



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2015-04-08
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1046-15 E

SÖKANDE

Temporent AB, 556164-1118
Box 914
194 29 Upplands Väsby

Ombud:
Advokat Olof Hallberg
Biträdande jurist Peter Olivecrona
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Kommunfastigheter i Knivsta AB, 556663-1577

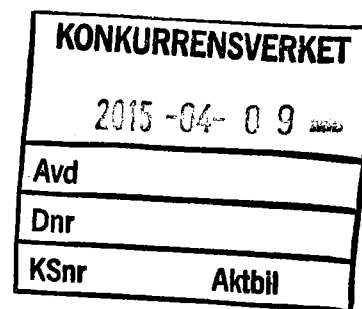
Ombud:
Advokat Maria Pedersen
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 146086

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

Telefax
018-431 63 43

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kommunfastigheter i Knivsta AB (Kommunfastigheter) har genomfört en upphandling av moduler för tillfälliga skollokaler. Tilldelningsbeslut har fattats och anbudet från Parmaco OY har antagits.

Temporent AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen rättas och i andra hand att den görs om.

Kommunfastigheter har den 24 februari 2015 beslutat att avbryta upphandlingen med hänvisning till att samtliga anbud legat ovanför accepterad budget då anbudet från Parmaco OY sedermera förkastats.

YRKANDEN M. M.

Bolaget ansöker om överprövning av Kommunfastigheters beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

En upphandlande myndighets beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakliga skäl (RÅ 2009 ref. 43). Kommunfastigheter hänvisar till att kostnadsläget varit över budgeterade medel. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att beslut om avbrytande av upphandlingen vilar på sakliga skäl. Kommunfastigheter måste därför visa att bolagets anbud överstiger myndigheternas i förväg upprättade budget samt att denna budget vilar på rimliga antaganden. Bolagets anbudspris har endast överstigit Parmaca OY:s anbud med ca 18,5 %. Övriga anbudsgivare har å andra sidan lämnat klart högre priser, upp till 147 % högre jämfört med Parmaco OY:s anbud. Det är uteslutet att de alla skulle lämna anbud som de vet saknar möjlighet till framgång. En välinformerad upphandlande myndighet har alltså anledning att räkna med även dessa prisnivåer i sin budget. Kommunfastigheter få antas ha betydligt sämre känne-

dom om prisnivåerna i branschen än dessa anbudsgivare. Sannolikheten för att Kommunfastigheter i förväg haft en budget som har vilat på rimliga antaganden inom vilka Parmaco Oy:s men inte bolagets anbud rymts är mycket låg. Kommunfastigheter avser istället sannolikt att göra om upphandlingen för att försöka få in ett giltigt anbud från Parmaco Oy med samma prisnivå som i det ogiltiga anbudet. Bolaget har till följd av kommunens förfarande lidit, eller riskerat att lida, skada.

Kommunfastigheter har inte åberopat något underlag till stöd för att det nu anförda riktmärket motsvarar vad Kommunfastigheter rimligen haft anledning att räkna med, t.ex. en redovisning av de erfarenhetssiffror som nämns i yttrandet. Det finns två alternativa slutsatser att dra av denna brist på underlag. Antingen har Kommunfastigheter baserat sin budget på ett bristfälligt eller obefintligt underlag, eller så har Kommunfastigheter helt saknat i förväg uppställd budget för upphandlingen. Oavsett vilken av dessa slutsatser som är korrekt står det klart att Kommunfastigheter inte förmått visa att de giltiga anbuden i upphandlingen blivit dyrare än vad Kommunfastigheter haft anledning att räkna med. Det har därmed inte visats att beslutet att avbryta upphandlingen vilat på sakliga skäl. De skäl som anförts framstår istället som en efterhandskonstruktion, där det egentliga syftet är att genomföra en ny upphandling och få ett giltigt anbud från Parmaco OY. Kravet på sakliga skäl för avbrytandebeslut grundas på behovet av att undvika denna typ av uppenbara överträdelser av principen om likabehandling.

I RÅ 2009 ref. 43 hade den upphandlande myndigheten förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen om budgeten överskreds. Myndigheten gav i målet in en utredning som gjordes inför budgetering och upphandling. Kommunfastigheter har endast påstått att upphandlingen antagit en budget baserad på en ingiven offert i en tre år tidigare upphandling. Istället för att i målet inge den antagna budgeten eller redovisa ett i tiden före upphandlingens start fattat beslut om att anslå medel eller motsvarande, har Kom-

munfastigheter givit in en offert, vilket inte utvisar något annat än vad Expandia Moduluthyrning AB för snart tre och ett halvt år sedan erbjöd. Det ska här understrykas att Kommunfastigheter vare sig ingivit förfrågningsunderlaget i upphandlingen eller det avtal som upphandlingen kan antas ha mynnat ut i. Några slutsatser avseende anbudet ifråga kan därför omöjligen dras, än mindre åberopas som ett relevant budgetunderlag för upphandlingen. Även om anbudet skulle anses vara relevant har Kommunfastigheter inte styrkt att någon budget, baserad på det anbudet, antagits eller beslutats före upphandlingen. Om det hade gjorts budgetmässiga överväganden på det sätt som Kommunfastigheter gör gällande, borde det finnas någon annan dokumentation från tiden innan upphandlingen startade som visar sådana överväganden. I avsaknad av sådan dokumentation kan det inte anses att Kommunfastigheter har visat att sakliga godtagbara skäl föreligger.

Att bolaget nu återkallat sitt andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om har sin grund i det faktum att Kommunfastigheter, genom sitt avbrytandebeslut, i princip måste anses ha medgivit det upphandlingsfel som bolaget åberopar som grund för sin talan. Felet är inte att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför ett beslut om att göra om upphandlingen inte utgör en proportionerlig och relevant påföljd.

Kommunfastigheter bestrider bifall till bolagets ansökan. Till stöd för sin talan anför Kommunfastigheter i huvudsak följande.

Kommunfastigheter har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen då budgeten överskridits.

Den budget som legat till grund för genomförandet av denna upphandling är grundad på erfarenhetssiffror från tidigare inhyrningar av moduler. Kommunen, dvs. Kommunfastigheters hyresgäst, är endast intresserad av

hyreskostnad/m² inklusive värme. Den hyran ställs i relation till vad man betalar idag och vad man kan acceptera. Den nivå som varit riktmärke i denna upphandling är ca 3 000 kr/m². Det lägsta anbudet ger en nivå på 3 140 kr/m² och bolagets anbud på 3 505 kr/m². Skillnaden mellan det lägsta och det näst lägsta anbudet uppgick till 18,5 % vilket motsvarar över 1 000 000 kr och utgör en väsentlig förändring av förutsättningarna långt utöver vad som kan accepteras av skolverksamheten. De fem kvarvarande anbuden ligger betydligt över vad som avsatts i budgetmedel.

Bolagets påstående att Kommunfastigheter får antas ha en betydligt sämre kännedom om prisnivåerna i branschen än anbudsgivarna är felaktigt mot bakgrund av den stora spridningen av priser i anbuden.

Kommunfastigheters beslut att avbryta upphandlingen är även i enlighet med bolagets andrahandsyrkande (mål 919-15). Bolaget kan därför inte anses ha lidit skada.

I RÅ 2009 ref. 43 konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att kommunens beslut att avbryta upphandlingen vilade på sakliga skäl. I målet fann domstolen det tillfredsställande utrett att samtliga återstående anbud som kommunen hade att ta ställning till var högre än vad kommunens budget tillät då tjänsten var dyrare än vad kommunen haft anledning att räkna med.

I nu aktuell upphandling är Kommunfastigheters budget baserad på erfarenhet från Kommunfastigheters senaste inhyrning av moduluppställning år 2012–2013. Offerten avser 25 stycken moduler med en yta om ca 720 m² och innefattar såväl montage som demontage. Kommunfastigheters budget är baserad enligt följande. Montage kostar 600 000 kr och demontage 480 000 kr. Hyra uppgår till 123 500 kr per månad, dvs. 1 482 000 kr per år. Kostnader per år delat med 720 m² ger en kostnad på ca 2 000 kr

per m². Montage och demontagekostnaden ska fördelas ut över hela hyresperioden och nu aktuell upphandling vilket innebär att kostnaden ska fördelas på tre år. Kostnaden blir då 600 000 kr + 480 000 kr delat med tre år, vilket ger en årskostnad på 360 000 kr. Fördelas 360 000 kr på 720 m² är kostnaden för montage och demontage 500 kr per m². Summeras hyra och montage och demontage blir summan 2 500 kr per m².

Sammanfattningsvis kan konstateras att Kommunfastigheters antagna budget på 3 000 kr per m² är mer än väl tilltaget som budget. Den offererade hyran från 2011 som ligger till grund för Kommunfastigheters antagande om budget innehåller även specialanpassningar och mottagningskök och diskrum inklusive storköksmaskin, vilket inte är aktuellt i nu förevarande upphandling. Det är därför sannolikt att kostnaden skulle understiga 3 000 kr per m². Kommunfastigheter har således visat att de kvarvarande anbuden i upphandlingen blivit dyrare än vad Kommunfastigheter haft anledning att räkna med. Kommunfastigheter har därför sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Kommunfastigheter anser det även märkligt att bolaget nu återkallar sitt andrahandsyrkande. Initialt yrkar bolaget i sin ansökan om överprövning i andra hand att upphandlingen ska göras om. När Kommunfastigheter avbryter upphandlingen i syfte att göra om den återkallar bolaget sitt yrkande i denna del och motsätter sig att Kommunfastigheter gör om upphandlingen. Något annat syfte än att bolaget medvetet försöker fördröja processen kan Kommunfastigheter inte se.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller situationer då det föreligger tungt vägande skäl. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. En upphandlande myndighet har t.ex. möjlighet att avbryta en upphandling i de fall den inser att den inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En förutsättning för ett avbrytandebeslut är emellertid att beslutet fattats i enlighet med grundläggande gemenskapsrättsliga regler för offentlig upphandling (C-92/00, HI, C-244/02, Kauppatalo Hansel p. 36, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

I RÅ 2009 ref. 43 tog Högsta förvaltningsdomstolen ställning till om det för en kommun hade funnits förutsättningar att avbryta en upphandling. Domstolen konstaterade att den upphandlande myndigheten själv har rätt att avgöra när det finns förutsättningar att avbryta en upphandling men att ett sådant beslut måste vila på sakliga skäl. I målet fann Högsta förvaltningsdomstolen att det var tillfredsställande utrett att samtliga återstående anbud var högre än vad kommunens budget tillät.

Det är enligt domstolspraxis den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för att avbryta en upphandling (se t.ex. Kammarrätten i Stockholm, mål 4691-12).

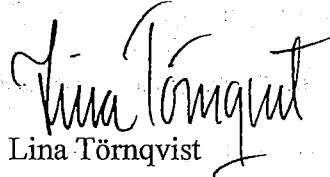
Bolaget har bl.a. invänt att den upphandlande myndigheten i RÅ 2009 ref. 43 hade förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen om budgeten överskreds och i målet gett in en utredning som gjorts inför budgetering och upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen bör dock inte, enligt förvaltningsrättens uppfattning, anses i avgörandet ha fastställt en lägsta nivå för när det föreligger rätt att avbryta en upphandling med hänvisning till budget och när bevisbördan uppfyllts för att en sådan rätt föreligger.

Vidare bör rätten att avbryta en upphandling inte begränsas till de situationer då myndigheten förbehållit sig rätten därtill och något uttalande i sådan riktning har heller inte gjorts i RÅ 2009 ref. 43.

Kommunfastigheter har i målet redogjort för att den nivå som varit riktmärke i upphandlingen är ca 3 000 kr/m² och beskrivit utgångspunkten i vad som tidigare offererats, vilket uppgick till en kostnad på 2 500 kr/m². Det lägsta anbudet ger en nivå på 3 140 kr/m² och bolagets anbud på 3 505 kr/m². Redan det lägsta anbudet låg således något över budgeterade medel. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Kommunfastigheters redogörelse utan bedömer att Kommunfastigheter utifrån tidigare erfarenhet och kunskap hade fog för att räkna med offererade anbud till en betydligt lägre kostnad än som kunde antas i den aktuella upphandlingen.

Rätten gör mot denna bakgrund bedömningen att Kommunfastigheter uppfyllt sin bevisbörda för att de inkomna anbuden var oväntat höga i förhållande till vad upphandlande myndighet hade anledning att räkna med och därmed överskred budgeten. Kommunfastigheter hade därför inte någon skyldighet att fullfölja upphandlingen. Vad bolaget i övrigt anfört ändrar inte bedömningen. Ansökan om överprövning ska mot denna bakgrund avslås.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 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 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. 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 kammarrätten.
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.

