



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2013-03-05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
1104-13E

SÖKANDE

Hermods Aktiebolag, 556044-0017
Warfvinges väg 33
112 51 Stockholm

Ombud: Advokat Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013-03-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Lunds kommun
Rådhuset, Box 41
221 00 Lund

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Hermods Aktiebolags yrkande om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN OCH INVÄNDNINGAR

Lunds kommun har den 24 januari 2013 beslutat att avbryta upphandlingen Vuxenutbildning, teoretiska studier II, ref nr KS 2012/0861. Som skäl för beslutet har kommunen angett följande. Vuxenutbildningen genomgick en omfattande förändring från och med den 1 juli 2012 då den nya skollagen ska tillämpas. Dessa förändringar har gjort att det uppenbarligen föreligger oklarheter både hos den upphandlande myndigheten och hos anbudsgivare.

Kommunen har två gånger annonserat upphandling av teoretiska studier inom vuxenutbildning. Två olika överprövningsprocesser i pågående upphandling har resulterat i att utbildningsförvaltningen i kommunen inte lyckats få till stånd något avtal ännu. Det har under överprövningsprocessen framkommit att anbudsgivarna inte uppfyller samtliga krav, bl.a. betygsrätt, samt att förfrågningsunderlaget uppfattas som otydligt.

Hermods Aktiebolag, nedan Hermods, ansöker om överprövning och yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras samt att förvaltningsrätten ska besluta att kommunen ska genomföra en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Hermods ska utvärderas och anbudet från Jensen Education AB inte ska utvärderas.

Lunds kommun motsätter sig bifall till ansökan.

OMSTÄNDIGHETER SOM ÅBEROPAS I MÅLET

Hermods har åberopat följande omständigheter

Lunds kommun har inte haft godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det är etablerat i rättspraxis att ett beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Att det finns brister i förfrågningsunderlaget kan visserligen under vissa förutsättningar anses utgöra ett sådant sakligt godtagbart skäl som ger den upphandlande myndigheten rätt att avbryta upphandlingen. Det åligger

emellertid den upphandlande myndigheten att motivera varför upphandlingen avbrutits. Den upphandlande myndigheten har även bevisbördan vad avser förekomsten av den brist som motiverat beslutet och att denna brist utgör ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Det som Lunds kommun åberopat är inte sakligt godtagbara skäl. Att det förekommit olika överprövningsprocesser saknar all relevans. Vilka egentliga oklarheter kommunen menar går inte att förstå. Såvitt gäller Hermods föreligger inte några oklarheter när det gäller betygsrätt. Vad gäller Jensen föreligger ingen oklarhet heller då de inte har någon betygsrätt överhuvudtaget. Lunds kommun har inte lyckats visa eller ens göra sannolikt att det föreligger någon brist i förfrågningsunderlaget som innebär att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Vidare har kommunen förkastat Hermods anbud eftersom kommunen anser att Hermods inte uppfyller ett skall-krav (kontraktskrav) såvitt avser betygsrätt som kommunen menar ska föreligga den 1 januari 2013. Hermods menar för det första att Hermods uppfyller samtliga skall-krav den 1 januari 2013 och för det andra att det ännu inte går att fastställa om Hermods inte uppfyller skall-kravet på betygsrätt vid avtalets startdatum. Det finns under inga förhållanden lagliga möjligheter att förkasta Hermods anbud. Det finns inget otydligt i förfrågningsunderlaget från kommunen i denna del. Lunds kommun har vidare tilldelat Jensen upphandlingen trots att deras anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. Jensens anbud skulle ha förkastats. Det är således inte fråga om någon otydlighet alls.

Malmö Stad har följande inställning till åberopade omständigheter

Den 1 juli 2012 trädde stora förändringar i kraft när det gäller vuxenutbildningen då den nya skollagen ska tillämpas. Upphandlingen av vuxenutbildningens teoretiska studier annonserades första gången den 2 april 2012 som en del i en upphandling som omfattade både yrkesutbildningar och teoretiska studier. De stora förändringarna framför allt när det gäller nya

ämnes- och kursplaner samt betygsrätt hos utbildningssamordnarna innebar uppenbarligen en osäkerhet hos såväl utbildningssamordnarna som den upphandlande myndigheten. Oklarheter i förfrågningsunderlaget gjorde att det var svårt för anbudsgivarna att lämna ett fullständigt anbud och man valde att avbryta och annonsera på nytt. Den teoretiska delen annonserades på nytt den 21 juni 2012. Även denna gång framkom oklarheter som den upphandlande myndigheten inte kunde förutse och man valde då att återigen avbryta upphandlingen, justera och tydliggöra kraven samt annonsera på nytt den 12 november 2012. Det är denna upphandling som avbröts genom beslut den 24 januari 2013.

Kommunen har inte handlat i strid med LOU eller de EU-rättsliga principerna som styr offentlig upphandling. Det föreligger sakliga skäl för att avbryta upphandlingen och för att annonsera den på nytt med ett justerat och tydligare förfrågningsunderlag. Med anledning av att bland annat samtliga anbudsgivare i anbudsutvärderingen gavs möjlighet att förtydliga sina anbud då det förekom otydligheter i samtliga anbud om kurser respektive kurskoder samt att kravet på betygsrätten i två olika domstolsprocesser varit föremål för prövning gjorde kommunen vid en ny genomgång av anbuden och förfrågningsunderlaget den bedömningen att underlaget uppenbarligen inte är tydligt nog i dessa delar.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 HI REG 2002, s. 1-5553). EU-domstolen har vidare uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt

vägande skäl (C-27/98, Fracasso och Leitschutz). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se bl.a. C-92/00 HI REG 2002 s. 1-5553, RÅ 2008 ref 35 och RÅ 2009 ref 43). Skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara är att en upphandlande myndighet som efter att ha bedömt anbudet inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. 1-12139).

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande. Lunds kommun har som grund för att avbryta den nu aktuella upphandlingen anfört att det finns brister i förfrågningsunderlaget avseende tydlighet när det gäller kurser respektive kurskoder samt kravet på betygsrätten.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i underlaget kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Enligt förvaltningsrätten får Lunds kommun – på ett tillräckligt övertygande sätt – anses ha visat att det nu aktuella förfrågningsunderlaget, i de återopade delarna, är utformat på ett så pass otydligt sätt att det riskerar att medföra svårigheter för anbudsgivare att lämna korrekta och fullständiga anbud. Då underlaget därigenom får anses strida mot transparensprincipen har Lunds kommun haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Hermods ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Peder Liljeqvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten 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. 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 var till 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 nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU

