



SÖKANDE

HÖ Allbygg Aktiebolag, 556103-1807

Ombud: Advokat Charlotte Dolk och Advokat Pehr Jacobson
Advokatbyrån Hellgren Linnander KB
Box 2453
104 50 Stockholm

MOTPART

Stiftelsen Kalixbostäder, 898200-0682

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERI	
2018-06-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Stiftelsen Kalixbostäder (Stiftelsen) genomförde en upphandling av totalentreprenad Kvarteret Krubban 20 – ombyggnad av Kyrkogatan 5 och tilldelade SA Englund AB uppdraget. HÖ Allbygg Aktiebolags (HÖ Allbygg) uppgavs ha lämnat in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet men utslöts på grund av att Stiftelsen ansåg att bolaget avvikit från villkoren i förfrågningsunderlaget och utelämat det nya balkongsystemet.

HÖ Allbygg ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras vid vilken även bolagets anbud skulle utvärderas.

Förvaltningsrätten biföll HÖ Allbyggs ansökan i dom den 26 mars 2018 (mål nr 2894-17) och beslutade att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts. Förvaltningsrätten ansåg att det av upphandlingsdokumenten inte framgick att entreprenaden även omfattade rivning av befintliga balkongplattor samt utförande av nya.

Stiftelsen beslutade därefter den 20 april 2018 att avbryta upphandlingen och uppgav i beslutet att en ny upphandling med reviderat förfrågningsunderlag kommer att genomföras inom en snar framtid.

Avbrytandebeslutet har sammanfattningsvis motiverats enligt följande. En upphandling kan i vissa fall avbrytas av den upphandlande myndigheten. Ett avbrytandebeslut måste dock vila på sakliga skäl. Stiftelsen och i vart fall den anbudsgivare som har offererat lägst pris har olika uppfattningar om omfattningen av de arbeten som prissatts av anbudsgivarna. Det finns, mot denna bakgrund, en uppenbar risk för att anbudsgivarna tolkat frågan om rivningsmoment ingår eller inte olika. Något som också bekräftats vid kontakter med övriga anbudsgivare. Stiftelsen kan därför inte göra en objektiv

jämförelse mellan anbudet vid en ny anbudsutvärdering och den bristfälliga utformningen av förfrågningsunderlaget i detta avseende har därmed medfört att Stiftelsen inte kan garantera att bästa anbud antas.

HÖ Allbygg yrkar att Stiftelsens beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Stiftelsen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

HÖ Allbygg anför sammanfattningsvis följande.

Stiftelsen har avbrutit upphandlingen trots att det inte funnits sakliga skäl till det. **HÖ Allbygg** hade det lägsta anbudet och skulle ha tilldelats uppdraget. Bolaget har därmed lidit skada av Stiftelsens agerande.

Bolagets anbud är helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och innefattar ingen reservation. Både i tilldelningsbeslutet och i skriftväxlingen i förvaltningsrättens mål nr 2894-17 anförde Stiftelsen att den hade förkastat bolagets anbud på grund av att bolaget ”utelämnat det nya balkongsystemet”. Det har således inte från Stiftelsen gjorts gällande att bolagets anbud skulle innefatta en reservation avseende rivningsarbeten. Stiftelsen har inte heller gjort gällande att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt utan tvärtom angett att vad som efterfrågats ”inte kunnat missförstås”.

Bolaget har i förvaltningsrättens mål nr 2894-17 utförligt redovisat att rivningsarbeten inte omfattas av förfrågningsunderlaget och därför inte ingår i anbudet. Stiftelsen har inte motsagt detta. För det fall Stiftelsen varit av uppfattningen att rivning skulle ingå eller att förfrågningsunderlaget varit otydligt hade Stiftelsen rimligtvis bemött vad bolaget anförde i denna del.

Stiftelsen har nu som sakligt skäl att avbryta upphandlingen anfört att det föreligger en otydlighet/motstridighet i förfrågningsunderlaget och att denna otydlighet/motstridighet inneburit att anbudsgivarna tolkat förfrågningsunderlaget olika, vilket i sin tur lett till att Stiftelsen inte har möjlighet att säkerställa att det bästa anbudet kan antas. Dessa påståenden bestrids av bolaget. Det av Stiftelsen framtagna förfrågningsunderlaget redovisar fullständigt omfattningen av de arbeten som ska utföras. Att förfrågningsunderlaget var klart och tydligt var också Stiftelsens uppfattning i förvaltningsrättens mål nr 2894-17. Vad övriga anbudsgivare eventuellt uppgett kan inte tillmätas någon betydelse. Övriga anbudsgivare har självfallet ett intresse av att upphandlingen görs om så att de får en förnyad möjlighet att tilldelas projektet.

Entreprenaden omfattar ändring och komplettering av uteplatser. Dessutom innefattar åtagandet utförande av en ny balkong och inglasning av densamma samt inglasning av befintliga balkonger. Av tillhandahållna relationsritningar framgår omfattningen av befintliga balkonger. Av bygglovsritning framgår att de befintliga balkongerna ska glasas in. Däremot framgår inte att befintliga balkonger ska rivras och att nya balkongplattor ska komma till utförande. Om rivning av befintliga balkongplattor skulle utföras skulle detta uttryckligen ha redovisats under kod BED RIVNING i rambeskrivning. Någon sådan anvisning finns inte.

Av de grundläggande principerna i LOU framgår att ett förfrågningsunderlag ska vara förutsebart, dvs. klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga krav som ställs. Stiftelsens förfrågningsunderlag uppfyller denna princip. Någon oklarhet beträffande förekommande balkongarbeten föreligger inte. Förfrågningsunderlaget är således vare sig oklart eller motstridigt. Det framgår även av förvaltningsrättens dom i mål nr 2894-17.

Det bestrids också att det skulle vara fråga om stora prisvariationer och att prisvariationerna i sig skulle styrka att anbudsgivarna tolkat förfrågningsunderlaget olika.

Stiftelsen framför sammanfattningsvis följande.

Efter att anbudet kommit in i upphandlingen framgick att HÖ Allbyggs anbud inte omfattade rivning av betongplattor till befintliga balkonger eller uppförande av nya ersättningsplattor. I SA Englund AB:s anbud framkom emellertid att rivning av befintliga betongplattor och uppförande av nya plattor var inkluderat i bolagets anbud, detta helt i enlighet med Stiftelsens avsikt med entreprenaden. Eftersom Stiftelsen hela tiden varit av uppfattningen att de gamla betongplattorna skulle ersättas med nya – dvs. att det var fråga om nya balkonger och att detta då klart (enligt Stiftelsens dåvarande uppfattning) framgick av upphandlingsdokumenten – förkastades HÖ Allbyggs anbud på grund av att den ansågs innehålla en otillåten reservation.

Stiftelsen har haft rätt att avbryta upphandlingen eftersom beslutet att avbryta vilar på sakligt godtagbara skäl. Av EU-domstolens rättspraxis följer att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar att inleda en upphandling eller när en inledd upphandling behöver och kan avbrytas. En upphandlande myndighet har således inte någon absolut skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-92/00, HI, punkt 40-41).

Av EU-domstolens avgörande i mål C-244/02, Kauppatalo Hansel, p. 36 framgår att den upphandlande myndigheten har sakliga skäl att avbryta en upphandling när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande myndigheten inser att den med hänsyn till innehållet i upphandlingsdokumenten, på grund av fel som myndigheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har

möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – en princip som också gäller vid upphandlingar där enbart pris utgör tilldelningskriterium. Godtagbart skäl för avbrytande kan alltså föreligga om den upphandlande myndigheten utformat upphandlingsdokumenten på ett sätt som medför att det bästa anbudet inte kan antas. Att brister i upphandlingsdokumenten kan utgöra grund för avbrytande följer också av ett betydande antal avgöranden i svensk rättspraxis.

I förevarande upphandling har Stiftelsen och i vart fall HÖ Allbygg, men också SA Englund AB, olika uppfattningar om omfattningen av de arbeten som varit föremål för prissättning i upphandlingen. Vid kontakter med andra anbudsgivare har bekräftats att anbudsgivare har tolkat informationen i upphandlingsdokumenten avseende huruvida rivningsmomentet och återuppbyggnaden av nya betongplattor till balkonger olika. Något som även får stöd av de stora prisvariationerna i de olika anbudena.

Formuleringarna i Rambeskrivningen innebär sammantaget att anbudsgivare kan ha tolkat omfattningen av upphandlingsföremålet olika. Av formuleringarna följer för det första enligt Stiftelsens uppfattning att det rör sig om nya balkonger. Vidare har beställaren lämnat instruktioner om hur nya stommar till balkonger ska monteras, vilket inte skulle vara aktuellt om inte gamla stommar skulle rivras och nya stommar skulle uppföras. Slutligen har beställaren även upplyst om att nivåskillnaden mellan golvbeläggning i lägenhet och balkongen inte får överstiga 20 mm på grund av tillgänglighetskrav, en upplysning som knappast hade lämnats om upphandlingen inte hade innefattat rivning av befintliga betongplattor och uppförande av nya betongplattor.

Förhållanden som tyder på att rivning av befintliga betongplattor och uppförande av nya betongplattor inte har ingått i upphandlingen är, såsom HÖ Allbygg anfört, att några rivningsarbeten inte redovisats specifikt i upphand-

lingsdokumenten. Detta innebär sammanfattningsvis att det dels funnits indikationer på att arbeten omfattande rivning och uppförande av nya betongplattor har ingått i anbudsgivarnas åtaganden, dels att det funnits indikationer som pekat på motsatsen. Det föreligger således en otydlighet/motstridighet i upphandlingsdokumenten. Den uttolkning av detsamma som förvaltningsrätten gjorde i målet som gällde överprövning av tilldelningsbeslutet ska inte läggas till grund för att förfrågningsunderlaget är tydligt i så måtto att HÖ Allbyggs uttolkning av desamma ska vinna försteg.

Stiftelsen har inte möjlighet att säkerställa att det bästa anbudet kan antas och att likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet/förutsebarhet kan upprätthållas om upphandlingen slutförs med nuvarande underlag. Det har funnits en överhängande risk för att de olika anbuden har lämnats på olika premisser och därför inte är objektivt jämförbara med varandra. Om HÖ Allbyggs anbud antogs skulle det ofrånkomligen leda till att Stiftelsen nödgades acceptera en betydande s.k. ÄTA (ändrings- och tilläggsarbete) för att få avsett utförande, en ÄTA som inte skulle uppkomma om SA Englunds anbud antogs. En ny anbudsutvärdering kan mot bakgrund av dessa omständigheter inte läka otydligheterna i upphandlingsdokumenten. Det föreligger därför sakliga skäl för avbrytande.

Stiftelsen avser att inom en nära framtid genomföra en ny upphandling genom annonserat förfarande enligt LOU, med reviderade och tydliga upphandlingsdokument. HÖ Allbygg kommer därmed att få förnyad möjlighet att tilldelas kontraktet avseende ombyggnaden av Kyrkogatan 5, Kv Krubban 20, och kan därmed inte anses ha lidit eller riskerat lida ska på grund av avbrytandebeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad den önskar att upphandla och som Stiftelsen redogjort för har dess syfte gällande balkonger varit att upphandla både rivning av befintliga betongplattor och uppförande av nya. Stiftelsen uteslöt också HÖ Allbyggs anbud eftersom Stiftelsen var av uppfattningen att detta klart framgick av upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrätten har i dom den 26 mars 2018 i mål nr 2894-17 konstaterat att det av upphandlingsdokumenten inte framgår att entreprenaden omfattar rivning av de befintliga balkongplattorna och utförandet av nya. Att upphandlingsdokumenten saknar denna del innebär dock inte att förvaltningsrätten anser att detta varit Stiftelsens syfte när den utformat upphandlingsdokumenten. Det framgår klart och tydligt av Stiftelsens agerande och argumentation att den avsett att upphandla både rivning av befintliga betongplattor till balkonger och uppförande av nya.

Stiftelsen menar att upphandlingsdokumenten gett upphov till olika tolkning, vilket bl.a. har visat sig i stora skillnader i anbudspriser. Av handlingarna i målet framgår att anbudspriserna varierat från 6 330 000 kr till 11 715 00 kr. Stiftelsen har vidare framfört att den på grund av upphandlingsdokumentens nuvarande utformning inte kunnat göra en objektiv jämförelse och anta det bästa anbudet.

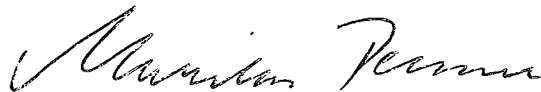
Förvaltningsrätten konstaterar att det av EU-domstolens praxis samt även av svensk rättspraxis följer att en upphandlande myndighet får avbryta en upphandling om sakligt godtagbara skäl föreligger och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas. Omfattningen av de arbeten Stiftelsen önskat ska ingå i upphandlingen har, enligt förvaltningsrättens mening, inte på ett tydligt sätt framgått av upphandlingsdokumenten. Att anbudet varierat så mycket i pris ger vidare stöd för Stiftelsens påstående om att anbuds-

givarna uppfattat upphandlingsdokumenten på olika sätt. Stiftelsens avsikt med vad den önskar upphandla har således inte kommit till uttryck i upphandlingsdokumenten, vilket har påverkat Stiftelsens möjligheter att kunna anta det bästa anbudet.

Vid dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att Stiftelsens beslut att avbryta upphandlingen får anses vila på sakligt godtagbara skäl. HÖ Allbyggs ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Marika Pernu
rådman

Carola Andersson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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-postadress, 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.