



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-05-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27506-15

SÖKANDE

Kentor IT Aktiebolag, 556284-2319
Vasagatan 38
111 20 Stockholm

Ombud:

Advokaterna Mikael Engström och Peter Riiga
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Svenska ESF-rådet
Box 47141
100 74 Stockholm

Ombud:

Advokaten Erik Olsson
Jur.kand. Emma Jarkell
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-05-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kentor IT AB:s ansökan om ingripande enligt
LOU.

Dok.Id 723509

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Svenska ESF-rådet (ESF) genomför upphandling avseende leverantörsväl för förvaltning och utveckling, dnr 201500116 genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 23 juni 2015 framgår att Kentor IT AB (Kentor) hade presenterat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att avtal därför kommer att träffas med Kentor. ESF beslutade den 30 november 2015 att avbryta upphandlingen.

Kentor ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva ESF:s beslut att avbryta upphandlingen.

ESF bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (prop. 2006/07:128 s. 156).

Upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (EG-domstolens dom i mål C-92/00, Hospital Ingenieure (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). Myndigheten får anses ha ett stort utrymme för att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling. Myndigheten måste enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU ange skälen för avbrytandet. Avbrytandet av upphandlingen måste vila på sakligt godtagbara skäl och inte vara godtycklig samt följa gemenskapsrättsliga regler och principerna i 1 kap. 9 § LOU (se bl.a. C-92/00, HI (REG 2002 s. 1-5553), RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

EU-domstolen har uttalat att sakligt godtagbara skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Vidare får en upphandlande myndighet t.ex. inte begära in anbud endast för att klarlägga prisnivåer för att därefter upphandla till lägre prisnivåer; ett sådant förfarande är konkurrensbegränsande.

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Vad parterna anfört

Kentor anför bl.a. följande. Som skäl för att avbryta upphandlingen har **ESF** anfört att då en nyrekrytering skett kommer myndigheten att kunna tillsätta befintliga resurser för att hantera stora delar av de aktuella tjänsterna som skulle upphandlats. **ESF** har ingen möjlighet att med befintliga resurser utföra de synnerligen tids- och resurskrävande arbeten i egen regi som de högt ställda kraven i upphandlingen ger uttryck för. **ESF** har inga arkitekter, utvecklare, förvaltningsledare, testledare, projektledare, servicemanagers som bl.a. fordras i upphandlingen. **ESF**'s avsikt är istället att anskaffa en stor del av tjänsterna genom resurskonsulter från tredje part vilket fordrar nya upphandlingar.

Ca två veckor efter det att avbrytandebeslutet meddelades gick ESF ut i två avropsförfrågningar avseende fem resurskonsulter för just sådana tjänster som avses i upphandlingen. Såvitt Kentor vet var några av dessa resurskonsulter just de konsulter som tidigare utfört dessa tjänster åt ESF genom den tidigare leverantören Atos IT Solutions försorg. Det är således genom att anskaffa tjänsterna från en av Kentors huvudkonkurrenter i upphandlingen som ESF tillgodosett behovet av den väsentliga delen av tjänsterna och inte genom att tillsätta befintliga egna resurser att hantera dessa tjänster. Det framgår inte om resurskonsulterna är "befintliga egna resurser" eller om de står till förfogande till följd av avtal med tredje part. Det framgår vidare inte om de utgjorde resurser hos ESF vid tidpunkten för avbrytandet av upphandlingen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2158-11) eller om dessa resurser är tillräckliga för att kunna hantera dessa tjänster. ESF har anfört att de inom snar framtid kommer att bygga upp resurser som möjligen är bättre. Detta kan inte anses utgöra sakliga skäl att avbryta en upphandling.

Avbrytandet står i strid med likabehandlingsprincipen. Om ESF tillåts avbryta upphandlingen på denna grund skapas en närmast obegränsad möjlighet för upphandlande myndigheter att använda upphandlingsförfaranden som marknadsundersökningar, till stora kostnader för deltagande leverantörer. ESF har avbrutit upphandlingen mer än ett halvår efter det att ESF fått del av anbudet i upphandlingen och månader efter att ESF konstaterat att Kentors anbud utgjorde det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ett avbrytande som grundas på jämförelser mellan egen regi och anbud som inkommit långt före den aktuella tidpunkten skapar ett oacceptabelt utrymme för godtycke från myndighetens sida och står i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen.

ESF har vidare inte lämnat någon utredning alls till stöd för att det egna anbudet skulle vara ekonomiskt mer fördelaktigt än Kentors anbud. Det fram-

går tydligt av RÅ 2009 ref. 43 att det är den upphandlande myndigheten dvs. i detta fall ESF som har bevisbördan för att avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbara skäl (jfr Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 1103-10 respektive 4691-12). I det nu aktuella målet består åberopat avbrytandeskäl i att ESF numera har egna resurser att hantera de tjänster som upphandlingen avser samt att det vore ofördelaktigt att ingå avtal med Kentor. ESK måste kunna visa att dessa omständigheter föreligger.

ESF anför bl.a. följande. Myndigheten fick under hösten 2015 förstärkning av ny personal. ESF har två seniora arkitekter och systemutvecklare samt en senior systemtekniker till sitt förfogande. Behovet av de tjänster som upphandlingen avsåg föreligger därmed inte längre. ESF beslutade därför att avbryta upphandlingen p.g.a. förändrat verksamhetsbehov. Alternativet skulle innebära att ESF tvingas teckna ett kontrakt som myndigheten inte längre har behov av och ådra sig onödiga kostnader. Det är således ekonomiska skäl som ligger bakom ESF:s avbrytandebeslut.

ESF har från årsskiftet genomfört ett avrop på befintligt statligt ramavtal för resurskonsulter. Detta är dock endast tänkt att utgöra ett tillfälligt resursstöd under en uppstartsfas till dess ESF:s egen organisation blir självgående. Avropsavtalet gäller om 3+3+3+3 månader med en månads uppsägningstid. ESF har som avsikt att senast till sommaren kunna sköta applikationsförvaltning och utveckling utan detta externa resursstöd. Som en jämförelse rörde den aktuella upphandlingen ett femårsavtal och där skulle leverantören ta över såväl förvaltning som utveckling av applikationen. Ett sådant avtal innebär ett väsentligt större åtagande och större kostnad än det stödavrop som ESF har gjort från det statliga ramavtalet för resurskonsulter.

I mål C-92/00 HI uttalade EU domstolen att upphandlande myndigheters skyldighet att tillkännage skälen för sitt beslut att avbryta en upphandling inte heller innebär en skyldighet för denna myndighet att fullfölja upphand-

lingen. Den upphandlande myndigheten bestämmer själv om en upphandling ska fullföljas eller inte förutsatt att den följer de EU-rättsliga principerna.

Förvaltningsrättens bedömning

Kentor har anfört att även om det skulle anses finnas sakliga skäl för ESF att utföra vissa av tjänsterna i egen regi, så har ESF alla möjligheter att anskaffa återstående tjänster av Kentor i enlighet med det avtal som upphandlats och som Kentor vunnit tilldelning av. Förvaltningsrätten vill inledningsvis klargöra att förvaltningsrätten endast kan pröva om ESF haft fog för beslutet att avbryta upphandlingen eller inte. Vid bifall kan förvaltningsrätten endast förordna om att det överklagade beslutet upphävs.

Av utredningen i målet framgår att tilldelningsbeslut meddelades den 23 juni 2015 och beslut om avbrytande meddelades den 30 november 2015. Även om det gått ca fem månader sedan tilldelningsbeslutet har en upphandlande myndighet rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger. En förutsättning för ett sådant beslut är dock att det är sakligt grundat.

Det är den upphandlande enheten som bestämmer när det finns förutsättningar att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att av utredningen i målet framgår att ESF fått förstärkning av ny personal i form av bl.a. två arkitekter och systemut-

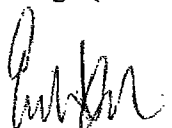
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

vecklare och en systemtekniker. ESF har uppgett att behovet av de tjänster som upphandlingen avsåg inte längre föreligger och att upphandlingen med anledning härav avbrutits. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. ESF har vidare genomfört avrop på befintligt ramavtal för resurskonsulter. Avropsavtalet löper under en förhållandevis kort tid vilket talar för att detta endast är en tillfällig lösning i avvaktan på att ESF kan ombesörja samtliga de tjänster som upphandlingen avser. Som framgår ovan har den upphandlande myndigheten stort utrymme att bedöma när den vill avbryta en upphandling. Förvaltningsrätten anser att ESF:s beslut att avbryta upphandlingen vilar på sakliga skäl. Det har vidare inte framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

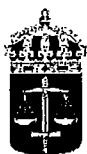
Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Erik Hjulström

Rådman

Susanna Ewerlöf har föredragit målet.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.