



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2011-03-22
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
4734-10 E

SÖKANDE

Wildland AB, 556775-9641
Småbovägen 3 A
840 13 Torpshammar

Ombud: Advokat Hugo Norlén och jur.kand. Anna Lindbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011 -03- 2 3 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upphäver Ånge kommuns beslut att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår Ånge kommuns yrkande om inhämtande av förhandsavgörande.

Dok.Id 17677

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

YRKANDEN M.M

Ånge kommun beslutade den 24 november 2010 att avbryta upphandlingen av utbildning inom internationella beredskaps- och fältinsatser, ref nr 2010/10.

Wildland AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att kommunens beslut upphävs (ogiltigförklaras). Wildland AB anför i huvudsak följande. Kommunen har i strid med förvaltningsrättens dom den 28 oktober 2010 avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl. Detta står i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling. Kommunens beslut att avbryta upphandlingen grundas på en ovilja att efterkomma upphandlingens utfall och tilldela Wildland AB upphandlingen. Kommunen har två gånger vidtagit åtgärder för att inte tilldela Wildland AB upphandlingen trots domar från förvaltningsrätten. Kommunen har nu beslutat att en ny upphandling ska påbörjas med ett anbudsunderlag som kan antas bättre passa den anbudsgivare som först, felaktigt, tilldelats upphandlingen. Att kommunen på grund av missnöje utifrån föredrar en annan anbudsgivare är inte sakligt skäl att avbryta upphandlingen. Syftet med kommunens beslut att avbryta upphandlingen är att kringgå förvaltningsrättens dom.

Ånge kommun motsätter sig ändring av beslutet och anför i huvudsak följande. Kommunen yrkar att förvaltningsrätten begär förhandsavgörande från EU-domstolen. Kommunen har haft saklig grund för att avbryta upphandlingen eftersom den nu avbrutna upphandlingen fått en utformning som inte gör det möjligt för kommunen att välja det anbud som erbjuder tillräcklig kvalitet. Kommunen åberopar EU-domstolens dom i mål C 244-02 Kauppatalo samt den proteststorm från elever och föräldrar beträffande farhågor om bristande kvalitet på utbildningen som sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrättens dom från den 28 oktober 2010 (mål 3944-10) föreskriver att det tilldelningsbeslut Humanistiska

nämnden fattade den 29 september 2010 ska ändras enligt vad som följer av anbudsförfrågan och utvärdering, vilket innebär att Wildland AB ska tilldelas kontraktet. Vid sitt möte den 10 november 2010 föreslogs att Humanistiska nämnden skulle fatta ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med domen. När eleverna och deras föräldrar fick klart för sig att Wildland AB skulle genomföra utbildningen enligt den kvalitetsnivå som framgår av anbudet ledde det till starka protester och man menade att detta inte motsvarade vad som utlovats i kommunens marknadsföring av utbildningen. Föräldrar träffar även företrädare för Wildland AB som förklarar att utbildningen inte kommer att kunna genomföras på det sätt som föräldrar och elever förväntar sig inom ramen för det anbud som getts utan detta kommer att bli betydligt dyrare och anbudspriset måste höjas med ca 2 miljoner kronor. Kommunen kan inte acceptera detta eftersom det skulle strida mot LOU att utöka uppdragets omfattning utan ny upphandling. Wildland AB erbjuder kommunen att dra tillbaka sitt anbud under förutsättning att bolaget får en ersättning på 990 000 kronor. Kommunen anser att summan är för hög med hänsyn till anbudssumman och ingen uppgörelse kom till stånd. Det står nu klart att Wildland AB:s anbud visserligen formellt uppfyller anbudsförfrågan, men att denna inte varit utformad på ett sådant sätt att rätt kvalitetsnivå uppnås. Kommunen anser att hela utbildningen äventyras om Wildland AB tilldelas kontraktet med anbudet som grund och kommunen ser i detta läge ingen annan möjlighet än att avbryta upphandlingen, revidera förfrågningsunderlaget och göra om upphandlingen.

Wildland AB har i ett kompletterande yttrande anfört i huvudsak följande. Wildland AB motsätter sig kommunens begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen. Det finns tillräckligt med svensk praxis för att avgöra målet. Det är inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande och ett sådant förfarande skulle förlänga processen avsevärt. Det är ostridigt att Wildland AB uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och att Wildland AB rätteligen ska tilldelas upphandlingen. Wildland AB be-

strider att det finns sakliga skäl att avbryta upphandlingen. En upphandlande myndighet får inte påbörja upphandlingar enbart i syfte att exempelvis testa marknaden eller att få till stånd ett förmånligare erbjudande från den egna enheten. Den upphandlande myndigheten ska därför lämna upplysningar om det som eventuellt kan leda till avbrytande såsom den egna enhetens deltagande, osäkerhet om tilldelning av anslag m.m. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att kommunen kommer att beakta eventuella synpunkter från elever och allmänhet. Kommunen har inte heller angivit att upphandlingen kan komma att avbrytas om eleverna hade en negativ uppfattning om utföraren. Wildland AB har valt att satsa resurser i upphandlingen utifrån de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget och ska, efter att ha avgivit det förmånligaste anbudet, tilldelas upphandlingen. Protesten från föräldrar och elever är förstäelig på grund av skillnaden mellan den av kommunen skapade förväntan och den utbildning som faktiskt upphandlats, vilket upplevdes som stora försämringar. Det innebär inte att kommunen haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Kommunen har möjlighet att upphandla tilläggsbeställningar om det anses nödvändigt. Kommunen har inte angett på vilka punkter förfrågningsunderlaget eller föremålet för upphandlingen skulle brista. Den egentliga anledningen till avbrytandet är att se till att Wildland AB inte väljs som leverantör. Kommunens handlande strider mot LOU och likabehandlingsprincipen. Wildland AB kan leverera de tjänster som upphandlingen avser till anbudspriset. För att kunna leverera det som kommunen synes ha målat upp för eleverna utöver vad som upphandlats kan komma att krävas tilläggsbeställningar, vilket Wildland AB upplyst kommunen om. Wildland AB:s uttalande om att det blir svårt att genomföra utbildningen på ett bra sätt bottenar i den kritik som följde när det blev känt för eleverna vad kommunen upphandlat jämfört med vad kommunen presenterat för dem. Wildland AB:s erbjudande att dra tillbaka sitt anbud mot en ersättning om 990 000 kronor är irrelevant för målet. Erbjudandet presenterades för kommunen förlikningsvis i syfte att tillmötesgå kommunens önskan att få en annan leveran-

tör än Wildland AB eftersom Wildland AB rätteligen tilldelats upphandlingen och skulle lida skada vid ett avbrytande i strid med LOU.

Förvaltningsrätten har även i mål 2909-10 och 3944-10 prövat den nu aktuella upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Tillämpliga bestämmelser (LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010)

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

Av 15 kap. 12 § andra stycket får myndigheten begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Enligt sistnämnda bestämmelse framkommer att vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Frågan om inhämtande av förhandsavgörande

EU-domstolen har i ett flertal domar tolkat de gemenskapsrättsliga reglerna som förekommer i målet och det saknas därför skäl att inhämta förhandsavgörande. Kommunens yrkande om inhämtande av förhandsavgörande ska därför avslås

Frågan om avbrytande av upphandlingen.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, kan presentera sakliga skäl för beslutet och iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga regler (se t.ex. C-92/00 och C-244/02). I ett mål om överprövning av en upphandling i anledning av ett tilldelningsbeslut kan rätten bedöma om avbrytandebeslutet är sakligt grundat, dvs. om det är lagligt och förenligt med gemenskapsrätten. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl.

Kommunen åberopar att den nu avbrutna upphandlingen fått en utformning som inte gör det möjligt för kommunen att välja det anbud som erbjuder tillräcklig kvalitet samt den proteststorm från elever och föräldrar angående farhågor om bristande kvalitet på utbildningen som sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I mål C-244/02 Kauppatalo Hansel kommer EU-domstolen fram till att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela någon kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuderna, inser att den med hänsyn till in-

nehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Beslutet att avbryta upphandlingen fattades sedan förvaltningsrätten i sin dom angett att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att upphandlingen skulle tilldelas den anbudsgivare som efter en utvärdering gjord i enlighet med förfrågningsunderlaget skulle tilldelas upphandlingen. Kommunen anser att en utvärdering enligt förfrågningsunderlaget inte skulle uppfylla de kvalitetskrav som kan ställas på utbildningsanordnaren utan priset skulle bli avgörande för tilldelningen. Det är således inte fråga om att byta utvärderingsgrund (till exempel från lägsta pris till ekonomiskt mest fördelaktigt) eller ändrade förutsättningar utan mer en fråga om att kommunen inte i förfrågningsunderlagets utvärderingsdel värderat kvalitetsfrågor på ett sätt som motsvarar de förväntningar som fanns på utbildningen. Förvaltningsrätten finner att kommunen inte visat att den haft saklig grund för att avbryta upphandlingen. Kommunen har inte iakttagit grundläggande gemenskapsrättsliga regler om förutsebarhet, transparens och likabehandling när upphandlingen avbröts. Wildland AB:s begäran om överprövning ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga DV 3109/1 C.



Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 nå 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.