



**SÖKANDE**

Sandahls Entreprenad AB, 556378-5525  
Box 625  
331 26 Värnamo

Ombud: Advokaterna Linus Jonson och Einar Wanhainen  
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB  
Box 7315  
103 90 Stockholm

**MOTPART**

Borgholm Energi AB  
Box 55  
387 21 Borgholm

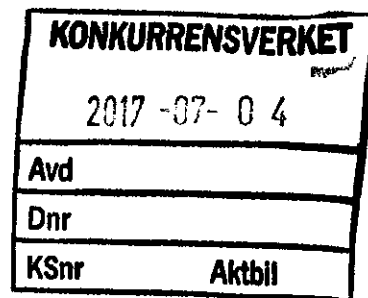
Ombud: Advokat Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**SAKEN**

Ansökan om överprövning av beslut att avbryta offentlig upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Borgholm Energi AB har genomfört en upphandling av en generalentreprenad i form av en överföringsledning mellan Hjälmstad och Södra Greda. Anbud inkom från Peab Anläggning AB (Peab) och Sandahls Entreprenad AB (Sandahls). Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande. Genom tilldelningsbeslut den 13 april 2017 antogs Sandahls som leverantör. Sedan Peab ansökt om överprövning (förvaltningsrättens mål 1569-17) har Borgholm Energi beslutat avbryta densamma. Som skäl för beslutet angavs bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts med extremt korta genomförandetider, vilket varit nödvändigt för att syftet med upphandlingen skulle kunna tillgodoses. För att det över huvud taget skulle vara möjligt att hålla upphandlingens deltider måste entreprenadarbetena påbörjas omedelbart. Peabs ansökan om överprövning har försatt Borgholm Energi i en omöjlig sits. Oavsett Borgholm Energis inställning till ansökan skulle överprövningsprocessen medföra en sådan försening att syftet med upphandlingen inte längre tillgodoses samt att kostnaden för densamma inte längre är motiverad.

Sandahls ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att det ska undanröjas.

Borgholm Energi bestrider bifall till ansökan.

Följande omständigheter är ostridiga i målet. Borgholm Energi ansvarar bl.a. för att producera och leverera vatten inom Borgholms kommun och sköter drift, service, underhåll, övervakning och utveckling av anläggningar och rörnät inom kommunen. Mot bakgrund av låga nederbördsmängder i Borgolms kommun under 2014 och 2015 inledde Borgholm Energi under 2016 genomförandet av en rad åtgärder för att trygga vattenförsörjningen. Bl.a. direktupphandlades ett avsaltningssystem i Sandvik som skulle invigas

den 22 juni 2017. Borgholm Energi har tidigare upphandlat en överföringsledning mellan Sandvik och Hjälmsstad och genom den nu aktuella upphandlingen avsåg man att bygga ut ledningsnätet mellan Hjälmsstad och Södra Greda. Ett av syftena med upphandlingarna har varit att öka kapaciteten på ledningsnätet för att ta tillvara på det vatten som avsaltningsverket producerar. Föremålet för den nu aktuella upphandlingen är dels en huvudledning som ska föra vatten till en reservoar i Södra Greda, dels anslutningsledningar som ska distribuera vatten till kunderna. Slutdatum för hela entreprenaden har satts till den 8 september 2017 medan huvudledningen enligt en deltid i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget skulle stå färdig den 6 juli 2017.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *Sandahls*

Borgholm Energi har inte haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Borgholm Energi kan inte visa att det till följd av överprövningen inte är möjligt att genomföra det upphandlade kontraktet och att ett fullföljande av upphandlingen skulle innebära stora ekonomiska risker. Borgholm Energi har upphandlat en utförandeentreprenad som ska vara färdigställd och tillgänglig för slutbesiktning senast den 8 september 2017. De deltider som uppställts avser tidpunkter då vissa delar av entreprenad ska vara färdigställda i syfte att annat arbete ska kunna påbörjas och bedrivas planenligt. Arbetena behöver inte vara färdigställda i högre grad än vad som krävs för detta. Borgholm Energi har inte rätt att ta huvudledningen i bruk den 6 juli 2017. Om de hade velat detta hade de angivit att arbetena skulle utgöra huvuddelar och inte deltider. Att ta de entreprenadarbeten som omfattas av deltiderna i bruk före den 8 september 2017 kräver samråd med entreprenören och att arbetena ifråga utförts så att de kan tas i bruk. Om arbetena till följd av förhållanden på Borgholm Energis sida inte kan utföras enligt delti-

derna, finns ingen entreprenad att ta i bruk per dessa datum. Oavsett om såväl deltiderna som färdigställandetiden riskerar att inte kunna hållas till följd av Peabs överprövningsansökan, saknar detta betydelse för möjligheten att genomföra det upphandlade kontraktet. Av förfrågningsunderlaget framgår också att det förutsätts att förändringar av kontraktstiden ska kunna komma att ske. Borgholm Energis påstående om att man av förbiseende utformat förfrågningsunderlaget bristfälligt angavs inte i avbrytandebeslutet och är inte trovärdigt.

Borgholm Energi påstår numer att upphandlingen syftat till att bidra till att täcka vattenbehovet under sommaren 2017 och att detta endast varit ett av syftena med upphandlingen. Upphandlingen har inte syftat till att tillgodose något brådskande behov av vattenförsörjning. Syftet är tvärtom långsiktigt. Borgholm Energi påstår att huvudledningen ska kunna tas i bruk för leverans av vatten till en reservoar i Södra Greda den 6 juli 2017. Detta har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Tvärtom anges att upphandlingen syftar till att genomföra en del av ett sedan tidigare påbörjat projekt med att förstärka ledningsnätet för norra delen av Borgholms kommun. Om tidsaspekten varit avgörande för Borgholm Energi hade bolaget givetvis inlett upphandlingen i god tid och tagit höjd för en eventuell tidsutdräkt till följd av möjliga överprövningar. Den akuta risken för vattenbrist har man avsett att åtgärda på andra sätt. Kommunfullmäktige godkände Borgholm Energis förslag att uppföra avsaltningverket, inbegripet utbyggnaden av ledningsnätet, i juni 2016. Man har alltså haft god tid på sig att upphandla ledningsentreprenaderna.

Entreprenaden har inte upphandlats för att tas i bruk den 6 juli 2017 varför anbudsgivarna inte kan ha prissatt sina anbud utifrån denna premiss. Sandahls pris har varit fullt marknadsmässigt och ryms väl inom de medel som tilldelats projektet. Priserna har inte påverkats av tidsplanen.

Att en upphandling begärs överprövad utgör inte i sig ett sakligt skäl att avbryta densamma. Borgholm Energi kan inte kringgå detta genom att konstruera påstådda effekter av avtalsspärren, som varken framgår av förfrågningsunderlaget eller utredningen i övrigt. Sandahls har lämnat ett marknadsmässigt pris som Borgholm antagit och kan utföra entreprenaden helt enligt det upphandlade kontraktets bestämmelser. Under dessa omständigheter saknas förutsättningar att avbryta upphandlingen.

#### *Borgholm Energi*

Syftet med upphandlingen har varit långsiktigt i så måtto att Borgholm Energi inte genomfört den endast för att kunna täcka vattenbehovet under sommaren 2017. Det har varit känt sedan upphandlingen av avsaltningssystemet att ledningsnätet skulle behöva dimensioneras upp. Borgholm Energi insåg inför upphandlingen att det inte skulle vara möjligt att få entreprenaden färdigställd före sommaren men gjorde bedömningen att huvudledningen borde kunna färdigställas till den 6 juli 2017. Därför sattes detta datum som en deltid. Att huvudledningen kan tas i bruk för distribution av vatten till reservoaren i Södra Greda har varit en absolut förutsättning för genomförandet av upphandlingen. Hade det stått klart för Borgholm Energi att den inte skulle kunna tas i bruk då skulle upphandlingen genomförts i egen regi eller upphandlats med en längre genomförandetid för att få ett lägre pris.

Upphandlingarna har varit mycket brådsakande. Den sista av de erforderliga markägareöverenskommelserna erhöles bara dagar före publiceringen av upphandlingen. Det har således inte varit möjligt att påbörja upphandlingen tidigare. Borgholm Energi har inte haft möjlighet att ta höjd för en eventuell tidsutdräkt på grund av överprövningar. Upphandlingsreglernas syfte torde knappast vara att tvinga fram direktupphandlingar i fall då den upphandlande myndigheten bedömer att det sannolikt finns tid för ett annonserat förfarande.

Det är korrekt att det inte anges i förfrågningsunderlaget att kontraktsarbetena ska påbörjas omedelbart efter kontraktstecknandet. Med hänsyn till den snäva tidsplanen har antagen entreprenör självfallet haft all anledning att påbörja kontraktsarbetena så snart som möjligt, vilket enligt tidsplanen var den 25 april 2017. Det skulle enligt Borgholm Energis bedömning då ha varit möjligt att hålla tidsplanen samt uppställda deltider.

Det är i och för sig korrekt att Borgholm Energi borde ha angett att de arbeten som omfattas av deltiderna skulle utgöra huvuddelar. På grund av den extrema tidspress under vilken projekteringen skett och förfrågningsunderlaget tagits fram har detta förbisetts.

Av AB 04 5 kap. 2 § framgår att beställaren har rätt att ta ej avlämnad del av entreprenad i bruk men att beställaren då ansvarar för skada på grund av brukandet samt för ökade kostnader för entreprenören. Det kan också medföra en jämkning av ett eventuellt förseningsvite. Borgholm Energi har svårt att se vilken skada eller vilka kostnader det kunnat medföra att ta huvudledningen i bruk den 6 juli 2017. En entreprenör kan under vissa förutsättningar ha rätt till förlängning av kontraktstiden i enlighet med AB 04 men detta torde även gälla enligt allmänna avtalsrättsliga principer och saknar helt betydelse för målet.

Den enskilt mest kostnadskrävande faktorn i entreprenader avseende överföringsledningar är förekomsten av berg i marken där ledningarna ska förläggas. Vid den tidigare upphandlingen var förekomsten av berg ca 80 procent medan den i förevarande upphandling är mindre än 30 procent. Trots det är priserna desamma vilket beror på den snäva tidsramen. De priser Sandahls offererat ligger över vad som normalt hade varit försvarbart. Med hänsyn till att det varit av avgörande betydelse att ha en huvudledning driftsatt till den 6 juli 2017 har anbudet ändå antagits. Efter Peabs ansökan om överprövning stod det dock klart att ledningen inte kommer att kunna tas i drift detta da-

tum och att vatten från avsaltningsverket inte kan användas för att klara den kritiska perioden under juli och augusti.

I den uppkomna situationen kan Borgholm Energi inte motivera ett antagande av Sandahls priser och man kommer inte heller kunna utverka de politiska beslut som erfordras härför, särskilt då Borgholm Energi har möjlighet att utföra de aktuella arbetena i egen regi till avsevärt lägre kostnad, i den mån ledningen ändå inte ska tas i drift den 6 juli 2017. Det vore i förevarande situation helt oförsvarligt att låta Sandahls utföra entreprenaden till de mycket höga priser som offererats.

Det får anses som uppenbart att det utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling när omständigheterna medför att upphandlingens syfte inte kan tillgodoses. Så är fallet i den nu aktuella situationen. Skälen för avbrytandet är inte överprövningen i sig utan de skäl som angetts i avbrytandebeslutet och då huvudsakligen de effekter överprövningen får på tidsplanen och möjligheterna att ta huvudledningen i bruk den 6 juli 2017. I den mån förvaltningsrätten skulle finna att Borgholm Energi inte skulle ha haft rätt att ta huvudledningen i bruk den 6 juli 2017 utgör det en sådan brist i förfrågningsunderlaget som i sig utgör ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande av upphandlingen. Detta särskilt mot bakgrund av att skälen för ett avbrytande inte ens behöver vara tungt vägande. Det finns ingen skyldighet att ange samtliga förutsättningar för upphandlingen i förfrågningsunderlaget. Det krävs heller inte att upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med

principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet.

Upphandlande myndighet har ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, men ett sådant beslut måste vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i EU-fördraget. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Sakliga skäl kan bl.a. vara att förfrågningsunderlaget är otydligt, att myndighetens budget har överskridits eller när det föreligger bristande konkurrens på grund av att det vid anbudsutvärderingen bara finns ett enda anbud att ta ställning till. Det saknar härvid betydelse om någon av anbudsgivarna har lidit skada i samband med avbrytandet av upphandlingen.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Normalt kan den omständigheten att en upphandling blivit föremål för en ansökan om överprövning inte anses utgöra sakliga skäl att avbryta upphandlingen. De följder överprövningen får för upphandlingens genomförande och förutsättningar i form av tidsmässiga och ekonomiska risker kan enligt förvaltningsrättens mening däremot utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande. Borgholm Energi har som skäl för avbrytandebeslutet anfört att överprövningen medfört att syftet med densamma inte kan tillgodoses då huvudledningen inte kommer kunna tas i bruk i enlighet med deltiden i förfrågningsunderlaget samt att det offererade priset endast varit ekonomiskt försvarbart under förutsättning att deltiderna hållits. Förvaltningsrätten anser att de skäl som Borgholm Energi anfört utgör sakligt godtagbara skäl för att



avbryta upphandlingen. Frågan är därmed om Borgholm Energi visat att dessa förhållanden faktiskt varit för handen.

Enligt förvaltningsrättens mening ger den snäva tidsplanen och vad Borgholm Energi anfört om vattensituationen i kommunen stöd för att upphandlingen åtminstone till stor del genomförts i syfte att genom den nya huvudledningen kunna trygga vattenförsörjningen under sommarmånaderna 2017. Det framstår härvid som att det är förfrågningsunderlaget som i förhållande till detta syfte varit bristfälligt utformat. Det har inte heller framkommit skäl att ifrågasätta Borgholm Energis påstående om att man inte skulle ha godtagit det offererade priset om man inte trots att huvudledningen skulle tas i bruk den 6 juli 2017. Vad Sandahls anfört om att man alltjämt har möjlighet att fullfölja kontraktet föranleder ingen annan bedömning.

Under dessa förhållanden och utifrån den principiella utgångspunkten att den upphandlande myndigheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas finner förvaltningsrätten att Borgholm Energi haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Sandahls ansökan ska därför avslås.

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

Malin Toivainen

t.f. rådmann

Föredragande: Robert Bjersander



## 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.