



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-05-09
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1501-16

SÖKANDE

Industrispår i Ystad AB, 556209-8946
Dragongatan 51
271 39 Ystad

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud: Advokaten Sara Li Olovsson och Juristen Martin Bogg
c/o Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-05-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 247795

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun (Kommunen) genomför upphandlingen *Spårbyte Trozelligatan*, dnr 5889. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen meddelade den 19 februari 2016 tilldelningsbeslut enligt vilket Industrispår i Ystad AB (Bolaget) tilldelades kontraktet. Den 26 februari 2016 återkallade Kommunen tilldelningsbeslutet och avbröt upphandlingen. Som skäl för återkallelsen angav Kommunen att den vid en förnyad genomgång gjort bedömningen att Bolaget inte uppfyller kraven på kvalitetsledningssystem enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Som skäl för avbrytandebeslutet angavs i sin tur att det efter förnyad kvalificering inte finns något godkänt anbud och att upphandlingen därför avbryts på grund av bristande konkurrens.

Bolaget ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och beslutet att återkalla tidigare meddelat tilldelningsbeslut och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att avbrytandebeslutet ska upphävas och om rättelse med innebörden att Bolagets anbud upptas vid förnyad anbudsutvärdering och tilldelas kontraktet.

Kommunen begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av bilagan *Skakrav* framgår beträffande krav på bilaga 2.2 att anbudsgivaren ska ”ha dokumenterade rutiner och system för att säkerställa att kraven på kvalitets- och miljöarbetet uppfylls. Dokument eller intyg som styrker att anbudsgivaren har de system och rutiner som krävs för att uppfylla kraven i

förfrågningsunderlaget, ska bifogas anbudet”. Bolaget har uppfyllt kravet i bilaga 2.2. I första tilldelningsbeslutet konstaterade också Kommunen att det var med och godtog beskrivningen. Kommunen har således inte ifrågasatt att ett kvalitetsledningssystem hade redovisats i anbudet. Därmed är det otvistigt att ett kvalitetsledningssystem har varit bifogat till anbudet.

Enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget ska anbudgivaren i anbudet lämna en “beskrivning av företagets kvalitetsledningssystem motsvarande ISO 9001 eller likvärdigt”. Sådan beskrivning har Bolaget lämnat i sitt anbud genom att bekräfta att Bolaget arbetar efter ett kvalitetsledningssystem, som motsvarar ISO 9001-2008, bifogat certifikat för EN 1090-1 och ISO 3834-2 samt genom att medsända innehållsförteckningen av det kvalitetsledningssystem som tillämpas i företaget. I innehållsförteckningen kan man utläsa mot vilka punkter de motsvarar i ISO 9001. För att ett kvalitetsledningssystem ska vara likvärdigt behöver det inte på varje punkt motsvara ISO 9001. Kommunen har inte på något sätt visat att Bolagets kvalitetsledningssystem skulle avvika i väsentliga delar mot de krav som ISO 9001 ställer.

Bolaget har på samma sätt i tidigare anbud redovisat sitt kvalitetsledningssystem utan invändning från Kommunen. Bolaget genomförde 2014 en större entreprenad “Triangelspåret Händelö” åt Kommunen. I detta projekt arbetade Bolaget efter åberopat ledningssystem. Detta granskades och godkändes av Kommunen utan några invändningar. Bolagets ledningssystem har därför varit väl känt för Kommunen.

Skanska Sverige AB, som har lämnat det andra anbudet i upphandlingen som också blev förkastat, har i en skrivelse till Kommunen hävdad att bristen i Bolagets ledningssystem ska vara att Bolaget saknar extern kvalitetsrevisor. Så länge man inte jobbar med ett certifierat system, behövs emellertid ingen extern revisor. Externa revisioner är möjligt för beställaren att genom-

föra. Detta framgår av punkten AFC.225 i förfrågningsunderlaget. Genom att Bolaget har medsänt certifikat för kvalitetsledningssystem EN 1090-1 och ISO 3834, har Bolaget visat att man anlitar extern revisor. Certifiering enligt dessa båda standarder är obligatorisk när man arbetar med bärande konstruktioner, vilket finns i denna entreprenad. Kraven i dessa båda standarder är i många delar likvärdiga med de som krävs i ISO 9001.

Avbrytandet av upphandlingen har Kommunen motiverat med bristande konkurrens. En upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling, om man får in ett fåtal anbud och konkurrensen inte bedöms uppfyllt. Bolaget bestrider inte detta, men man måste göra en bedömning huruvida en ny upphandling kan ge bättre resultat. Vid första tilldelningsbeslutet accepterade Kommunen, att det endast återstod ett anbud, nämligen Bolagets, och var trots detta berett att tilldela Bolaget kontraktet. Bolaget kan inte finna en annan anledning till detta än att Kommunen bedömde att den inte skulle få fler anbud genom att göra om upphandlingen. Avbrytandet av upphandlingen verkar därför mer hänförlig till att Skanska Sverige AB hotat Kommunen med att begära överprövning hos förvaltningsrätten. Detta är inget sakligt skäl för att avbryta en upphandling. Tvärtemot bör Kommunen, som önskar få en fungerande marknad, stå emot sådana hotelser.

Möjligheten för Kommunen att få in mer än ett eller två anbud får anses begränsad så länge inte Kommunen vidtar åtgärder för att få en bättre marknad. Sådana planer har Bolaget inte kunnat notera. När det gäller upphandlingar avseende spårväg har det dessutom vid sex tidigare upphandlingar endast inkommit två eller ett anbud och kontrakt tilldelats då endast ett anbud varit godkänt.

Genom att Kommunen felaktigt förkastat Bolagets anbud har den åsidosatt principerna om att behandla leverantörerna likvärdigt och på ett icke-diskriminerande sätt. Vid ett korrekt förfarande har Bolaget lagt att godkänt

anbud med den lägsta anbudssumman i upphandlingen. Följaktligen har Bolaget inte haft möjlighet att vinna kontraktet och därigenom gått miste om de intäkter som kontraktet skulle inbringat. Det får således anses vara klart att Bolaget lider skada eller i vart fall kommer lida skada.

Kommunen

Kommunen har förkastat Bolagets anbud då anbudet inte uppfyller kraven i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Enligt denna punkt ska anbudsgivaren lämna intyg om certifiering av kvalitetsledningssystem enligt ISO 9001, alternativt beskrivning av företagets kvalitetsledningssystem motsvarande ISO 9001 eller likvärdigt. Kravet ifråga ska uttryckligen styrkas i anbudet och därmed vara uppfyllt senast vid anbudets inlämnande. Det räcker således inte med att anbudsgivaren endast bekräftar att kravet i fråga är uppfyllt, utan det måste genom dokumentation i anbudet kunna verifieras att kravet faktiskt uppfylls.

Det är ostridigt i målet att Bolaget inte är certifierat enligt ISO 9001:2008. Av Bolagets anbud kan utläsas att Bolaget arbetar efter ett ledningssystem som när det gäller kvalitet motsvaras av ISO 9001:2008. Det kan konstateras att Bolaget till sitt anbud endast bifogat innehållsförteckningen för sitt kvalitetsledningssystem. Av en innehållsförteckning går det omöjligen att utläsa att Bolaget i sin verksamhet systematiskt implementerat och aktivt tillämpar ett kvalitetsledningssystem som motsvarar ISO 9001:2008. Att Bolaget är certifierat enligt helt andra standarder föranleder ingen annan bedömning. Den brist som föreligger är således inte huruvida Bolaget har eller inte har en extern revision, utan att det inte bifogats någon beskrivning som visar att kravet är uppfyllt i något avseende. Bolaget har därmed inte visat att de tillämpar ett kvalitetsledningssystem som motsvarar ISO 9001:2008.

Kommunen bestrider att Kommunen inte skulle ha anmärkt på Bolagets anbud vad gäller kravet i bilaga 2.2, varför det skulle vara otvistigt att kravet på kvalitetsledningssystem är uppfyllt. I krav på bilaga 2.2 enligt bilagan Skakrav görs en hänvisning till kraven i förfrågningsunderlaget, dvs. punkten AFB.52. Vad Bolaget anför är således helt felaktigt och det är därmed inte ostridigt att Bolagets kvalitetsledningssystem uppfyller alla obligatoriska krav.

Att Bolagets kvalitetsledningssystem godkänts i tidigare upphandlingar saknar relevans för upphandlingen och huruvida Bolagets anbud ska anses uppfylla kraven i upphandlingen. Att Bolagets anbud först godtogs i upphandlingen saknar också betydelse eftersom ett tilldelningsbeslut inte i något avseende är bindande. För det fall Kommunen, som i det aktuella fallet, vid en förnyad genomgång upptäcker att ett anbud inte uppfyller samtliga krav har Kommunen en upphandlingsrättslig skyldighet att rätta tilldelningsbeslutet, vilket är precis vad som skett.

Sammanfattningsvis har inga skäl för att ändra Kommunens bedömning avseende Bolagets anbud framkommit. Bolagets anbud uppfyller således inte ställda krav varför det ska förkastas. Eftersom även det andra inkomna anbudet i upphandlingen är bristfälligt, finns inga giltiga anbud i upphandlingen, och upphandlingen måste därför avbrytas och göras om.

En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. EU-domstolen har vidare uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Även av Högsta förvaltningsdomstolens dom i RÅ 2008 ref. 35 framgår att det är ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling om det endast återstår ett anbud. Som framgått ovan av redogjord praxis har en upphandlande myndighet rätt att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens när endast ett anbud

återstår. Även om Bolagets anbud skulle godtas av förvaltningsrätten har Kommunen ändå sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen eftersom Bolagets anbud då är det enda kvarvarande. Att Bolaget är av uppfattningen att inga fler anbud kommer att inkomma om upphandlingen görs om är irrelevant då den omständigheten att det i andra upphandlingar inte inkommit många anbud inte är något som enligt redogjord praxis ska tillmätas någon betydelse.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har inledningsvis att pröva om det funnits sakligt godtagbara skäl för Kommunen att avbryta upphandlingen. Det är Kommunen som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (jfr RÅ 2009 ref. 43 och Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

I sitt avbrytandebeslut har Kommunen som grund anfört att inget av de inkomna anbuden uppfyller samtliga ställda krav och att upphandlingen därför ska avbrytas på grund av bristande konkurrens.

Vad beträffar Bolaget har den brist som påtalats i beslutet att återkalla tidigare meddelat tilldelningsbeslut bestått av att Bolagets anbud inte uppfyller kravet på kvalitetsledningssystem enligt punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Av den aktuella punkten framgår, såvitt här är aktuellt, att en anbudsgivare ska lämna intyg om certifiering av kvalitetsledningssystem enligt ISO 9001, alternativt beskrivning av företagets kvalitetsledningssystem motsvarande ISO 9001 eller likvärdigt.

Någon vidare reglering av hur detaljerad den erfordrade beskrivningen ska vara finns inte i förfrågningsunderlaget utöver det som anges i bilagan *Skakrav* under rubriken Krav på bilaga 2.2, nämligen att anbudsgivaren ska ha dokumenterade rutiner och system för att säkerställa att kraven på kvalitets- och miljöarbetet uppfylls samt att dokument eller intyg som styrker att anbudsgivaren har de system och rutiner som krävs för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget ska bifogas anbudet.

Bolaget har i sitt anbud lämnat en beskrivning av sitt kvalitets- och miljöledningssystem, av vilken framgår följande.

"Industrispår AB arbetar efter ett ledningssystem som när det gäller kvalitet motsvaras av ISO 9001:2008 samt för miljö ISO 14001:2004. Innehållsförteckning i ledningssystemet bifogas. Industrispår AB arbetar för närvarande med att uppdatera ledningssystemen så att de motsvarar ISO 9001:2015 och ISO 14001:2015. Industrispår AB arbetar för att få en certifiering av dessa två standarder under året. Industrispår AB är certifierade enligt EN 1090 och ISO 3834."

Av den innehållsförteckning av ledningssystemet som bifogats anbudet framgår mot vilka punkter ledningssystemet motsvarar i ISO 9001:2008 och ISO 14001:2004.

Med hänsyn till det aktuella kravets generella utformning bör, enligt förvaltningsrättens mening, vid tolkningen av innebörden av detsamma viss hänsyn tas till det förhållandet att Kommunen inför sitt tilldelningsbeslut av den 19 februari 2016 bör ha gjort en kontroll av Bolagets anbud och efter sådan granskning funnit att nu aktuellt krav var tillfyllest för utförandeentreprenaden ifråga.

Mot bakgrund av det som ovan anförts finner förvaltningsrätten att Bolaget, genom ovan redovisade uppgifter i sitt anbud, har lämnat en sådan beskrivning av sitt kvalitetsledningssystem som efterfrågats i punkten AFB.52 samt har bifogat dokument som, utifrån det ställda kravets utformning, i tillräcklig mån visar att Bolaget har de system och rutiner som krävs för att uppfylla berörda krav i förfrågningsunderlaget. Av det ovan följer att Kommunen saknade grund att avbryta upphandlingen på den grunden att inga anbud uppfyllde samtliga obligatoriska krav.

Under överprövningsprocessen har Kommunen därtill gjort gällande att Kommunen i vart fall haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen då ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling föreligger även om det endast återstår ett anbud, vilket är fallet om Bolagets anbud godkänns.

Beträffande möjligheten att pröva omständigheter som åberopas först under överprövningsprocessen kan följande framföras. Vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LOU innehåller något krav på att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Upphandlande myndighet ska förvisso ange skälen för ett avbrytandebeslut, men några krav på att myndigheten i avbrytandebeslutet uttömmande ska ange alla omständigheter som ligger till grund för beslutet finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12). Med beaktande av de ef-

fektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn taget till att rättssäkerheten för Bolaget tillgodosetts genom den kommunikering som skett i målet, finner därför förvaltningsrätten, vid en sammantagen bedömning, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även det under domstolsprocessen tillkommande skälet för Kommunens beslut att avbryta upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref 5).

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref.43). Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte, utan myndigheten har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 februari 2009 i mål nr 3226-08). Ett beslut om avbrytande måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Möjligheten att avbryta en upphandling är dock inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl, men en förutsättning är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget (se bl.a. mål C-92/00 HI).

Bristande konkurrens har i praxis i ett flertal fall godtagits som sakliga skäl för att avbryta en upphandling i de fall då endast en lämplig anbudsgivare återstår (se t.ex. Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2008 ref. 35, Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4464-12 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08 och nr 1236-09). Av ovan redovisad praxis framgår vidare att detta gäller oberoende av om den upphandlande myndigheten tidigare accepterat inkomna anbud och först under pågående överprövning avbrutit upphandlingen. Inte heller invändningar rörande en marknadssituation med få tänkbara anbudsgivare i en andra upphandlingsomgång har befunnits kunna påverka rätten för en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling med hänvisning till bristande konkurrens.

Mot bakgrund av det ovan angivna finner förvaltningsrätten att det funnits sakligt godtagbara skäl för Kommunen att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens vid i målet aktuella förhållanden. Ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

Med beaktande av rättens bedömning rörande Kommunens avbrytandebeslut enligt ovan föreligger inte skäl att förordna om någon rättelseåtgärd med anledning av de invändningar Bolaget angett ifråga om kvalificeringsprövningen av dess anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.