



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-06-20
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4804-13 E
4806-13 E
Enhet 1:1

SÖKANDEN

1. Bertil Johansson i Mellerud Byggnads AB, 556290-0562

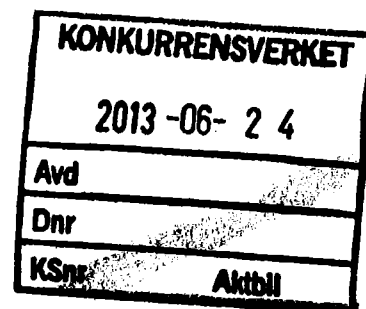
Ombud:

Advokaterna Eilert Andersson och Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920, 404 39 Göteborg

2. Sven Johansson Bygg AB, 556720-6841

Ombud:

Martin Peterson
Sveriges Byggindustrier
Box 5054
102 42 Stockholm



MOTPART

Ämåls Kommunfastigheter AB, 556526-8520

Ombud:

Ann-Christine Ehn,
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avvisar Bertil Johansson i Mellerud Byggnads AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska fortsätta.
2. Förvaltningsrätten avvisar Sven Johansson Bygg AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska fortsätta.
3. Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

Dok.Id 209487

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning I

DOM

4804-13 E
4806-13 E

BAKGRUND

Åmåls Kommunfastigheter AB (kommunen) har inlett upphandlingen Kv. Kronan Större nr 5 Åmål om- och tillbyggnad av bostäder, genom förenklat förfarande. Bertil Johansson i Mellerud Byggnads AB tilldelades upphandlingen enligt tilldelningsbeslut den 21 mars 2013. Sven Johansson Bygg AB ansökte om överprövning av upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 3869-13).

Därefter har kommunen den 10 april 2013 beslutat att avbryta upphandlingen. Som skäl för avbrytandebeslutet har i huvudsak angetts följande. I samband med genomgång efter överprövning har kommunen konstaterat att det finns sakfel i förfrågningsunderlaget. Det medför att en korrekt utvärdering av inkomna anbud inte kunnat göras. Upphandlingen avbryts därför och förfrågningsunderlaget ska justeras. Ny upphandling kommer att genomföras.

YRKANDEN M.M.

Bertil Johansson i Mellerud Byggnads AB (BJAB) ansöker om överprövning av avbrytningsbeslutet och yrkar att förvaltningsrätten upphäver beslutet och förordnar att upphandlingen ska fullföljas. BJAB anför bl.a. följande. Upphandlingen har avbrutits utan sakliga skäl. Kommunen har i AFB.53 uppgett att den mest ekonomiskt fördelaktiga anbudssumman kommer att antas. Uttryckssättet avviker visserligen från lagtexten som skiljer mellan mest ekonomiskt fördelaktiga anbud respektive anbud som har lägst pris. LOU uppställer dock inte något krav på att anbudsgivare använder lagstiftarens uttryckssätt. Vidare är skrivningen inte oklar, eftersom det anges att det är anbudssumman som ska läggas till grund för utvärdering av anbud. Kommunen har lagt anbudssummorna till grund för

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

4804-13 E
4806-13 E

utvärdering, och inget därutöver. Anbudsutvärderingen har därmed utförts i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. I likhet med vad som gäller för kvalificering, är det ostridigt att kommunen, trots att t.ex. procentsatser för ÄTA-arbeten (entreprenörsarvoden) inte lagts tillgrund för utvärdering, har erhållit marknadsmässiga belopp. BJAB:s procentsatser ligger till och med i det lägre skiktet. Något sakligt skäl till att avbryta upphandlingen på grund av att entreprenörsarvoden inte beaktats vid anbudsutvärderingen finns alltså inte.

I förevarande upphandling har kommunen genom förfrågningsunderlaget, punkten AFB.52 i Administrativa föreskrifter, uppställt ett antal krav på anbudsgivare, t.ex. krav på innehav av F-skattsedel. Inget av uppställda krav strider mot de principer på vilka LOU vilar. Någon skyldighet för upphandlande myndighet att uppställa ytterligare krav följer inte av LOU. Ostridigt har kommunen aldrig motiverat beslutet att avbryta upphandlingen med att någon av de tre leverantörerna som lämnat anbud skulle sakna kapacitet att uppfylla kommunens krav på kvalitets- och miljöledningssystem. Avsaknad av särskilda krav härom, utöver vad som redan gäller för genomförandet, utgör inte sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.

Varken utförning av förfrågningsunderlaget eller utvärdering strider mot LOU. Kommunen har dessutom inte ens uppgett några sakliga skäl för sitt beslut, utan skäl har presenterats först i samband med förfrågan från BJAB via e-post och telefon.

Sven Johansson Bygg AB (SJAB) ansöker om överprövning av avbrytningsbeslutet och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. SJAB anför bl.a. följande. SJAB:s anbud förkastades. SJAB har ansökt om överprövning av upphandlingen, (förvaltningsrättens mål nr 3869-13). Sedan beslutade kommunen att avbryta upphandlingen. En upphandlande myndighet kan inte avbryta en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**4804-13 E
4806-13 E

upphandling på grund av fel och brister i det egna förfrågningsunderlaget. I vart fall torde det vara omöjligt att efter att tilldelningsbeslut meddelats avbryta på denna grund. I förfrågningsunderlaget finns inte sådana otydligheter, motsägelser eller brister som krävs för att en upphandling ska få avbrytas. Att ta med krav på kvalitets- och miljöledningssystem i en upphandling avseende byggtreprenader är inte obligatoriskt. Det råder heller ingen tvekan om att det är standardavtalet ABT 06 som ska gälla som kontrakts-/avtalshandling i entreprenaden, och inte AB 4. Flera av de frågor som kommunen anger under övriga sakfel regleras i standardavtalet ABT 06, alternativt särregleras i de administrativa föreskrifterna, punkten AFD.9. Vad kommunen angett innebär inte att förfrågningsunderlaget uppfattats på olika sätt av anbudsgivarna eller att anbudssummorna inte är jämförbara. Kommunen har därför inte haft sakliga skäl för att avbryta den aktuella upphandlingen. Till följd av kommunens agerande och då SJAB redan vid utvärderingen borde ha tilldelats kontraktet har SJAB lidit skada.

Kommunen anser att ansökningarna ska avslås och anför bl.a. följande. Det finns inget i LOU som hindrar att avbrytande av en upphandling sker efter att tilldelningsbeslut fattats. Vid anbudstidens utgång har kommunen fått in tre anbud, av vilka ett, SJAB:s anbud, inte klarade uppställda kvalificeringskrav. I samband med ytterligare kontroller av utvärderingen har det konstaterats att det finns sakfel i förfrågningsunderlaget. Av punkterna AFB.5–AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att 10 och 11 kap. LOU kommer att tillämpas och att anbudsgivare ska vara fri från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget om att anbudsgivaren ska inneha F-skattsedel, vara registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret m.fl. innehåller sakfel eftersom de inte på något sätt tillvaratar kommunens möjligheter att få en entreprenör med kompetent personal som har god inblick i och förståelse för kommunens krav på kvalitets- och miljöledningssystem. Det är korrekt att LOU inte ställer större krav än ovanstående på anbudsgivare men för att säkerställa

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**4804-13 E
4806-13 E

att anbudsgivare verkligen har personal som har tidigare erfarenhet av liknande arbeten samt har arbetat kontinuerligt med kvalitets- och miljökrav i byggtreprenader måste även dessa krav ställas i kvalificeringsskedet. Det har inte varit fallet i denna upphandling, vilket gjort att det inte gått att säkerställa anbudsgivarnas kompetens och kvalitets- och miljömedvetenhet. Detta kan göra att kommunen kan lida skada vid genomförandet av projektet.

Enligt AFB.53 framgår att kommunen ska göra utvärdering av den mest ekonomiskt fördelaktiga anbudssumman. För att erhålla den ekonomiskt mest fördelaktiga anbudssumman måste, utöver offererad entreprenadkostnad, även offererade procentsatser för eventuella ändrings- och tilläggsarbeten (ÄTA) vägas in. Det innebär att även här finns sakfel som gör att det inte är transparent hur anbudssumman borde ha utformats. Eftersom det inte finns någon beskrivning där hänsyn kunnat tas till offererade procentsatser för ÄTA-arbeten riskerar kommunen att lida skada och inte erhålla det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I Administrativa föreskrifter finns ytterligare sakfel som riskerar att medföra stor skada för kommunen under genomförandet av projektet. Till exempel finns motstridiga uppgifter om vilka allmänna bestämmelser som ska tillämpas. I huvudsak har angivits att ABT 06, Allmänna Bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten, men i vissa avsnitt har hänvisning gjorts till AB 04, Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. Det innebär att det finns stor risk för olika tolkningar under entreprenadtiden, vilket i sin tur kan innebära stor ekonomisk skada för kommunen. De förekommande avstegen från ABT 06 har inte förtecknats i entreprenadföreskrifterna, vilket kan medföra ytterligare tolkningsfrågor i entreprenadskedet. Det saknas vidare skrivningar om myndighetsbesiktningar, organisationsfrågor under pågående entreprenad, redovisning av tidplan, försäk-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

4804-13 E
4806-13 E

ringsfrågor, ekonomiska frågor som t.ex. fakturering, betalningsplan m.m. Utöver dessa finns inga skrivningar om hävningsgrunder och det finns dubbla förfaranden beskrivna i tvistelösningsförfaranden. Sammantaget riskerar dessa brister att medföra en mycket komplicerad entreprenad med stor risk för ekonomisk skada för kommunen. Kommunen har mot bakgrund av det anförda haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges. (15 kap. 19 § och 9 kap. 9 § andra stycket LOU)

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om kommunen handlat rätt som har avbrutit upphandlingen.

En upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är dock begränsad. Av EU-domstolens praxis och av svensk rättspraxis följer att ett beslut om

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

4804-13 E
4806-13 E

avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. (Jfr C-244/02 Kauppatalo, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43)

SJAB har gjort gällande att det torde vara omöjligt att efter att tilldelningsbeslut meddelats avbryta en upphandling med stöd i den omständigheten att felaktigheter förekommit i förfrågningsunderlaget. Det lämpliga i att avbryta en upphandling, som i förevarande fall, först i samband med att en begäran om överprövning gjorts, kan ifrågasättas. Särskilt mot bakgrund av de kostnader som en anbudsgivare kan drabbas av om denne ansöker om överprövning. Dock finns enligt förvaltningsrättens mening inga hinder för en upphandlande myndighet att avbryta en pågående upphandling fram till dess att ett upphandlingskontrakt har ingåtts (se C-92/00 HI och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4614-10 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08).

BJAB har gjort gällande att skäl för avbrytande saknats i beslutet och att det först vid förfrågan lämnats motiveringar för beslutet. Anbudsgivaren ska i enlighet med 9 kap. 9 § andra stycket LOU skriftligen underrättas om beslutet att avbryta en upphandling och om skälen för detta. I kommunens avbrytandebeslut den 10 april 2013 anges som motivering att kommunen i samband med genomgång efter överprövning har konstaterat att det finns sakfel i förfrågningsunderlaget, vilket medfört att en korrekt utvärdering av inkomna anbud inte kunnat göras. En skriftlig underrättelse har alltså lämnats, om än knapphändigt motiverad. Förvaltningsrätten anser att den får godtas.

Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling finns ännu inte. Skäl för

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning I

DOM

4804-13 E
4806-13 E

avbrytande som godkänts i praxis har varit t.ex. att det endast återstår en lämplig anbudsgivare (se RÅ 2008 ref. 35 och C-27/98 Fracasso). Vidare har som sakligt skäl för avbrytande godtagits att samtliga återstående anbud skulle överskrida kommunens budget (se RÅ 2009 ref. 43). Även det förhållandet att en upphandlande myndighet har gjort en förhandsbedömning avseende en upphandling och därefter startat förfarandet, men under detta insett att det begåtts fel vid förhandsbedömningen som medförde att det inte är möjligt att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har utgjort godtagbara skäl för avbrytande (se RÅ 2008 ref. 35 och C-244/02 Kauppatalo).

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av upphandlingen.

Kommunen har i senare skriftväxling med BJAB och SJAB samt hos förvaltningsrätten utvecklat de sakfel som kommunen menar finns i förfrågningsunderlaget och som påverkar upphandlingsförfarandet. Kommunen har då bl.a. framfört att det i den utvärderingsmetod som angetts i förfrågningsunderlaget saknas betydelsefull information avseende priser och som därför inte kunnat läggas till grund för bedömningen av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, kopplat till de behov kommunen har i upphandlingen. Kommunen har därför inte kunnat säkerställa att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet skulle kunna antas. Därutöver har kommunen angivit att oklarheter finns huruvida vilket standardavtal som gäller under avtalstiden och brister i krav i förfrågningsunderlaget som borde ha ställts avseende kvalitets- och miljöledningssystem. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten, oavsett vad SJAB och BJAB i övrigt anfört, att kommunen, när kommunen väl insett förfrågningsunderlagets brister i nämnda avseenden, får anses ha haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Det har heller inte enligt förvaltningsrättens mening framkommit

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

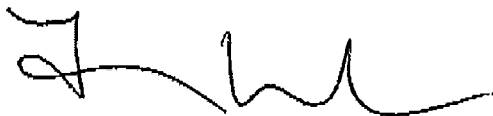
4804-13 E
4806-13 E

att kommunen i samband därmed åsidosatt de gemenskapsrättsliga principerna.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen inte har agerat i strid med LOU. Ansökningarna ska därför avslås.

Vad förvaltningsrätten haft att pröva i förevarande mål har varit om kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 10 april 2013 att avbryta den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en talan i ett sådant mål inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras. Det innebär att förvaltningsrätten inte skulle kunna förordna att upphandlingen ska fortsätta eller att den får avslutas först sedan rättelse skett. SJAB:s och BJAB:s yrkanden i dessa delar ska därför avvisas.

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



Jenny Lundahl

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit föredraganden Henny Johansson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsomnarafton, 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU