



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**  
2017-12-18  
Meddelad i Malmö

Mål nr  
11302-17

### **SÖKANDE**

Comenius Svenska AB, 556613-1636

Ombud: advokaten Erik Olsson och juristen Tahmina Sahibli  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB  
Box 16119  
103 23 Stockholm

### **MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

### **SAKEN**

Offentlig upphandling (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

---

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Comenius Svenska AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

---

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-12-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 407975

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00  
**E-post:** kansli1.fma@dom.se  
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

**Telefax**  
040-97 24 90

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

## **BAKGRUND**

Region Skåne genomför en upphandling avseende IT-stöd och kompetensförsörjning, dnr 1501822. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU.

Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade Region Skåne att anta anbudet från Edge HR AB (Edge). Anbudet från Commenius AB (Commenius) placerade sig på andra plats. Commenius ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten avslog den 24 mars 2017 Commenius ansökan om ingripande enligt LOU.

Commenius överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg. I dom den 27 september 2017 i mål 1748-17 beslutade kammarrätten att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras, varvid anbudet från Edge inte ska beaktas.

Region Skåne har den 13 oktober 2017 avbrutit upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

## **YRKANDE OCH INSTÄLLNING**

### *Commenius*

Commenius ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar förvaltningsrätten ska undanröja Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen. Commenius yrkar vidare att förvaltningsrätten ska besluta att Region Skåne ska slutföra upphandlingen i enlighet med kammarrättens dom.

Som grund för sin talan anför Commenius bl.a. följande.

Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen är inte grundat på sakligt godtagbara skäl, är godtyckligt och utgör en överträdelse av de för offentlig upphandling grundläggande principerna. En utvärdering i enlighet med kammarrättens dom skulle innebära att Commenius skulle utses som den vinnande anbudsgivaren i upphandlingen och därmed tilldelas kontrakt. Region Skåne har valt att inte följa kammarrättens dom vilket har inneburit att Commenius lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada av Region Skånes felaktiga beslut.

Möjligheten att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens har berörts av såväl EU-domstolen som av svensk domstol. I EU-domstolens mål *C-27/98 Fracasso och Leitschultz* var förutsättningarna att endast ett anbud hade kvalificerat sig till anbudsutvärdering. Av målet går det att utläsa att kravet på effektiv konkurrens innebär att tilldelning av kontrakt sker mot bakgrund av en jämförelse av olika anbud där den upphandlande myndigheten kan välja det förmånligaste anbudet på grundval av uppställda utvärderingskriterier. Det förhållandet att det enda lämpliga anbudet inte kunde jämföras med något annat anbud ledde till att EU-domstolen ansåg att tilldelningskriterierna inte kunde tillämpas och därmed att effektiv konkurrens inte kunde uppnås.

Frågan om avbrytande av upphandling på grund av bristande konkurrens har berörts även av svensk rättpraxis. Det går dock inte att utläsa av svensk rättspraxis att upphandlande myndigheter automatiskt skulle tillerkännas en rättighet att under alla omständigheter avbryta en upphandling med hänvisning till bristande konkurrens. En prövning av omständigheterna i det enskilda fallet måste alltid göras.

I upphandlingen har fem anbud inkommit varav tre har förkastats på grund av diverse brister i anbudet och två har kvalificerat sig till utvärdering, det vill säga Commenius anbud och anbudet från Edge. Utvärderingskriteriet i

upphandlingen har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till högst börkriteriepoäng utifrån bedömningen användbarhet och användarvänlighet. Region Skåne har genomfört en utvärdering av de två anbuden från Commenius och Edge. Av utvärderingen framgår att Edge och Commenis erhållit snarlika poäng.

Till skillnad från Fracasso och Leitschutz har Region Skåne i nu aktuellt mål genomfört en utvärdering av två anbud och kunnat göra den jämförelse av anbuden som krävs för att uppfylla effektiv konkurrens. Någon prisvärdering har inte skett eftersom Region Skåne valt att använda sig av fasta priser. Detta innebär dels att inkomna anbud varit helt likvärdiga avseende pris och att utvärderingen endast skett utifrån tjänstens användbarhet och användarvänlighet. Utvärderingen har resulterat i att Edges andel erhållna börkriterier varit endast 1,5 procent högre än Commenius, vilket innebär att anbuden, förutom att vara exakt likvärdiga prismässigt, har varit mycket lika i kvalitetsavseende. Eftersom en utvärdering har kunnat göras och tilldelning har kunnat ske efter en jämförelse av Commenius och Edge anbud har effektiv konkurrens uppnåtts. Något sakligt skäl för att upphandlingens avbrytande har inte förelegat.

Argumentet att det föreligger bristande konkurrens förefaller vara en efterhandskonstruktion i syfte att avbryta upphandlingen. Mot bakgrund av att anbuden från Edge och Commenius är så pass snarlika är det svårt att skilja sig från intrycket att andra än objektiva överväganden ligger bakom Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen. Beslutet förefaller med andra ord ha skett godtyckligt.

Avbrytandebeslutet har inte varit nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen och är därmed inte proportionerligt.

*Region Skåne*

Enligt gällande rättspraxis har upphandlande myndighet rätt att avbryta en pågående upphandling om det finns sakligt godtagbara skäl och myndigheten iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna såsom öppenhet, proportionalitet och likabehandling.

Avbrytandebeslutet grundades på bristande konkurrens dels i den meningen att det vid den aktuella tidpunkten inte fanns några giltiga anbud dels på den grund av att det inte heller fanns några kvalificerade anbud.

Enligt kammarrättens dom skulle en ny utvärdering göras och det kvarstod endast ett anbud att utvärdera (Commenius anbud). Under tiden för ny utvärdering löpte dock anbudets giltighetstid ut. Det fanns således inte några giltiga anbud när Region Skåne beslutade att avbryta upphandlingen. Bristande konkurrens förelåg.

Vid en ny utvärdering nu i enlighet med kammarrättens dom har Commenius anbud granskats och visat sig inte uppfylla samtliga obligatoriska krav. Det fanns således inte några kvalificerade anbud när Region Skåne beslutade att avbryta upphandlingen.

*Commenius*

Commenius genmäler och framför följande. Region Skåne har klart och tydligt motiverat sitt avbrytandebeslut med att endast ett giltigt anbud, nämligen Commenius anbud, kvarstår för utvärdering. Av avbrytandebeslutet framgår att detta leder till att bristande konkurrens föreligger varför Region Skåne anser sig ha rätt att avbryta upphandlingen. Bristande konkurrens är inte detsamma som att anbudets giltighetstid har löpt ut. Upphandlande myndighet är skyldig att underrätta anbudssökandena om skälet varför upp-

handlingen avbryts. Upphandlande myndigheter kan inte efterhand lägga till nya grunder och skäl för sitt avbrytandebeslut. Commenius betraktar sitt anbud som giltigt.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig (LOU), se punkten 4 i övergångsbestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Frågan i målet är om Region Skåne haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Commenius har gjort gällande att sådana skäl inte förelegat, att beslutet har fattats godtyckligt och att det strider mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

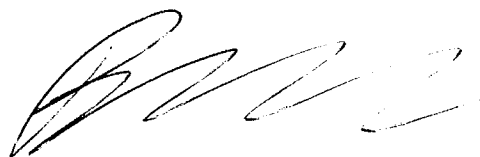
Det finns inte någon bestämmelse i LOU som reglerar när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av såväl EU-rättslig som nationell praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling. EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Myndigheten får anses ha ett stort utrymme för att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). När endast en lämplig anbudsgivare återstår efter kvalificering föreligger i regel sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (jfr RÅ 2008 ref 35).

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Region Skåne har valt att avbryta upphandlingen med hänvisning till att det föreligger bristande konkurrens eftersom endast ett anbud (det vill säga Commenius anbud) återstod efter kammarrättens dom.

Förvaltningsrätten konstaterar att det visserligen skett en utvärdering beträffande anbuderna från Edge och Commenius i första skedet. Mot bakgrund av att kammarrätten konstaterat att ny utvärdering ska göras, och att anbudet från Edge inte rätteligen borde ha kvalificerat sig och utvärderats, anser förvaltningsrätten att Region Skåne har haft godtagbara skäl att avbryta upphandlingen redan med hänvisning till att bristande konkurrens förelåg. Det har inte heller framkommit att beslutet om avbrytande av upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Vad Commenius anfört förändrar inte denna bedömning. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Bertil Idarsson

Ulrika Skogler har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

