



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2015 -02- 1 0
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10067-14

SÖKANDE

Kårab AB, 556817-7132
Skansbogatan 2 B
212 32 Malmö

Ombud: jur.kand. John Knutsson
Juristfirma Proximus
Box 50405
202 14 Malmö

MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
Box 50405
202 14 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kårab AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 241973

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattentalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

MKB Fastighets AB, nedan MKB, upphandlade under hösten 2012 ett ramavtal, benämnt "Byggpool 2012", för olika typer av byggentreprenader. Upphandlingen annonserades och genomfördes med förenklat förfarande. Ramavtalen, som började gälla i februari 2013, tecknades med 21 entreprenörer. Avropsmodellen var förnyad konkurrensutsättning.

MKB har därefter den 29 september 2014 meddelat att man beslutat att inte göra några nya avrop från ramavtalet och att pågående avropsförfrågningar inte kommer att tilldelas, utan MKB återkommer med nya separata upphandlingar. Vid tidpunkten fanns tre avropsförfrågningar som berördes av beslutet bl.a. Häcken 2, vilken nu är aktuell. Som skäl för beslutet angavs att MKB kan nyttja ramavtalet upp till ett sammanlagt värde av 45 200 000 kr eftersom upphandlingen är genomförd med förenklat förfarande. Detta värde är redan 1,5 år in på avtalstiden nått.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Kårab AB ansöker om överprövning av MKB:s beslut och yrkar att upphandlingen avseende Häcken 2 ska fullföljas samt att förvaltningsrätten ska förordna om interimistiskt beslut. Vidare yrkar Kårab AB att MKB genom edition ska förpliktigas att lämna ut samtliga entreprenadkontrakt. Som grund för sin talan anför Kårab AB följande. Såvitt Kårab AB kan förstå av de entreprenader som lagts ut i poolen har det sammanlagda värdet av ramavtalet överskridits för länge sedan. Det förefaller därför underligt att byggpoolen läggs ner just nu mitt under inbördes tävlan om Häcken 2 där Kårab AB är delaktig som anbudsgivare. Frågan som här är för handen är om MKB har följt samma procedurer tidsmässigt med andra entreprenörer och om dessa fått projekten tilldelade under tidsperioden till skillnad från Kårab AB. MKB hävdar att de inte haft någon skyldighet att tillämpa ramavtalet, vilket givetvis inte stämmer. MKB:s skyldighet framgår dels av deras förfrågningsunderlag för byggpoolen, dels av rättspraxis. Att MKB

skulle kunna ange en anledning som de inte kunnat förutse tar bort MKB:s ansvar för att uppsåtligt ha begått egna fel i förhållande till upphandlingen. MKB påstår att de inte visste att de överskridit ramavtalets tröskelvärde, en brist på insikt bolaget i och för sig inte kan bevisa att de inte har haft. Det förefaller underligt att MKB utan insikt har överskridit tröskelvärdet med 22 199 334 kr den 22 september 2014, med totalt sex entreprenader tilldelade efter överskridande av tröskelvärdet av sammanlagt nitton entreprenader tilldelade under ramavtalstiden. Att MKB med en egen upphandlingsenhet, egna anställda entreprenadjurister osv. inte skulle ha kontroll på detta torde vara ett allvarligt överskridande. I doktrinen har framhållits att en upphandlande myndighet troligtvis kan avbryta en upphandling om nya omständigheter föreligger som inte var förutsebara innan upphandlingen påbörjades. Det torde vara att föra uttalandet för långt om sådana omständigheter kan anföras som inte är styrkta. Sex entreprenader godkändes efter överskridande av tröskelvärdet och den sjunde entreprenaden, där Kårab AB på sannolika skäl höll på att vinna, avbröts plötsligt precis innan kontrakt skulle undertecknas. Det är därför utifrån dessa omständigheter uppenbart att ett missgynnande har skett gentemot Kårab AB i förhållande till de byggbolag som vunnit upphandlingar efter tröskelvärdets överskridande. Ett korrekt handlande av MKB för att inte vara diskriminerande i en sådan här situation, hade för att uppfylla lagens allmänna principer, varit att låta den sistnämnda upphandlingen gå igenom. Ett avbrytande måste givetvis ha objektiva godtagbara skäl och alltid följa generalklausulen i 1 kap. 9 § LOU, oavsett vilka andra misstag som görs av ansvarig myndighet.

MKB bestrider Kårab AB:s yrkanden och anför följande. När det gäller yrkandet om edition har MKB tillhandahållit en sammanställning som utvisar de av Kårab AB efterfrågade uppgifterna. En offentlig myndighet har rätt att avbryta en offentlig upphandling om det finns sakliga skäl för avbrytandet. I detta fall så avbryter inte MKB en upphandling utan endast de avropsförfrågningar som görs inom ett befintligt ramavtal. MKB anser att

tillämpningen av ramavtalet har följts och att MKB agerat utifrån sakliga grunder och att det är visat att MKB inte kan nyttja ramavtalet utan att begå brott mot LOU. I slutet av augusti 2014 inledde MKB en uppföljning av hur de upphandlade ramavtalen nyttjas inom organisationen vilket är en del av MKB:s löpande uppföljningsarbete. I uppföljningen fann MKB i slutet av september att ramavtalet "Stora byggpoolen" hade nyttjats frekvent av olika delar av organisationen. Eftersom upphandlingen var genomförd som en förenklad upphandling kan MKB nyttja ramavtalet upp till ett sammanlagt värde av 45 200 000 kr vilket analysen visade redan uppnått 1,5 år in på avtalstiden. MKB fattade därför beslutet den 29 september 2014 att inte göra några fler avrop från ramavtalet ifråga. Analysen för hur MKB:s ramavtalspooler används görs centralt på MKB av controllergruppen och inköps- och upphandlingsenheten. Beslutet att inte tillåta fler avrop enligt ramavtalet skapade merarbete internt men är inget som MKB kunde ta hänsyn till. MKB agerar affärsmässigt och följer LOU i alla upphandlingar. Beslutet att inte tillåta några fler avrop var oavsett konsekvens för MKB eller berörda entreprenörer det enda alternativet som MKB hade att tillgå för att följa LOU. Den ackumulerade volymen av förfrågningarna uppnådde tröskelvärdet i juni, men upptäcktes först i september då den övergripande analysen genomfördes. När det gäller projektet Häcken 2 skulle anbudet i avropsförfrågan vara MKB tillhanda senast den 10 september 2014. MKB:s personal för projektet inledde en prövning av inkomna anbud och ett avstämningsmöte bokades med Kårab AB. Parallellt med utvärderingen av det specifika projektet genomförde MKB centralt den övergripande analysen av ramavtalspoolerna. Dessa två aktiviteter är helt skilda från varandra. Beslutet att inte göra några nya avrop inom ramavtalet gjordes således med stöd av den information som uppföljningen visat d.v.s. att volymen på gjorda avrop översteg tröskelvärdet för förenklad upphandling enligt vilket ramavtalet upphandlats.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 7 oktober 2014 avslagit Kårab AB:s yrkande om interimistiskt förordnande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

När det först gäller Kårab AB:s yrkande om edition kan förvaltningsrätten konstatera att det av utredningen i målet framgår att MKB tillhandahållit de av Kårab AB efterfrågade uppgifterna. Skäl för editionsföreläggande föreligger därför inte.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 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). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se bl.a. C-92/00 HI REG 2002 s. 1-5553, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Av utredningen i målet framgår att MKB:s ramavtal benämnt "Byggpool 2012" upphandlats med förenklat förfarande. Det är vidare ostridigt i målet att tröskelvärdet för det aktuella förfarandet överskridits av MKB i juni 2014. MKB har anfört att man först upptäckte detta i september 2014 vid en övergripande analys av hur de upphandlade ramavtalen nyttjas inom organisationen och att MKB därvid avbrutit pågående avropsförfrågningar.

Enligt praxis har det i vissa fall ansetts föreligga sakliga skäl för avbrytande vid förändrade förutsättningar utanför myndighetens kontroll samt då

den upphandlande myndighet själv upptäcker att allvarliga fel begåtts i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Även om möjligheten att kunna avbryta en upphandling inte är begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl bör det emellertid ha viss betydelse om myndigheten eller enheten haft några rimliga möjligheter att, genom att vidta åtgärder i tidigare skeden, undvika uppkomsten av den omständighet som därefter utgjort orsaken till avbrytandebeslutet.

Förvaltningsrätten kan konstatera att MKB såsom upphandlande myndighet felaktigt och i strid med bestämmelserna i LOU genomfört ett antal avrop från gällande ramavtal trots att tröskelvärdet för förenklad upphandling överskridits. Det är emellertid i målet inte visat annat än att MKB först i september upptäckt att allvarliga fel begåtts i upphandlingen. Att i det skedet inte avbryta pågående avrop utan fortsätta med att tillämpa ramavtalet skulle medföra att den upphandlande myndigheten bryter mot de upphandlingsrättsliga bestämmelserna i LOU. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att MKB:s beslut att avbryta pågående avropsförfarande har vilat på sakligt godtagbara skäl. Den omständigheten att avbrytandebeslutet påverkat just det avropsförfarande som Kårab AB deltagit i ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Kårab AB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


-Madeleine Westberg

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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. 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.