



KLAGANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

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

MOTPART

Göteborgs Stad

Ombud: Advokaterna Sara Karlsson och
Johan Lidén
Front Advokater
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

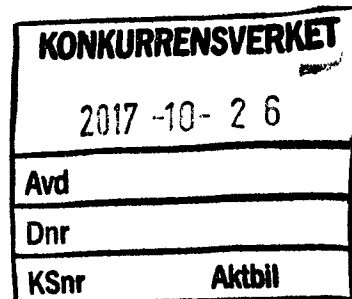
Förvaltningsrätten i Faluns dom den 2 augusti 2017 i mål nr 2197-17,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Ahlsell Sverige AB yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och ålägger Göteborgs Stad att fullfölja den påbörjade anbudsutvärderingen i enlighet med förutsättningarna i upphandlingsdokumenten.

Göteborgs Stad anser att överklagandet ska avslås.

Ahlsell Sverige AB vidhåller vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bland annat följande. Beslutet att avbryta upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Beslutet att avbryta upphandlingen saknar såväl sakligt godtagbara som affärsmässigt motiverade skäl. Det kan inte anses föreligga någon bristande konkurrens då två godkända anbud kvarstår. Inte heller i övrigt föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I upphandlingsdokumenten anges att såväl färre som fler leverantörer än tre kan komma att antas under förutsättning att leverantörerna i fråga bedöms ha en leveranskapacitet som svarar mot den upphandlande myndighetens förväntade behov.

Eftersom upphandlingen saknar närmare information om under vilka förutsättningar den kan komma att avbrytas och inte heller innehåller någon förklaring över hur "leverantörernas kapacitet ska svara mot avtalsanvändarnas behov" medför detta i praktiken en möjlighet för den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen på godtyckliga grunder, oavsett antalet godkända anbud. Det saknas även sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen utifrån antagandet att de två godkända anbudsgivarnas leveranskapacitet eftersom detta antagande saknar substans. Oberoende av antalet ramavtalsleverantörer är leveranstider etc. desamma för upphandlande myndighet eftersom ingen av anbudsgivarna

lagerför vissa delar av sortimentet som efterfrågas i upphandlingen. Samma problematik gäller således för samtliga leverantörer.

Om upphandlande myndighet anser att färre än tre leverantörer inte kan uppfylla kraven på erforderlig konkurrens och leveranskapacitet ska detta framgå av upphandlingsdokumenten för att utgöra saklig grund för att avbryta upphandlingen. Detta stärks i och med att den nya lagstiftningen (LOU) saknar motsvarighet till presumtionen i den äldre lagens (2007 års LOU) 5 kap. 5 § om att minst tre leverantörer ska antas vid ramavtalsupphandlingar i den mån det är möjligt.

Göteborgs Stad vidhåller vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bland annat följande. Upphandlande myndighet har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Av upphandlingsdokumenten framgår tydligt att minst tre ramavtalsleverantörer efterfrågas. Därutöver anges att ramavtal – beroende på om leverantörerna har en kapacitet som svarar mot avtalsanvändarnas behov – kan komma att tecknas med såväl färre som fler än tre. En normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat förstå att avbrytande av upphandlingen kunde bli aktuellt i en situation där antalet godkända anbud endast varit två.

När det gäller avtalsanvändarnas behov avses dels behov att leverera löpande och större leveranser, dels behovet av skyndsamma leveranser. Med hjälp av rangordning har det i upphandlingen kunnat bli möjligt att fördela avropet till den anbudsgivare som har varan i lager. En stor del av de två kvalificerade anbudens varor har varit beställningsvaror. Detta förstärker behovet att ta med ytterligare ett företag i upphandlingen.

Det följer av doktrin och rättspraxis att bristande eller otillräcklig konkurrens utgör ett sakligt skäl att avbryta en upphandling. För det fall endast ett giltigt anbud kvarstår i en upphandling är det i regel tydligt att bristande konkurrens föreligger. Det finns också en dom från kammar-

rätten där det anses föreligga bristande konkurrens även när det fanns fler än ett godkänt anbud. I den nu aktuella upphandlingen har upphandlande myndighet färre godkända anbud än det antal man önskar tilldela kontrakt. Upphandlande myndighet kan förvänta sig att erhålla fler än två godkända anbud om upphandlingen görs om med tydligare upphandlingsdokument. Det är inte marknadssituationen som sådan (få leverantörer etc.) som lett till det låga antalet anbud i upphandlingen.

Bedömningen av vad som är sakligt godtagbara skäl ska göras med beaktande av vad som kännetecknar upphandlingen och av vad som upphandlas. Upphandlingen syftar till att täcka ett brett behov av VA-material som till en övervägande del kräver snabba leveranser. För att uppnå detta krävs tre leverantörer eller att kvalificerade leverantörers anbud visar att tillräcklig lagerhållning finns hos leverantören.


Avrop från ramavtalet kan i vissa fall ske genom förnyad konkurrensutsättning och vid denna utvärdering används kriteriet pris. Det är en betydande nackdel att bara ha två godkända leverantörer jämfört med tre eftersom konkurrensen försvagas.

Det finns inte någon skyldighet att i upphandlingsdokumenten ange förutsättningarna för när ett beslut om avbrytande av en upphandling ska ske.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning. Vad som anförts om nu gällande lydelse av bestämmelserna om ramavtal i LOU jämfört med tidigare lydelse i äldre LOU föranleder inte någon annan bedömning. Överklagandet ska därför avslås.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lif
kammarrättslagman
ordförande



Carina Ferm Brodén
kammarrättsråd
referent



Sofia Hemström
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN

Ann-Louise Jonsson

DOM

2017-08-02

Meddelad i Falun

Mål nr

2197-17

1

Abil

Bilaga A

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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		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 föreligger 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 frånga 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

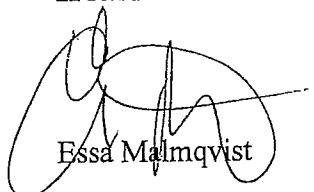
Förvaltningsrätten konstaterar att det är ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling när det inte föreligger något giltigt anbud. Även när bara ett enda anbud uppfyller kvalificeringskraven har EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen kommit till den slutsatsen (mål C-27/98 Fracasso 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 3-109/1C LOU).



Essa Malmqvist
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.