. Utformningen av upphandlingsdokumenten har således medfört att det föreligger stor sannolikhet att kravet på öppenhet, förutsebarhet och transparens i upphandlingen inte kan anses uppfyllt. Därmed har Beställarna fått möjlighet till fri prövningsrätt.

Bolaget ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ska upphävas samt att Beställarna ska åläggas att slutföra upphandlingen genom rättelse av tidigare tilldelningsbeslut och inkluderande av Bolagets anbud i utvärderingen.

Beställarna bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Beställarna har inte redovisat vilka fel som upphandlingsunderlaget är behäftat med. Det påstås innehålla allvarliga fel och brister men det ges inga exempel eller hänvisningar. Då inga sakliga skäl redovisats anser Bolaget att avbrytandet av upphandlingen ska upphävas.

De otydligheter som påtalats från Bolagets sida låg främst i bedömningen av kvalificeringen av anbuden, inte i utvärderingen av priset. Bolaget vidhåller att felet inte ligger huvudsakligen i underlaget i sig, utan i Beställarnas tolkning av detsamma. Underlaget i sig har inte uppfattats som otydligt av anbudsgivarna, då inga frågor har ställts i upphandlingens Frågor och svar. En objektiv, likvärdig och korrekt anbudsprövning kan ske utifrån upphandlingsunderlaget och anbuden, givet att denna utgår från vad som faktiskt efterfrågats (liknande, inte likvärdiga, ledningssystem). Alla anbudsgivare har haft samma information och utformat sina anbud efter dem.

Beställarna har i sitt yttrande i målet anfört att det krav som ställdes i punkten 7.3 inte säkerställer att behovet bakom upphandlingen tillgodoses. Till stöd för detta åberopar Beställarna 14 kap. 19 § LUF och anför att upphandlingsdokumenten behöver korrigeras för att ändra skrivningen från "liknande" till "likvärdiga" och att de endast är förpliktigade att godta likvärdiga kvalitetsledningssystem. Bolaget anser att Beställarna har blandat ihop vilket krav som de facto ställts och vilket krav Beställarna avsett att ställa. Det visar också att Beställarna medger implicit att det inte är vad kravet säger i dess nuvarande form, och att de alltså agerat fel när de förkastat Bolagets anbud under kvalificeringsfasen.

Ett krav enligt 14 kap. 19 § LUF kräver att Beställarna preciserar vad som efterfrågas. Det är möjligt att det var ett krav på likvärdighet Beställarna avsåg att ställa. Anbudsgivare har dock ingen möjlighet att förhålla sig till annat än de krav som faktiskt har ställts i underlaget. Det som har efterfrågats i punkt 7.3 är ledningssystem för miljö, kvalitet och arbetsmiljö som liknar system av typen ISO 9001, ISO 14001 och OHSAS. Det är ett proportionerligt krav som Bolaget har uppfyllt. Beställarna har inte visat att en högre kravnivå skulle gjort någon skillnad för tjänsten som upphandlades. Att Beställarna avsett att ställa en annan typ av krav kan inte anses som saklig grund för avbrytande då det underlag som faktiskt användes är av erforderlig kvalitet för att göra en utvärdering. Beställarna har inte visat att ett avbrytande är mer proportionerligt än en rättelse av tidigare tilldelningsbeslut.

Bolaget har påpekat bristerna i upphandlarens förfarande under kvalificeringsfasen efter erhållet tilldelningsbeslut. Det är dock först vid överprövning som Beställarna finner brister i underlaget. Bolaget anser att Beställarna använder avbrytandet av upphandlingen för att undvika rättelse av tidigare tilldelningsbeslut. Beställarna hävdar att brister i underlaget gett dem fri prövningsrätt. Bolaget anser att Beställarna begagnar sig av avbrytande av upphandling, utan saklig grund, för att ge sig själva detsamma, vilket står i strid med de grundläggande principerna om förutsebarhet och likabehandling. Avbrytande utan saklig grund skadar Bolaget ekonomiskt då Bolaget anser sig vara rättmätiga vinnare i anbudsgivningen.

Beställarna

Upphandlingsdokumenten säkerställer inte att Beställarnas behov kommer att tillgodoses med hänsyn till brist i kvalificeringskraven. Under avsnitt 7.3 i de administrativa föreskrifterna anges att leverantören ska bedriva ett kvalitetsledningssystem enligt ISO 9001 eller "liknande". Begreppet "liknande"

säkerställer inte att leverantören har tillräcklig kapacitet och inbegriper otydligheter som disharmonierar med transparensprincipen.

Av 14 kap. 19 § andra stycket LUF följer att Beställarna kommun endast är förpliktigade att godta "likvärdiga" kvalitetsledningssystem för att säkerställa leverantörens kapacitet. Detta begrepp säkerställer leverantörens kapacitet i aktuellt avseende och innebär en högre grad av förutsägbarhet. Upphandlingsdokumenten behöver således justeras så skrivningen ändras från "liknande" till "likvärdiga". Det föreligger därmed saklig grund för avbrytandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Beställarna har motiverat sitt avbrytandebeslut med att upphandlingsdokumenten behöver ändras eftersom de i sin nuvarande utformning medför en stor sannolikhet att kravet på öppenhet, förutsebarhet och transparens i upphandlingen inte kan anses uppfyllt då inte ger en självklar bild av vilka krav som ska uppfyllas samt riskerar att leda till att Beställarna inte kan göra en objektiv, likvärdig och korrekt anbudsprövning.

I sitt yttrande i målet har Beställarna därutöver gjort gällande att upphandlingsdokumenten inte säkerställer att Beställarnas behov kommer att tillgodoses då det i punkten 7.3 i Administrativa föreskrifter anges att leverantören ska bedriva ett kvalitetsledningssystem enligt ISO 9001 eller "liknande" och begreppet "liknande" inte säkerställer att leverantören har tillräcklig kapacitet samt inbegriper otydligheter som disharmonierar med transparensprincipen.

Beträffande möjligheten att pröva omständigheter som åberopas först under överprövningsprocessen kan följande framföras. Vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LUF innehåller något krav på

att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Upphandlande enhet ska förvisso ange skälen för ett avbrytandebeslut, men några krav på att den i avbrytandebeslutet uttömmande ska ange alla omständigheter som ligger till grund för beslutet finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12). Med beaktande av de effektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn tagen till att rättssäkerheten för Bolaget tillgodosätts genom den kommunikering som skett i målet, finner förvaltningsrätten, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även de under domstolsprocessen tillkommande skälen för Beställarnas beslut att avbryta upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref 5).

En upphandlande enhet har inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Det krävs inte heller att det föreligger en undantagssituation eller att det finns tungt vägande skäl för att en upphandling ska kunna avbrytas (se t.ex. EU-domstolens avgöranden mål C-92/00 *HI* och mål C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*). Ett beslut att avbryta en upphandling måste däremot vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste vara förenligt med de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande enheten som har att visa att det funnits godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

En offentlig beställare bör ges betydande utrymme att utforma en anbudsfrågan så att den bäst passar det inköpsbehov som föreligger. Den omständigheten att ett publicerat upphandlingsdokument i någon del inte är tydligt rörande vad som efterfrågas eller vad beställaren önskar fästa avseende vid har därför ansetts utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta ett upphandlingsförfarande (jfr C-244/02, *Kaupatalo Hansel*, REG 2003 s. I-12139 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1427-10).

Med beaktande av att den del av upphandlingsdokumenten som enligt Beställarna behöver ändras avser ett obligatoriskt krav som avser att säkerställa att leverantören har tillräcklig kapacitet för att utföra det uppdrag som är föremål för upphandlingen på det sätt Beställarna önskat fästa avseende vid finner förvaltningsrätten, med hänvisning till den praxis som ovan nämns, att Beställarna haft ett sakligt godtagbart skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Beställarna kan inte heller genom sitt förfarande anses ha brutit mot någon av de grundläggande principerna. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Handläggare i målet har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

