



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2017-08-02
 Meddelad i Falun

Mål nr
 2197-17

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

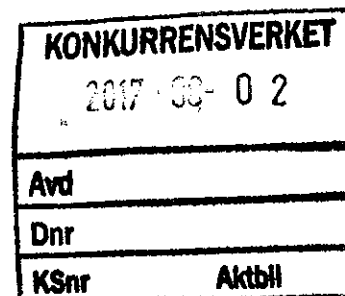
Ombud: Daniel Lidman
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Göteborgs Stad, 212000-1355
 Park- och naturförvaltningen
 Box 177
 401 22 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet.

Dok.Id 199242

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–12:00
 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Göteborgs Stad genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling av ramavtal avseende VA-material (dnr 0261/17). Den 3 maj 2017 beslutade Göteborgs Stad att avbryta upphandlingen med angivande av följande skäl. Fem anbud inkom i upphandlingen, men prövningen har resulterat i att endast två anbud kan gå vidare till utvärdering. Endast två leverantörer bedöms inte kunna fullgöra varukontraktet ekonomiskt effektivt och det affärsmässigt bästa resultatet för förvaltningen bedöms inte kunna uppnås.

Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ogiltigförklaras samt att Göteborgs Stad åläggs att vidta rättelse på så sätt att utvärderingen genomförs i enlighet med förutsättningarna i upphandlingsdokumenten. Ahlsell anför till grund för sin ansökan i korthet att avbrytandebeslutet saknar såväl sakligt godtagbara som affärsmässigt motiverade skäl samt att det inte kan anses föreligga någon bristande konkurrens då två anbud kvarstår. Ahlsell hade rätteligen antagits som leverantör på ramavtalet för det fall utvärderingen genomförts enligt givna förutsättningar och har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Göteborgs Stad bestrider bifall till ansökan och anför att beslutet vilar på sakligt godtagbara skäl och att beslutet inte är fattat i strid med någon av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Rättsliga utgångspunkter*

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) i kraft. Lagen ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. I nu aktuellt mål är därför denna lag tillämplig.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer

på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI punkterna 40 och 41). Rätten att avbryta en upphandling begränsas inte till undantagsfall eller när det föreligger allvarliga omständigheter (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, det får inte vara godtyckligt och det måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl.

Vad parterna anför

Göteborgs Stad åberopar bl.a. följande omständigheter till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Av upphandlingsdokumentet (punkten 1.1.8 Avtalstyp) framgår att upphandlingen avslutas genom att Göteborgs Stad och de antagna leverantörerna tecknar ramavtal och att Göteborgs Stads avsikt är att ramavtal ska tecknas med *minst* tre leverantörer, dock med ett förbehåll att de antagna leverantörerna har en kapacitet som svarar mot avtalsanvändarnas behov. Ramavtal kan således komma att tecknas med såväl färre som fler än tre leverantörer och Göteborgs Stad har således inte lämnat någon garanti att teckna ramavtal med färre än tre leverantörer. Den nu aktuella upphandlingen har föregåtts av två tidigare upphandlingsförfaranden som båda fått avbrytas, trots att de resulterade i vardera fem inkomna anbud. I den första upphandlingen visade sig samtliga anbud vara behäftade med fel och vid det andra förfarandet bedömdes endast två av fem inkomna anbud var giltiga, bl.a. då anbudsgivare förbisett instruktionen till ifyllnad av anbudsförmuläret. I nu aktuellt upphandlingsförfarande har Göteborgs Stad återlagt en position i anbudsförmuläret, vilken var bortplockad inför den andra upphandlingen. Två av de nu förkastade anbudsgivarna har muntligen uppgett att man utgått från att Göteborgs Stad använt samma anbudsförmu-

lär som i sin andra upphandling och därför utelämnat svaren på den positionen. Den tredje anbudsgivaren vars anbud har förkastats har uppgett att man inte förstått syftet bakom en gulmarkering i anbudsformuläret gällande positioner avseende förnyad konkurrensutsättning. Anledningen till att man inte lyckats tillvarata befintlig konkurrens bedöms således vara orsakad av den mänskliga faktorn och inte av bristande teknisk kapacitet gällande tillgång till den aktuella produkten. Den kommande upphandlingen indikerar att upphandlingen kommer att skapa fler giltiga anbud, varför Göteborgs Stad vill annonsera upphandlingen på nytt. Särskilda åtgärder i form av informationsmeddelande i upphandlingsverktyget kommer att resultera i att till och med samtliga anbud kommer att vara giltiga. Den marknadsundersökning som gjorts före upphandlingsprocessen visar att den nu relevanta marknaden för VA-material kännetecknas av en förhållandevis stor konkurrens med närmare sex huvudsakliga aktörer med varierande storlek. Göteborgs Stad har vid bedömningen tagit i beaktande vad som kännetecknar upphandlingen, föremålet för upphandlingen samt den tekniska kapaciteten i samtliga inkomna anbud och den tekniska kapaciteten i de två kvarstående anbuden.

Ahlsell gör för sin del gällande att det inte föreligger sakliga skäl för avbrytandebeslutet och framför bl.a. följande. Formuleringen under punkten 1.1.8 i upphandlingsdokumenten medger ingen möjlighet att avbryta upphandlingen på de åberopade premisserna. Den aktuella skrivningen måste förstås som att antalet antagna leverantörer kan komma att bli såväl fler som färre än det antal som anges. Antal leverantörer som antas är av förklarliga skäl beroende av kvalitén på de anbud som inkommer, vilket måste betyda att om endast två anbudsgivare uppfyller kraven ska dessa två antas. Göteborgs Stad har avbrutit upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens, trots det faktum att två anbudsgivare kvarstår efter kvalificeringen. Upphandlingsdokumenten innehåller ingen information om att upphandlingen ska avbrytas i de fall färre än tre godtagbara anbud kvarstår. Då upphandlingsdokumenten saknar närmare redogörelse för under vilka förutsättningar upphandlingen kan komma att avbrytas utgör inte det förhållandet att endast

två anbudsgivare kvarstår sakliga skäl för ett avbrytande. Ahlsell har inte kunnat förutse hur utvärderingen skulle komma att genomföras, vilket står i strid med öppenhetsprincipen. Genom avbrytandebeslutet missgynnas Ahlsell i förhållande till de anbudsgivare som de facto inte har följt de förutsättningar som upphandlingsdokumenten ger vid handen. Avbrytandebeslutet medför således att likabehandlingsprincipen överträtts och att beslutet står i strid med gemenskapsrätten. Bristerna i övriga anbudsgivares anbud beror på anbudsgivarna själva och inte på hur upphandlingsdokumenten är utformade. En ny upphandling skulle i förevarande fall endast innebära att de förkastade anbudsgivarna erhåller ytterligare en chans att vinna kontraktet, vilket inte är detsamma som en ökad konkurrens eller ökade förutsättningar för ett affärsmässigt eller mer ekonomiskt fördelaktigt ramavtal. Ahlsell har för egen del ensamt adekvat leveranskapacitet för att uppfylla Göteborgs Stads behov av VA-material under avtalstiden. Någon bevisning kring varför de godkända anbudsgivarnas leveranskapacitet i praktiken skulle innebära problem har inte frambringats. Ingen av anbudsgivarna lagerför vissa delar av det efterfrågade sortimentet. Problematiken med beställningsvaror kvarstår således även för det fall man skulle anta tre leverantörer på ramavtalet. Ahlsells underleverantörer lagerför dessutom de anskaffningsvaror som Göteborgs Stad refererar till, vilket innebär att leverans normalt kan ske inom de tider som efterfrågas. Den omständigheten att Göteborgs Stad har brustit i informationen till anbudsgivarna genom att inte tydliggöra eventuella förändringar i upphandlingen innebär inte att avbrytandebeslutet är sakligt. Alla anbudsgivarna har lämnat anbud utifrån samma förutsättningar och det är anbudsgivares ansvar att anpassa anbuden efter de uppställda förutsättningarna. Genom att frångå förutsättningarna i upphandlingsdokumenten och avbryta upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl, trots att två giltiga anbud kvarstår efter kvalificeringsfasen, har Göteborgs Stad agerat i strid med de grundläggande principerna.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling när det inte föreligger något giltigt anbud. Även när bara ett enda anbud uppfyller kvalificeringskraven har EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen kommit till den slutsatsen (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz punkterna 31-34 respektive RÅ 2008 ref. 35). I rättspraxis är det klarlagt att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från att fullfölja en upphandling inte är förbehållet undantagsfall eller då det finns tungt vägande skäl. Utgångspunkten måste vara att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad på sätt som redogjorts för ovan.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis inte att den omständigheten att det i upphandlingsdokumenten saknas information om under vilka förhållanden upphandlingen kan komma att avbrytas i sig kan läggas till grund för slutsatsen att det inte finns sakliga skäl för det överprövade avbrytandebeslutet. Mot bakgrund av vad som anges i upphandlingsdokumenten (bl.a. punkten 1.1.8 och 1.1.9) är det enligt förvaltningsrätten tydligt uttryckt från den upphandlande myndighetens sida att avsikten är att ramavtal ska tecknas med minst tre leverantörer, vilket snarast får uppfattas som att ett avbrytande kan komma bli aktuellt bl.a. i en situation såsom den förevarande, då endast två leverantörer kvalificeras till vidare utvärdering.

Göteborgs Stad har i målet uppgett att den marknadsundersökning som föregått upphandlingsprocessen visar på att den nu relevanta marknaden för VA-material – som karaktäriseras av produktgrupperna standardprodukter och beställningsprodukter - kännetecknas av en relativt stor konkurrens med närmare sex stycken huvudsakliga aktörer i varierande storlek. Av utredningen i målet framgår också att den aktuella upphandlingen, vilken resulterat i fem inkomna anbud, har föregåtts av två tidigare upphandlingsförfaran-

den som båda fått avbrytas. Även i de två tidigare förfarandena inkom anbud från fem leverantörer. Göteborgs Stad har bl.a. pekat på att man i nu aktuell upphandling lagt till en position i anbudsformuläret, vilken var borttagen i den tidigare avbrutna upphandlingen, och att två av anbudsgivarna utgått från tidigare anbudsformulär och därmed kommit att utelämna svar på den positionen vilket i sin tur resulterat i att anbuderna inte kvalificerats. Göteborgs Stads uppfattning att de inte lyckats tillvarata den befintliga konkurrensen och att detta främst beror på yttre faktorer som kan avhjälpas genom särskild information om tillägg och ändringar i samband med annonseringen, framstår mot den bakgrunden som välgrundad. Göteborgs Stad har pekat på att många av uppdragen byggs utan helt färdiga lösningar i en komplex storstadsmiljö, att det måste säkerställas att VA-material finns på lager för att säkra en snabb leverans vid akuta eller oförutsedda situationer samt att flertalet av produkterna i de två kvarvarande anbuderna är beställningsvaror. Göteborgs Stad har vidare framhållit att man avser använda förnyad konkurrensutsättning vid avrop av vissa produkter. Enligt förvaltningsrätten saknas anledning att ifrågasätta Göteborgs Stads bedömning om att erforderlig konkurrens i förevarande situation inte kan erhållas med endast två ramavtalsleverantörer. Vid dessa förhållanden, och då det inte heller framkommit omständigheter som talar för att avbrytandebeslutet skulle vara godtyckligt eller stå i strid med någon av de grundläggande principerna, är det förvaltningsrättens bedömning att Göteborgs Stad visat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Ahlsells ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Essa Malmqvist
rådman



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-post-adress, 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.