



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2015-07-30
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5495-15

SÖKANDE

Fast Entreprenad Bygg AB, 556690-2028
Hallandsvägen 38
269 36 Båstad

Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

MOTPART

Halmstads Fastighets AB, 556041-1786
Box 147
301 04 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2015 -07- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 350550

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

HFAB har genomfört en upphandling avseende Utvändig renovering och ommålning Kv. Lönner i Halmstad, dnr HFAB 2015/0036.

Den 21 maj 2015 har HFAB meddelat att upphandlingen avbryts på grund av att de inkomna anbuden inte rymdes inom projektets ekonomiska ramar samt att en översyn av förfrågningsunderlaget ska genomföras inför förnyad förhandling.

YRKANDEN M.M.

Fast Entreprenad Bygg AB (Fast) yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen och att Fast ska tilldelas kontraktet i upphandlingen. Fast anför i huvudsak följande.

Upphandlingens utvärderingskriterium var lägsta pris. Tre anbud kvalificerade sig för utvärdering, varav Fast var ett. Enligt utvärderingen hade Fast det lägsta anbudspriset och således skulle tilldelats kontraktet samt därmed lider eller riskerar lida skada till följd av beslutet. Det har inte funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och HFAB har inte heller visat det. Fasts anbud är mycket konkurrenskraftigt.

HFAB har åberopat en projektplan som anger att budget för upphandlingen är 8 500 000 kr. Det anges inte att beloppet är inklusive mervärdesskatt. Samtliga anbud som kommit in är angivna exklusive mervärdesskatt.

Projektplanen är upprättad först den 6 maj 2015, dvs. ungefär en månad efter det att förfrågningsunderlaget är daterat och bara några dagar innan anbuden inkom. En projektplan, eller budget, upprättas givetvis långt innan förfrågningsunderlaget skickas ut. Underlag för hur beloppet är kalkylerat

saknas. Tillsammans med den omständigheten att beloppet tagits fram strax före anbudsöppning indikerar det att HFAB har upprättat dokumentet för att kunna använda det som en "ventil". LOU är emellertid inte avsedd att missbrukas på detta sätt. Det kan finnas andra, ovidkommande skäl till varför HFAB har avbrutit upphandlingen.

Det budgeterade priset 8 500 000 kr är orimligt. Enligt Konjunkturinstitutets uppgifter hade den så kallade konfidensindikatorn gått ned, vilket tyder på att byggföretagen vid tidpunkten hade en lägre orderstock än tidigare. Anbudet är därför att bedöma som något lägre än vad HFAB kalkylerat med. Oaktat det överstiger Fasts anbud beloppet med obetydlig marginal.

HFABs kalkyl av Fasts anbud stämmer inte. Fasts anbud kan inte vara högre än 7 326 650 kr, möjligen jämte tillägg av eget arbete, vilket vitsordas till hälften av 300 000 kr. Vidare har HFAB tagit med samma kostnader två gånger i sina beräkningar. Anbudet består av fem olika delar, A-D samt separata priser (å-priser) för reglerbara mängder. Endast del A ska jämföras med det budgeterade beloppet eftersom del B är möjligt tillval och del C respektive D rimligen är förväntade kostnader för tilläggsarbeten. Det är orimligt att det förväntade priset ska rymma även en budgetreserv. Det är även märkligt att HFAB i utvärderingen anger endast 100 timmar avseende byggnadsarbetare och målare samt 150 000 kr avseende material och underentreprenörer, men i kalkylen räknar med tre gånger så mycket tilläggsarbeten, dvs. del C, del D och en budgetreserv. Dessutom är det veterligt att HFAB inte driver sina projekt med någon budgetreserv av betydelse, eftersom man inte vill att tilläggsarbeten ska kunna beställas alltför lätt.

HFAB anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Vid genomgången av anbudet noterades att samtliga hade prisnivåer som skulle överstiga HFABs budget för upphandlingen, varför HFAB beslutade

att avbryta upphandlingen. Det fanns därmed inte anledning att genomföra någon fullständig kvalificerings- eller anbudsprövning.

HFABs budgetram för de arbeten som omfattas av upphandlingen uppgår till 8 500 000 kr inklusive mervärdesskatt, vilket följer av projektplanen som beslutades på ett beredningsmöte den 1 april 2015, men undertecknades formellt av den interna styrgruppen först den 6 maj 2015. Budgeten utarbetades inför upphandlingen och har inte tagits fram som en "ventil". Budgetbeloppet är angivet inklusive mervärdesskatt. Arbetena kategoriseras hos HFAB som underhållsprojekt, vilka alltid anges inklusive mervärdesskatt i HFABs projektplaner, till skillnad mot arbeten som kategoriseras som investeringsprojekt, vilka av redovisningsskäl anges exklusive, och med särredovisad, mervärdesskatt.

Fasts anbud hade sammantaget lägst pris av de tre anbud som inkom. På basis av Fasts anbudspriser har HFAB sammanställt en kalkyl över förväntad totalkostnad för ett avtalsenligt utförande av arbetena vilken uppgår till sammanlagt 10 058 313 kr inklusive mervärdesskatt. Det överskrider budgeten och det finns därmed godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Förutsättningarna för upphandlingens genomförande anges även i AFB.17 i de administrativa föreskrifterna. Posten budgetreserv om 600 000 kr inklusive mervärdesskatt, eller 7,5 procent, utgör en säkerhetsmarginal för oförutsedda kostnader. Posten som avser byggherrens kostnader avser kostnader för projektering, bygglledning, kontroll, besiktning m.m. Oaktat detta medför Fasts egen beräkning en totalkostnad om 9 308 313 kr, vilket också överskrider HFABs budget.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett Öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande enhet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett sådant beslut måste dock följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00 HI). EU-domstolen har vidare uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz). Utgångspunkten är att en upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om en möjlighet att avbryta en upphandling är begränsad enligt ovan. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka

omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen i målet

I Administrativa föreskrifter, Förfrågningsunderlag daterad den 10 april 2015 anges bl.a. följande.

AFB.12 Upphandlingsförfarande vid offentlig upphandling
Förenklat förfarande tillämpas.

AFB.17 Förutsättningar för upphandlingens genomförande
HFAB kan komma att avbryta upphandlingen om det föreligger sakliga skäl/omständigheter för detta. Exempel på sådana omständigheter kan vara att det inte inkommer några anbud som uppfyller ställda krav, att inkomna anbud inte motsvarar förutsättningarna i beställarens budget, att misstanke om kartellbildning föreligger eller det uppstår en situation som HFAB inte råder över eller kunnat förutse. Vid sådana avbrott utgår ingen ersättning till anbudsgivare.

Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud, samt eventuellt att inte upphandla någon eller några av de i anbud angivna separata priserna.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

I anbud redovisas:

- Anbudssumma (pris)
- Alternativa priser för
 - o Pos 7, utbyte av 10 "soprumsdörrar" istället rengöring och målning av 10 befintliga dörrar. Omfattning enligt Teknisk Beskrivning Bygg.
 - o Pos 8, utbyte av 10 "förrådsytterdörrar" istället rengöring och målning av 10 befintliga dörrar. Omfattning enligt Teknisk Beskrivning Bygg.
- Separata priser för
 - o Pos 12, rengöring och ommålning yttertaksplåt inklusive plåtbeslagning på garagebyggnader. Omfattning enligt Teknisk Beskrivning Bygg.
 - o Utbyte av takavvattningsystem – hängrännor och stuprör med tillbehör på garagebyggnader. Omfattning enligt Teknisk Beskrivning Bygg.
- Å-priser för reglerbara mängder enligt anbudsformulär och Teknisk Beskrivning Bygg.
- Å-priser per arbetstimme enligt AFC.611 för yrkesarbetare.
- Procentsatser för omkostnader vid arbeten på löpande räkning enligt AFC.611.

AFB.32 Anbudstidens utgång

Anbud ska vara beställaren till handa senast den 12 maj 2015.

AFB.4 Anbudsöppning
Sluten anbudsöppning tillämpas

AFB.53 Prövning av anbud
Det anbud som har lägst pris kommer att antas.

Lägst pris omfattar:

- Anbudssumma
- Summan av de två alternativa priserna
- Kostnad för ÅTA-arbeten med förutsättningar enligt AFC.611 (självkostnadsprincipen) och i följande omfattning. Angiven omfattning för ÅTA-arbeten gäller endast vid prövning av anbud och inte heller under entreprenadtiden.

Arbetsstimmar

1. Byggnadsarbetare 100 timmar
2. Målare 100 timmar

Material- och varukostnader

Direkta material- och varukostnader 75 000 kr.

Underentreprenader

Direkta kostnader för underentreprenader 75 000 kr.

Av Protokoll anbudsöppning den 18 maj 2015 framgår bl.a. att öppningsdatum är samma dag samt att tre anbud inkommit.

Av Projektplan, godkänd av styrgruppen den 5 juni 2015, framgår bl.a. att den totala projektbudgeten uppgår till 8 500 000 kr.

Av HFABs kalkyl av Fasts anbud framgår följande.

Anbudssumma (A)

Alternativa priser (B)

- Vid ett utbyte av 10 "soprumsdörrar" istället för rengöring och målning av 10 befintliga dörrar tillkommer/avgår:

- Vid ett utbyte av 10 "förrådsytterdörrar" istället för rengöring och målning av 10 befintliga dörrar tillkommer/avgår:

Ersättning för yrkesarbetare enligt AFC.611 (C)

- Byggnadsarbetare (fiktiv mängd 100)
- Målare (fiktiv mängd 100)

Ersättning för ÅTA-arbeten enligt AFC.611 (D)

Procentsatser för täckande av samtliga omkostnader och entreprenörarvode enligt AB 04.

- Direkta material- och varukostnader, exklusive mervärdesskatt, enligt AB 04 (fiktiv mängd 75 000)
- Direkta kostnader på underentreprenader exklusive mervärdesskatt enligt AB 04 (fiktiv mängd 75 000)

Anbudssumma (A+B+C+D): 7 326 650 kr exklusive mervärdesskatt/
9 158 313 kr inklusive mervärdesskatt.

Med tillägg för budgetreserv om 600 000 och byggherreomkostnader om 300 000 kr överstiger totalkostnaderna (10 058 313 kr) budgeten (8 500 000 kr) med 1 558 313 kr.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det funnits sakligt godtagbara skäl för HFAB att avbryta upphandlingen och om det beslutet i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

Av praxis (RÅ 2005 ref. 62) och lag (16 kap. 12 § LOU) följer att allmän förvaltningsdomstol kan överpröva beslut om att avbryta en upphandling.

En upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling fram till dess att ett kontrakt föreligger. En förutsättning för ett sådant beslut är att det är sakligt grundat. Anbudsgivaren ska skriftligen underrättas om beslutet och om skälen för detta. En sådan underrättelse har lämnats av HFAB.

HFAB har avbrutit upphandlingen med hänvisning till att de inkomna anbuden inte rymdes inom projektets ekonomiska ramar. Fast har mot detta invänt bland annat dels att projektplanen, i vilken HFABs budget angivits, upprättats i ett sent skede, dels att det inte anges att budgetramen, som angetts till 8 500 000 kr, inkluderat mervärdesskatt, dels att HFABs kalkyler är felaktigt beräknade. Fast har även anfört att även bolagets anbud endast marginellt överskridit beloppet 8 500 000 kr.

Förvaltningsrätten konstaterar att projektplanen i vilken budgeterade medel framgår är daterad den 6 maj 2015. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 12 maj 2015 och datum för anbudsöppning var den 18 maj 2015. Budgeten i fråga var således bestämd innan HFAB kände till anbudens prisuppgifter. Det saknas även skäl för att i övrigt ifrågasätta HFABs budget (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 mars 2014 i mål nr 7224-13). De uppgifter som Fast har åberopat från Konjunkturinstitutet till stöd för sin ståndpunkt att HFABs kalkyl ska anses vara orimlig, ger inte skäl för att göra någon annan bedömning i denna del.

Även den kalkylerade totalsumma som HFAB gjort avseende Fasts anbud framstår som rimlig och har utgått från de kostnader som angivits i förfrågningsunderlagets punkt AFB.53. Vidare har Fast inte heller bestridit HFABs påstående om att Fast anbud överskridit den aktuella budgetramen även vid kalkylering enligt Fast beräkning. I målet är även ostridigt att samtliga återstående anbud som kommunen hade att ta ställning till var högre än vad HFAB budget tillät.

Därtill har HFAB i förfrågningsunderlaget som en uttrycklig förutsättning angett att upphandlingen kan komma att avbrytas till exempel om inkomna anbud inte motsvarar förutsättningarna i HFABs budget. Oavsett om prisdifferensen mellan anbud och budgetram skulle vara liten bedömer förvaltningsrätten därför att det funnits sakligt godtagbara skäl för HFAB att avbryta upphandlingen på den grunden att anbud överstiger budget. Det har inte heller i övrigt kommit fram att beslutet strider mot de grundläggande principerna i unionsrätten. Fasts ansökan ska därmed avslås.

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


Silja Klint

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Åsa Wallin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.