



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Anna Andersson

DOM
2012-09-20
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2163-12

SÖKANDE

Högskolan för lärande och kommunikation i Jönköping AB
Box 1026
551 11 Jönköping

MOTPART

Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2012-09-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Oskarshamns kommun (hädanefter 'kommunen') har påbörjat en upphandling av en utbildning inom projektet "Tekniklyft i grundskolan" i form av förenklat förfarande enligt LOU. Efter att anbudstiden löpt ut beslutade kommunen att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades med att kommunen beslutat att genomföra utbildningen i egen regi.

YRKANDEN

Högskolan för lärande och kommunikation i Jönköping AB (hädanefter 'HLK') ansöker om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkar, *i första hand*, att kommunen åläggs att fullfölja den aktuella upphandlingen och, *i andra hand*, att kommunen åläggs att göra om upphandlingen.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

HLK anför bl.a. följande. Ett omfattande arbete gjordes för att lämna ett anbud med beskrivning av planering, upplägg, innehåll, genomförande och kursplaner etc. Den 30 maj 2012 erhöles meddelande om att upphandlingen avbrutits. Vid förfrågan till kommunen om skälet till den avbrutna upphandlingen blev svaret att kommunen beslutat att genomföra utbildningen i egen regi. Om en köpare använder sig av möjligheten att avbryta en upphandling utan andra skäl än att man finner skäl att göra så, innebär det att den upphandlande organisationen, genom de inkomna anbuden får tillgång till förslag på planeringar, innehåll, upplägg, genomförande, kursplaner etc. utan någon som helst kostnad och utan att leverantören har chans att få någon som helst ersättning för nedlagt arbete. Om ett sådant förfarande

sätts i system av upphandlande enheter äventyras hela syftet med LOU. Den avbrutna upphandlingen innebär att skada åsamkats genom att det utbildningskoncept med upplägg, genomförande, kursplaner m.m. som utarbetats kan komma att användas av kommunen eller annan utbildare utan att någon ersättning utgår. Kommunen har genom klausulen i upphandlingsunderlaget om ev. avbrytande av upphandlingen och den efterföljande, utan reella skäl avbrutna upphandlingen, inte följt intentionerna i LOU utan snarare använt klausulen för att kringgå lagen. Kommunens förmodan att en sådan omprövning skulle strida mot principen om likabehandling är inte relevant och bör inte förhindra förvaltningsrätten att överpröva kommunens beslut att avbryta upphandlingen.

Kommunen anför bl.a. följande. Vid tidpunkten för upphandlingen rådde osäkerhet om hur man skulle lösa det uppdrag i projektet som upphandlingen avsåg och de förändringar i budgeten som krävs för att genomföra utbildningen i egen regi har godkänts av Europeiska socialfonden. För att inte stänga några dörrar formulerades upphandlingen också så att möjlighet skulle finnas att avbryta och utföra uppdraget i egen regi. Då det i förfrågningsunderlaget anges att ”om Oskarshamns kommun beslutar att genomföra utbildningen i egen regi kommer upphandlingen att avbrytas” har förutsättningarna varit klara och tydliga. Det kan förmodas att flera potentiella anbudsgivare medvetet avstått från att lämna anbud av denna orsak, dvs. risken för att upphandlingen skulle avbrytas. Därför kan inte upphandlingen fullföljas då detta skulle strida mot principen om likabehandling. Det kanske inte var så klokt att arbeta med två parallella spår, men projektet var i stor tidsnöd. Ingen anbudsgivare kan dock ha missförstått intentionen. Inte heller har någon ställt frågor angående detta under anbudstiden trots att det i förfrågningsunderlaget finns en tydlig uppmaning härom. Att göra om upphandlingen är inte längre aktuellt och att HLK skulle ha åsamkats skada genom att utbildningskonceptet skulle kunna användas ifrågasätts. HLK har inte begärt någon sekretess på konceptet vilket innebär att det i

vilket fall som helst kan lämnas ut om någon utomstående begär det. Bedömningen är att konceptet inte kan anses så unikt att HLK åsamkats skada genom att upphandlingen avbrutits. Intentionen med att upplysa presumtiva anbudsgivare om att upphandlingen skulle kunna komma att avbrytas var att göra förfrågningsunderlaget så transparent som möjligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Målet gäller om det funnits förutsättningar för kommunen att avbryta upphandlingen på den av kommunen angivna grunden, nämligen att den utbildning som upphandlingen avser ska genomföras i egen regi.

Ett beslut att avbryta en pågående upphandling är ett beslut som kan bli föremål för överprövning och allmän förvaltningsdomstol är behörig att pröva sådana mål (jfr RÅ 2005 ref. 62; se även RÅ 2008 ref. 35). Av EU-domstolens praxis inom upphandlingsområdet framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI punkt 40-41). 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).

Av rättspraxis framgår emellertid att ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (RÅ 2009 ref. 43). En upphandlande myndighet får t.ex. inte begära in anbud endast för att klarlägga prisnivåer för att därefter upphandla till lägre prisnivåer; ett sådant förfarande är konkurrensbegränsande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12). Sakligt godtagbara skäl kan också vara att det t.ex. inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat råda över (jfr Nämnden för offentligt upphandling, nyhetsbrev mars

2006, s. 12). Sakliga skäl för att avbryta en upphandling har i rättspraxis vidare ansetts föreligga t.ex. när ett förfrågningsunderlag inte är transparent och anbudsgivare har uppfattat skrivningar i ett förfrågningsunderlag på helt olika sätt (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september 2010 i mål nr 1427-10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 april 2011 i mål nr 6093-10).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I likhet med HLK anser förvaltningsrätten *inte* att enbart en hänvisning till förfrågningsunderlaget och att den aktuella utbildningen ska genomföras i egen regi, medför att avbrytandebeslutet vilat på sakligt godtagbara skäl. Enligt förvaltningsrättens mening får därutöver rimligen krävas att kommunen förklarar *varför* kommunen funnit skäl att, sedan upphandlingen påbörjats, genomföra utbildningen i egen regi. Givetvis förutsätts då att skälen inte är osakliga.

Förvaltningsrätten konstaterar härvid att kommunen i den underrättelse som gått ut med meddelande om att upphandlingen avbrutits, inte närmare förklarat *varför* eller vilka överväganden som legat till grund för bedömningen att utföra utbildningen i egen regi. I förvaltningsrätten har kommunen emellertid förklarat att kommunen var i stor tidsnöd och att det var oklart om huruvida utbildningen kunde genomföras i egen regi, *varför* kommunen valde att upphandla för att inte ”stänga några dörrar”. Härutöver har kommunen även nämnt att Europeiska socialfonden godkänt förändringar i budgeten, vilket, som det får förstås, möjliggjort ett genomförande i egen regi.

Vad kommunen anfört får enligt förvaltningsrätten således förstås så att förutsättningarna som låg till grund för beslutet att låta upphandla utbildningen, förändrats på ett icke oväsentligt sätt under tiden fram till tidpunk-

ten för kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Fråga är, såvitt framgår av vad kommunen anfört, således om förändringar beträffande såväl interna resurser m.m. som förändringar av ekonomisk karaktär. Kommunen har vidare uppgett att det var med anledning av den osäkerhet som rådde beträffande vissa förutsättningar som kommunen valde att i förfrågningsunderlaget informera presumtiva anbudsgivare om att upphandlingen eventuellt skulle komma att avbrytas. Kommunen har således på ett öppet sätt informerat anbudsgivarna om upphandlingens förutsättningar och upphandlingen har så till vida omgärdats av en förutsebarhet i nu relevant hänseende.

Mot denna bakgrund och med hänsyn till det förhållandevis stora handlingsutrymme att avbryta en upphandling som upphandlande myndigheter besitter enligt rättspraxis, anser förvaltningsrätten i målet tillräckligt visat att kommunens beslut att avbryta upphandlingen vilat på sådana skäl som får betraktas som sakligt godtagbara. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Mattias Håkansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU