



SÖKANDE

Stures Bageri Sture Rosenquist AB, 556191-1594
Västra Storgatan 76
291 54 Kristianstad

Ombud: advokat Peter Olofsson
Kristianstad Advokatbyrå AB
Box 24
291 21 Kristianstad

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
291 89 Kristianstad

Ombud: jurist Alexander Rappe
Region Skåne
Koncernkontoret, enheten för juridik
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Stures Bageri Sture Rosenquist AB:s ansökan om överprövning och ogiltigförklarar Region Skånes beslut den 30 oktober 2014 att avbryta upphandlingen av färskt bröd för Region Skånes sjukhus i Ängelholm, Helsingborg, Hässleholm, Kristianstad, Ystad, Lund, Malmö och Patienthotellet i Lund.

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling av färskt bröd för Region Skånes sjukhus i Ängelholm, Helsingborg, Hässleholm, Kristianstad, Ystad, Lund, Malmö och Patienthotellet i Lund. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Upphandlingen är uppdelad i delar benämnda A till E. Varje del omfattar ett eller flera av de sjukhus som omfattas av upphandlingen. Tre anbud har inkommit i upphandlingen. Sydöst bagerierna, ekonomisk förening (nedan Sydöst bagerierna) har lämnat anbud i samtliga delar. Stures Bageri Sture Rosenquist AB (nedan Stures Bageri) har lämnat anbud i del A, B, C och D. Café Gunnarsson i Ystad AB har lämnat anbud i del E.

Tilldelningsbeslut skickades den 24 oktober 2014 och av detta framgår att Stures Bageri tilldelats kontrakt gällande del A samt att Sydöst bagerierna tilldelats kontrakt gällande del B, C, D och E. Det framgår vidare att Sydöst bagerierna inte kvalificerat sig för utvärdering för del A. Region Skåne har sedermera den 30 oktober 2014 beslutat att avbryta upphandlingen. Som skäl har angivits att allvarliga brister i förfrågningsunderlaget upptäckts vid tilldelningsbeslutet samt att bristerna är av sådan art att upphandlingen bör avbrytas och nytt förfrågningsunderlag arbetas fram.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Stures Bageri ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ska ogiltigförklaras. I första hand gör Stures Bageri gällande att avbrytandebeslutet står i strid med 20 § förvaltningslagen. I andra hand anförs som grund att Region Skåne inte anfört godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Stures Bageri anför i huvudsak följande.

Efter att tilldelningsbeslutet meddelats i upphandlingen bedömde Stures Bageri att Sydöst bageriernas anbud borde ha diskvalificerats för samtliga delområden, eftersom viktangivelser i anbudet avvek från vad som efterfrågats på flera positioner. Sedan Stures Bageri påtalat detta för Region Skåne och bett om ändring av tilldelningsbeslutet, avbröt emellertid Region Skåne upphandlingen med hänvisning till brister i förfrågningsunderlaget.

Region Skånes beslut är allmänt hållet och saknar redovisning av sakskalet. Bristerna i förfrågningsunderlaget måste presenteras tydligt så att berörda av avbrytandebeslutet kan utläsa vad som varit avgörande för utgången. Eftersom det saknas skäl för beslutet ska det ogiltigförklaras i första hand med hänvisning till 20 § förvaltningslagen. Beslutet att avbryta en upphandling leder inte till att det träffas något avtal och innebär därmed myndighetsutövning.

Som andrahandsgrund hävdas i vart fall att sakliga skäl för att avbryta upphandlingen inte föreligger på grund av avsaknad i motiveringen om vilka bristerna är i förfrågningsunderlaget och hur dessa i så fall påverkar upphandlingen eller utvärderingen av anbuden. Avbrytandebeslutet är därför att betrakta som en nullitet.

Region Skåne anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Beträffande Stures Bageris förstahandsgrund för sin ansökan är 20 § förvaltningslagen enbart tillämplig i ärenden som rör myndighetsutövning. Detta omfattar endast ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten och offentlig upphandling omfattas således inte av förvalt-

ningslagens regler om myndighetsutövning. Region Skåne har i beslutet att avbryta upphandlingen redovisat skälen för beslutet. I en överprövningsprocess kan dessutom den upphandlande myndigheten precisera och utveckla skälen för beslutet att avbryta upphandlingen. Domstolen är dessutom inte förhindrad att pröva om det föreligger andra sakligt godtagbara skäl än de som angetts i beslutet att avbryta upphandlingen.

Under alla förhållanden framgår av avbrytandebeslutet att förfrågningsunderlaget är behäftat med så allvarliga brister att upphandlingen inte kan slutföras. Enligt praxis har som sakliga skäl för att avbryta en upphandling godtagits när förfrågningsunderlaget inte ansågs transparent och anbudsgivare hade uppfattat skrivningar i förfrågningsunderlaget på olika sätt. I aktuellt förfrågningsunderlag framgår i punkt 2.1.7 att ”de volymer som angetts redovisar uppskattat behov och ska enbart ses som ett riktmärke”. Det framgår även att ”samtliga i underlaget redovisade storlekar, vikter etc. är angivna som ungefärlig vikt”. I prisbilagan har det dock angivits att vikten ska vara mellan ett visst intervall. Detta är en otydlighet som har lett till olika tolkningar av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare har kunnat tolka uppgifter antingen som att vikten ska vara mellan de angivna intervallen eller att angivna intervaller endast är ungefärliga och att produkter som är utanför intervallerna även kan godtas. Denna otydlighet blir särskilt tydlig med hänsyn till Stures Bageris argumentation att Sydöst bageriernas anbud borde diskvalificerats, eftersom angivna viktangivelser avviker från vad som efterfrågas på flera positioner. Stures Bageri har därmed tolkat förfrågningsunderlaget som att viktangivelser utanför det angivna intervallet inte är godtagbara. Den andra tänkbara tolkningen, som troligtvis Sydöst bagerierna gjort, är att intervallerna enbart är ungefärliga viktangivelser och att det är tillåtet att offerera produkter som är utanför de angivna viktintervallerna. Det tolkningsutrymme som formuleringarna i förfrågningsunderlaget och prisbilagan gett upphov till innebär en otydlighet som leder till att anbuden inte kan utvärderas på samma grunder. Underlaget brister

därmed i transparens, vilket medför att det inte funnits något annat alternativ än att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen vilar på sakligt godtagbara skäl eftersom upphandlingen brister i transparens.

Vid utvärderingen har det dessutom framkommit att flertalet av de uppskattade volymer som angetts i underlaget varit felaktiga. Det har varit fråga om väsentliga felaktigheter avseende vissa uppskattade volymer. Som exempel kan nämnas att den uppskattade volymen avseende "Tårta alt 1" angetts vara 8 050 st när den borde angetts vara 50 st. Det är på ungefär 80 positioner som det angetts felaktigt uppskattade volymer. De felaktigt angivna volymerna innebär att anbudsgivarna inte har kunnat lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud och har lett till en stor osäkerhet. Det har inte varit möjligt att ändra de uppskattade volymerna vid utvärderingen eftersom detta skulle vara en väsentlig ändring av villkoren i upphandlingen. Att flertalet av de uppskattade volymerna markant skiljer sig från Region Skånes verkliga behov innebär dessutom att förutsättningarna för upphandlingen väsentligt ändrats. De felaktiga volymerna kan även ha inneburit att eventuella leverantörer avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Bristerna i förfrågningsunderlaget har således inneburit att det även förelagat felaktigheter i upphandlingens konkurrensuppsökande skede och utgör en allvarlig brist i förfrågningsunderlaget. Region Skåne har även på denna grund haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Stures Bageri har anfört att Sydöst bagerierna inte uppfyller alla krav och därför rätteligen skulle ha diskvalificerats. Skulle detta vara korrekt innebär det att det endast skulle kvarstå en anbudsgivare på respektive upphandlingsdel. Om situationen skulle vara såsom Stures Bageri beskrivit den har det med hänsyn till bristande konkurrens även förelagat sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Stures Bageri anför härefter följande.

Om rätten skulle finna att Region Skåne har rätt att närmare motivera sitt beslut i efterhand anser Stures Bageri inte att skälen utgör godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Region Skåne har inom ramen för överprövningsprocessen redovisat att förfrågningsunderlaget brustit i två angivna hänseenden. De åberopade omständigheterna utgör uppenbara efterhandskonstruktioner eftersom de omständigheter som åberopas redan förelåg när beslutet att avbryta upphandlingen fattades. Region Skåne åberopar även en ny grund för beslutet, bristande konkurrens. Denna grund har inte redovisats i beslutet, inte närmare utvecklats och är irrelevant.

Påståendet om att uppgifterna i förfrågningsunderlaget om att offererade produkter ska hålla sig inom ett visst viktintervall innefattar en otydlighet som lett till olika tolkningar från anbudsgivarens sida är felaktigt. Instruktionerna i förfrågningsunderlaget är tydliga och ger inget utrymme för feltolkningar. Sydöst bagerierna har för flertalet positioner offererat produkter som mycket grovt avviker från viktspannet. Erbjudna produkter har en vikt om 230 g att jämföra med förfrågningsunderlagets angivna viktspann 400-700 g. Detta är naturligtvis inte ett uttryck för otydlighet i förfrågningsunderlaget eller en feltolkning från anbudsgivarens sida. Det är helt enkelt ett svar som inte uppfyller ställda krav.

Region Skåne påstår vidare att flertalet av de uppskattade inköpsvolymerna som anges i förfrågningsunderlaget är felaktiga. Emellertid anges det, såsom Region Skåne anför, i förfrågningsunderlagets 2.1.7 att ”de volymer som angetts redovisar uppskattat behov och ska enbart ses som riktmärke”. Även om den exemplifierade produkten skulle vara felaktigt angiven till volymen, innebär inte det att det föreligger skäl för att avbryta upphandlingen. Priset på en produkt har ju ingen avgörande inverkan på utvärderingen. Det finns heller inget belägg för påståendet att felaktigheter i

volymen skulle ha föranlett att potentiella leverantörer skulle ha underlåtit att lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Stures Bageri har i första hand till stöd för att ogiltigförklara avbrytandebeslutet anfört att det inte är tillräckligt motiverat i enlighet med 20 § förvaltningslagen (1986:223). Enligt nämnda bestämmelse ska ett beslut varigenom en myndighet avgör ett ärende innehålla de skäl som har bestämt utgången, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild.

Som framgår av bestämmelsens ordalydelse är 20 § förvaltningslagen tillämplig i fall av myndighetsutövning mot enskild. När det gäller offentlig upphandling finns uttalanden i lagförarbeten av innebörd att detta förfarande faller utanför vad som omfattas av begreppet myndighetsutövning (se prop. 2006/07:128, Del 1, s. 142 f. och Del 2, s. 598). Jfr även JO 2007/08 s. 521. Skäl saknas enligt förvaltningsrättens mening att göra någon annan bedömning i detta fall, oavsett att det här rör sig om ett beslut att avbryta en upphandling.

I fråga om avbrytandebeslutet grundar sig på *sakligt godtagbara skäl* enligt grunderna i LOU konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis att av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). EU-domstolen har vidare uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på

grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten ser sig inte förhindrad att pröva de omständigheter som förts fram inom ramen för överprövningsprocessen, som innebär att Region Skåne har utvecklat skälen för beslutet.

Region Skåne har som skäl för beslutet att avbryta upphandlingen angett att förfrågningsunderlaget är behäftat med allvarliga brister. Region Skåne har preciserat bristerna på så sätt att otydligheter kring viktangivelser har lett till olika tolkningar av förfrågningsunderlaget, som därmed brister i transparens. Vidare har i förfrågningsunderlaget angetts felaktiga årsvolymer för flera produkter. Det sist nämnda kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och även inneburit väsentligt ändrade förutsättningar för upphandlingen.

Av punkten 2.1.7, Sortiment, i förfrågningsunderlaget framgår följande.

Produkter ingående i denna upphandling redovisas i Bilaga 1 – Prisbilaga. De volymer som anges enligt denna, redovisar uppskattat behov och ska enbart ses som ett riktmärke. Samtliga i underlaget redovisade storlekar, vikter etc. är angivna som ungefärlig vikt. Anbudsgivaren ska i sitt anbud ange faktiska uppgifter.

Av Bilaga 1 – Prisbilagan, framgår vilka produkter som Region Skåne efterfrågar. För varje produkt finns ifyllda uppgifter angående enhetsvikt. För varje position anges enhetsvikten enligt ett intervall, t.ex. 400-700 g eller 40-60 g. Anbudsgivaren ska fylla i angivna uppgifter för varje position, bl.a. pris per styck och vikt per styck. Det anges visserligen inte uttryckligen i förfrågningsunderlaget att offererad produkts vikt per styck ska falla inom det angivna intervallet. Förvaltningsrätten anser dock inte att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan tolka förfrågningsunderlaget på annat sätt än att de produkter som offereras ska ha

en vikt per styck som faller inom det spann som anges i kolumnen enhetsvikt. Visserligen har Region Skåne till stöd för bristande transparens i förfrågningsunderlaget i denna del, hävdad att Stures Bageri respektive Sydöst bagerierna synes ha gjort olika tolkningar av detsamma. Enbart ett sådant antagande utan ytterligare stöd, utgör enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt bevis för bristande transparens. Som Stures Bageri hävdad kan det vara fråga om ett anbud som inte uppfyller ställda krav. Förvaltningsrätten bedömer därmed att det inte är visat att förfrågningsunderlaget är behäftat med någon otydlighet vad gäller viktangivelserna.

Av Bilaga 1 – Prisbilaga framgår vidare en uppskattad årsvolym för varje position. Även om denna uppgift är ett riktmärke och inte utgör något löfte om vilka volymer Region Skåne faktiskt kommer att beställa kan detta i och för sig påverka utformningen av en anbudsgivares anbud eller till och med innebära att potentiella leverantörer avstår från att lämna anbud i upphandlingen. Emellertid har Region Skåne i detta hänseende endast framhållit att den uppskattade volymen avseende ”Tårta alt 1” angetts vara 8 050 st när den skulle vara 50 st. Region Skåne har dock inte närmare peciserat vilka övriga positioner som utöver ”Tårta alt 1” är felaktiga eller hur mycket de verkliga behoven skiljer sig från vad som anges i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten bedömer därmed att det inte härav går att dra någon slutsats om att felaktigt angivna volymer är ett fel av sådan art att det påverkar det konkurrensuppsökande skedet. Inte heller finns av samma skäl förutsättningar att dra någon slutsats om att volymavvikelserna inneburit ändrade förutsättningar för upphandlingen för regionen.

Sammanfattat utgör de grunder som hänför sig till brister i förfrågningsunderlaget som Region Skåne åberopat till stöd för beslutet att avbryta upphandlingen inte sakligt godtagbara skäl.

Vad Region Skåne har invänt om att det under alla förhållanden skulle ha förelegat grund för att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens, konstaterar förvaltningsrätten att invändningen i denna del grundar sig på ett hypotetiskt antagande om utfallet av upphandlingen. Påståendet saknar grund i avbrytandebeslutet och kan inte ligga till grund för att utgöra ett sakligt skäl för avbrytande.

Region Skåne har inte presenterat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Stures Bageris ansökan om överprövning av Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen ska således bifallas.

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


Madeleine Westberg

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



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.