



SÖKANDE

Lindwalls Bygg AB, 556442-0684

Ombud: Advokaten Susanne Wiklund
Advokatfirman Kjällgren AB
Box 1
451 15 Uddevalla

KONKURRENSVERKET	
2019-11-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Sotenäsbostäder AB, 556431-6775

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av Sotenäsbostäder AB:s beslut den 22 oktober 2019 att avbryta upphandlingen.

BAKGRUND

Sotenäsbostäder AB har inlett en upphandling av ett ramavtal avseende byggentreprenör (uppdragsnummer: 12011901) genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Sotenäsbostäder beslutade den 3 oktober 2019 att anta tre leverantörer enligt rangordning på ramavtalet. M. Lindwalls Bygg AB (Lindwalls) ansökte den 10 oktober 2019 om överprövning av upphandlingen (mål nr 4957-19).

Sotenäsbostäder beslutade därefter, den 22 oktober 2019, att återkalla tilldelningsbeslutet och avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet motiverades enligt följande. Kravet i AFB.52 kan strida mot 19 kap. 19 § LOU och synes vidare ha kunnat tolkas på ett sätt som inte avsetts. Det har därför funnits risk för otydlighet beträffande vad som efterfrågas för att klara kraven på ett heltäckande anbud. För det fall Sotenäsbostäder skulle behöva förkasta de tilldelade leverantörernas anbud skulle det innebära att Sotenäsbostäder inte uppfyller vad som föreskrivs i AFB.1 angående avsikten att teckna ramavtal med tre leverantörer. Det hade i ett sådant läge förelegat bristande konkurrens. Sammantaget gör Sotenäsbostäder bedömningen att det inte går att utesluta att otydligheten avseende kravet i AFB.52 föranlett brister i de tilldelade leverantörernas anbud. Det nämnda kravets förenlighet med LOU kan dessutom ifrågasättas. Bristen i upphandlingsdokumenten går inte att läka med mindre än att tilldelningsbeslutet återkallas och upphandlingen avbryts. Det är nödvändigt att åtgärda otydligheten i upphandlingsdokumenten till undvikande av problem under avtalstiden. Det föreligger därmed sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN

Lindwalls ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet upphävs. Lindwalls anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Avbrytandebeslutet vilar inte på sakligt godtagbara skäl. I AFB.52 anges att anbudsgivaren med sitt anbud ska bifoga ett utdrag från företagets skattekonto hos Skatteverket som vid datum för anbudets lämnade får vara max en månad gammalt. Kravet är inte tvetydigt formulerat eller svårförståeligt. Kravet är även mycket tydligt formulerat i anbudsformuläret. De två anbudsgivare vars anbud Lindwall anser ska uteslutas på grund av bristande kravuppfyllelse har i det ena fallet bifogat en annan handling (blanketten SKV 4820) och i det andra fallet inte bifogat något dokument alls. Bristerna i de två anbuden beror inte på någon otydlighet i kravet utan snarare på slarv eller förbiseende. Oavsett vad som i övrigt föreskrivits i upphandlingsdokumenten om krav på redovisning eller bifogade handlingar ska Sotenäsbostäder, i enlighet med vad som följer av 19 kap. 19 § LOU, själv kontakta Skatteverket i detta fall för att inhämta uppgifter om anbudsgivarnas skattebetalning. Det är oklart hur Sotenäsbostäder menar att kravet på utdrag från anbudsgivarens skattekonto kan stå i strid med vad som följer av 19 kap. 19 § LOU eftersom Sotenäsbostäder, oavsett kravets utformning och formulering, haft att kontrollera uppgifterna själv med Skatteverket.

Vad gäller den eventuella bristande konkurrensen kan konstateras att det finns ytterligare en anbudsgivare vars anbud godtagits och rangordnats som nummer fyra. Även med fullt bifall till Lindwalls ansökan om överprövning kvarstår således i vart fall två anbud att tilldela uppdraget till. Den omständigheten att Sotenäsbostäder enligt upphandlingsdokumenten har för avsikt att teckna ramavtal med tre rangordnade leverantörer är inte detsamma som att avtal endast kommer att tecknas om minst tre godkända anbudsgivare finns och har lämnat anbud i upphandlingen. Det förhållandet

att det finns två godtagbara anbud innebär att det finns tillräcklig konkurrens. Sotenäsbostäders hänvisning till eventuell bristande konkurrens utgör inte ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen.

Sotenäsbostäder anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Med anledning av Lindwalls påpekanden i ansökan om överprövning av upphandlingen och efter förnyad översyn av upphandlingsdokumenten gjordes bedömningen att avbryta upphandlingen bl.a. på grund av otydlighet gällande kravet i AFB.52. Den aktuella upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande, vilket innebär att 19 kap. LOU är tillämpligt. Föreskriften i AFB.52 om att intyga en egen försäkran enligt 15 kap. 1 § LOU, blir missvisande eftersom egen försäkran inte lämnas vid upphandling under tröskelvärdena. Det kan vidare konstateras att upphandlingsdokumenten innehåller ett krav på att anbudsgivare ska bifoga ett utdrag från företagets skattekonto hos Skatteverket, trots att detta är en uppgift som åligger den upphandlande myndigheten att hämta in enligt 19 kap. 19 § LOU. Mot bakgrund av att detta krav uppenbarligen har tolkats på olika sätt av anbudsgivarna då dessa inkommit med olika uppgifter, sannolikt med anledning av att kravet inte är förenligt med vad som förskrivs i LOU, har Sotenäsbostäder gjort bedömningen att det inte går att läka bristen på otydlighet utan att återkalla tilldelningsbeslutet och avbryta upphandlingen. Den aktuella marknaden kännetecknas av ett förhållandevis stort och mångfacetterat konkurrenstryck med många aktörer av varierande storlek. Det är ett misslyckande ur konkurrenssynpunkt att upphandlingen, för det fall ytterligare två anbud skulle förkastas, lett till endast två anbud när avsikten var att teckna ramavtal med tre anbudsgivare. Upphandlingen har därmed inte lyckats tillvarata den konkurrens som finns på marknaden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

Frågan i målet är om Sotenäsbostäder har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Utgångspunkter för rättens prövning

Det saknas bestämmelser i LOU som reglerar under vilka omständigheter en upphandling får avbrytas. Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI punkterna 40 och 41). Möjligheten att avbryta en upphandling är heller inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl (jfr mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, det får inte vara godtyckligt och det måste följa de grundläggande reglerna i fördraget. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43).

Av praxis framgår att upphandlingsdokument inte behöver vara optimalt utformade men att de ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av dessa kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50). Bristande öppenhet och transparens i upphandlingsdokumentet kan anses utgöra ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholm dom i mål nr 6093-10 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1427-10).

Förvaltningsrättens bedömning

Den aktuella upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande och regleras därför genom bestämmelserna i 19 kap. LOU. De bestämmelser som finns i 15 kap. 1 § LOU om egen försäkran är således inte tillämpliga vid sådan upphandling (jfr 19 kap. 2 och 3 §§ LOU). Av 19 kap. 19 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten, vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 §, ska inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

I upphandlingsdokumenten, AFB.52, föreskrivs bl.a. att anbudsgivare ska:

”Intyga egen försäkran enligt LOU 15 kap. 1 § genom att:

1. intyga på heder och samvete att företaget har F-skatt och är fritt från hinder enligt LOU 13 kap § 1 & 2.
2. bifoga ett utdrag från företagets skattekonto hos Skatteverket som vid datum för anbudets lämnande får vara max en (1) månad gammalt.”

Förvaltningsrätten gör bedömningen att den skrivning som Sotenäsbostäder har angett i AFB.52 om ”egen försäkran enligt LOU 15 kap. 1 §” är missvisande eftersom bestämmelserna om egen försäkran i 15 kap. 1 § LOU inte är tillämpliga vid nu aktuellt upphandlingsförfarande. Även för det fall Sotenäsbostäder haft för avsikt att på samma sätt som gäller vid direktivstyrda upphandlingar, tillämpa möjligheten för leverantörer att lämna en egen försäkran, framstår kravet i AFB.52 som otydligt eftersom reglerna i 15 kap. LOU inte innebär någon skyldighet för leverantörer att lämna en egen försäkran utan en möjlighet för leverantörer att antingen välja att lämna en egen försäkran eller istället lämna in de efterfrågade bevisen direkt med anbudet (jfr. prop. 2015/16:195 sid. 769).

Det är vidare förvaltningsrättens bedömning att det obligatoriska krav som ställs upp i AFB.52 om att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga ett utdrag

från företagets skattekonto hos Skatteverket, även om kravet är klart och tydligt utformat i sig, framstår som oförenligt med bestämmelsen i 19 kap. 19 § LOU, enligt vilken det ankommer på Sotenäsbostäder att själv inhämta dessa uppgifter. Sotenäsbostäders talan får även uppfattas på så sätt att avsikten inte varit att ålägga anbudsgivaren att bifoga det aktuella utdraget med anbudet.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att upphandlingsdokumenten är utformade på ett sådant sätt att det för en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan ha framstått som oklart vilka handlingar som måste lämnas in med anbudet för att detta ska kvalificeras. Sotenäsbostäder får därmed anses ha visat att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Vid detta förhållande och då det inte heller framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten trätts för när ska Lindwalls ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Eric Enlund Andersson
förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

