



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-10-10
Meddelad i Malmö

Sida 1 (9)

Mål nr
6931-16

KONKURRENSVERKET	
2016-10-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Gunnar Karlsen Sverige AB, 556607-5692
Solna strandväg 21
171 54 Solna

Ombud: advokat Kristian Pedersen och jurist Tahmina Sahibli
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud: advokat Annika Andersson och biträdande jurist Anna Elowson Ek
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Gunnar Karlsen Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 336696

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Malmö stad genomför en upphandling av funktionsentreprenad avseende fastighetsförvaltning. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU och består av fyra olika delar/entreprenadområden. Malmö stad har den 1 juli 2016 meddelat tilldelningsbeslut avseende område 1 – 3. När det gäller entreprenadområde 4, vilket nu är aktuellt, har Malmö stad samma dag beslutat att avbryta upphandlingen. Som skäl för avbrytandebeslutet angavs följande. Utvärderingsmodellen är utformad på ett sådant sätt att en och samma anbudsgivare som utgångspunkt inte kan tilldelas fler än ett entreprenadområde. Syftet med denna reglering är att främja en sund konkurrens på marknaden och att motverka alltför stora kontrakt. Det anbud som skulle komma att antas för entreprenadområde 4 har dock en så hög fast kostnad att Malmö Stads budget avseende detta entreprenadområde inte kan hållas. Det noteras vidare att anbudet också har en väsentligt högre prisbild, både vad avser den fasta ersättningen och den rörliga ersättningen, än vad övriga kvalificerade anbudsgivare har för samma entreprenadområde. Dessa övriga kvalificerade anbudsgivare har dock redan tilldelats ett område vardera och kan därför inte komma i fråga för tilldelning av detta fjärde område. Mot bakgrund av att utvärderingsmodellen därmed inte leder fram till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende entreprenadområde 4 kan antas och eftersom Malmö Stads budget avseende detta entreprenadområde inte kan hållas föreligger sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen avseende entreprenadområde 4.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Gunnar Karlsen Sverige AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att det ska upphävas. Bolaget anför som grund för sin ansökan följande. Malmö stad har inte haft och har inte heller visat

att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet strider även mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Staden har dels underlåtit att i förfrågningsunderlaget ange att upphandlingen kunde komma att avbrytas om anbudet inte ryms inom dess budget, dels inte angett storleken på budgeten och dels antagit anbud vars fasta och rörliga kostnader inte nämnvärt understiger bolagets motsvarande kostnader. Staden har endast, i svepande ordalag, angett att upphandlingen kan komma att avbrytas om det föreligger sakligt godtagbara skäl för det, utan att exemplifiera vad ett sådant skäl skulle kunna vara. Anbudsgivare har således på förhand inte varit medvetna om att deras anbud skulle ställas i relation till stadens budget, eller vad denna budget varit, och har därmed inte kunnat beakta detta när de utformat sina anbud. Stadens underlåtenhet att lämna information om att upphandlingen skulle kunna avbrytas på grund av budgetfrågor samt att inte ge uppgifter om dess budgetram, strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Staden har inte heller visat att någon budget funnits, utan har endast redogjort för beräkningar av de riktvärden som påstås ha legat till grund för budgeten för entreprenadområde 4. Det förhållandet att bolagets riktvärde är högre än det genomsnittliga riktvärdet utgör dock inget bevis för att det faktiskt funnits en på förhand bestämd budget för entreprenadområdet eller hur stor denna varit. Det förhållandet att staden redogör för beräkningar utifrån REPAB:s riktvärden visar inte att de anförda beloppen faktiskt utgör stadens budget eller att en sådan budget funnits avseende det aktuella entreprenadområdet. Stadens beräkning av riktvärden har vidare inget stöd i REPAB:s årskostnadsbok, och det visar att stadens redogörelse är en efterhandskonstruktion utformad för att ge visst resultat och för att bemöta bolagets talan. Staden har i förvaltningsrätten kommit in med ett intyg utfärdat den 1 augusti 2016. Intyget har utfärdats i samband med bolagets ansökan om överprövning, i det specifika syftet att bemöta bolagets talan, och måste därför anses ha ett lågt bevisvärde. Intyget kan inte anses styrka att staden på förhand i behörig ordning har beslutat om en viss budget för upphandlingen och de respektive

entreprenadområdena. Inte heller kan det förhållandet att förfrågningsunderlaget varit konstruerat på ett sådant sätt att staden inte haft möjlighet att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för det aktuella delområdet anses innebära att det föreligger sakligt godtagbara skäl. Staden har motiverat beslutet genom att ställa bolagets anbud i relation till övriga anbud inom samma entreprenadområde, men har underlåtit att jämföra anbudet med de anbudsgivare som tilldelats kontrakt för de övriga entreprenadområden. Detta innebär en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Oavsett att det inte finns något skaderekvisit vid överprövning av avbrytandebeslut kan dock konstateras att bolaget, som en direkt konsekvens av stadens agerande, har gått miste om avtalet och till följd av detta lidit, eller riskerar i vart fall att lida, skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Det förhållandet att staden annonserat en ny upphandling begränsar inte bolagets skada på något sätt, eftersom bolaget vid ett korrekt agerande från stadens sida skulle ha tilldelats avtal.

Slutligen har staden tilldelat avtal för entreprenadområden 3, trots att den antagna anbudsgivarens riktvärde överstiger det genomsnittliga riktvärdet med 36 %. Staden har därför agerat inkonsekvent, i strid med likabehandlingsprincipen, oförutsebart, i strid med transparensprincipen, och har därmed brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Malmö stad bestrider bolagets ansökan och yrkar att ansökan ska avslås. Malmö stad anför följande. Utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget är utformad på ett sådant sätt att en och samma anbudsgivare som utgångspunkt inte kan tilldelas fler än ett entreprenadområde. Syftet med denna utformning är att främja en sund konkurrens på marknaden och att motverka att stora kontrakt tilldelas en och samma aktör. Bolaget har vidare inte lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för något entreprenadområde, utan har tvärtom rangordnats sist för samtliga fyra entreprenadområden.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Efter genomförd tilldelning av entreprenadområde 1 - 3 kunde dock konstateras att bolaget kvarstod som ensam anbudsgivare för entreprenadområde 4. Som framgår av avbrytandebeslutet överstiger det fasta pris som bolaget lämnat för entreprenadområde 4 (8 880 000 kronor) Malmö stads budget för det aktuella området (4 745 000 kronor).

Den aktuella upphandlingen genomförs av Malmö stads serviceförvaltning som varje år antar en budget för den tekniska (externa) förvaltningen av de fastigheter som stadsfastigheter (en avdelning inom serviceförvaltningen) förvaltar. Budgeten fördelas mellan de olika fastigheterna med utgångspunkt i varje fastighets faktiska status (exempelvis avseende ålder, tekniska installationer, fastighetstyp osv) och baseras på tidigare års kostnader och underhållsbehov för respektive fastighet. Eftersom Malmö stad har valt att hålla den tekniska (externa) förvaltningen av fastigheter som fyra olika entreprenadområden är budgeten därefter sammanräknad för respektive entreprenadområde. Det noteras att det även finns två entreprenadområden för vilka den tekniska förvaltningen hanteras internt av en annan avdelning inom serviceförvaltningen. I samband med det årliga budgetarbetet jämförs föreslagen budgeterad nivå med de riktvärden som REPAB tar fram för olika fastighetstyper i syfte att säkerställa att Malmö stads budget inte avviker från motsvarande nivåer i branschen i stort. Det noteras särskilt att Malmö stads budget inte är densamma som REPAB:s riktvärden (och inte heller densamma som något genomsnittligt riktvärde). Malmö stads budget baserar sig på de faktiska fastigheterna, men jämförs med REPAB:s riktvärden i syfte att hitta en rimlig konkurrensneutral nivå. Budgeten för entreprenadområde 4 är således baserad på nyckeltal från REPAB Fakta 2016 Föreskolor som bland annat innehåller riktvärden för årskostnad kr/kvm (beräknad på bruksarea, BRA) för tre olika typfastigheter och är uppdelad mellan tillsyn och skötsel för byggnader och tillsyn och skötsel för installationer. Malmö stads uppgifter om yta (area) för de fastigheter som ingår i upphandlingen är beräknad för bruttoarea, BTA, vilket enligt omräkningsfaktor i

REPAB Fakta motsvarar ca 0,92 av BRA. Ett genomsnittligt riktvärde för de tre fastighetstyperna är 34 kronor/kvm BRA, motsvarande 31,59 kronor/kvm BTA. Malmö stads budget för entreprenadområdet är 31 kronor/kvm (BTA). Den totala budgeten för entreprenadområde förskola är 4 745 000 kronor, baserad på en total yta BTA om 155 243 kvm. Därtill beräknas en tillkommande yta om ytterligare 11 261 kvm BTA vilket i själva verket skulle innebära en budget om 28,50 kronor per kvm BTA för entreprenadområde 4. Bolagets fasta pris för entreprenadområdet ger ett motsvarande jämförelsevärde på 56 kr/kvm (BTA) Bolagets fasta pris är således 77 % högre än det genomsnittliga riktvärdet och 80 % högre än Malmö stads budget för entreprenadområdet. Bolagets fasta pris är till och med 10 % högre än riktvärdet för typfastighet 3. Malmö stad har således inte kunnat anta bolagets anbud avseende entreprenadområde 4 eftersom bolagets anbud väsentligen överskrider Malmö stads budget.

Det är i och för sig korrekt att det inte uttryckligen i förfrågningsunderlaget angivits någonting om Malmö stads budget. Det ligger dock i sakens natur att en upphandlande myndighet alltid på ett eller annat sätt har en budget att förhålla sig till för genomförande av en upphandling. Detta är något som anbudsgivare har att räkna med och kan svårigen betraktas som en oförutsedd omständighet för någon anbudsgivare i branschen. Att nu angiven budgetsnivå är den som gäller och är antagen av serviceledningen framgår av ingivet intyg. Det saknas således anledning att ifrågasätta förekomsten av budget.

När det gäller vad bolaget anført om entreprenadområde 3 så har detta tilldelats och ingen överprövning har inkommit. Denna del av upphandlingen kan således inte bli föremål för prövning inom den nu aktuella processen. Det bekräftas dock att Malmö stad inte har funnit anledning att avbryta upphandlingen i denna del. Vinnande anbud i entreprenadområde 3 uppgår till ca 10 procent över Malmö stads budget att jämföra med bolagets anbud för

entreprenadområde 4 som ligger 80 procent över Malmö stads budget (eller 96 procent högre beräknat på budgeterad yta BTA inklusive tillkommande BTA). Det noteras särskilt att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att avbryta en upphandling på grund av att budgeten överskrids utan att detta är en möjlighet för den upphandlande myndigheten.

Sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen i denna del föreligger således. Det är vidare tydligt att förfrågningsunderlagets utformning inte lett fram till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kunnat tilldelas kontrakt avseende entreprenadområde 4. Även detta utgör sakliga skäl för avbrytande av upphandlingen. Malmö stads förfarande i upphandlingen har inte medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Malmö stad har annonserat en ny upphandling motsvarande entreprenadområde 4. Bolaget har möjlighet att lämna anbud i denna och därmed möjlighet att kunna tilldelas kontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av förfarandet.

Den upphandlande myndigheten har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. EU-domstolen har vidare uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantags-situationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedöm-

ning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen. Vidare har sakligt godtagbara skäl för avbrytande ansetts vara när den efterfrågade tjänsten visade sig vara dyrare än vad upphandlande myndighet hade haft anledning att räkna med och samtliga återstående anbud som myndigheten hade att ta ställning till var högre än vad myndighetens budget tillät. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkten UF 3.1.3 att den upphandlande myndigheten har rätt att avbryta upphandlingen om det föreligger sakligt godtagbara skäl. De omständigheterna att budgetramen inte angetts i förfrågningsunderlaget och att ett budgetöverskridande inte uttryckligen angetts som grund för att avbrytande kunde komma att ske utgör enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckliga skäl för att transparensprincipen därigenom skulle anses ha trätts för när.

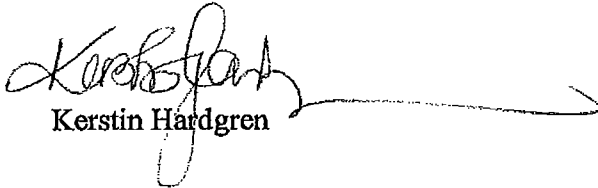
Malmö stad har i beslutet som ett skäl för avbrytande angett att det anbud som skulle komma att antas för entreprenadområde 4 har en så hög fast kostnad att Malmö stads budget avseende detta entreprenadområde inte kan hållas. Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att Malmö stad i målet utförligt har redovisat hur serviceförvaltningen räknat fram aktuell budget för entreprenadområde 4 och även givit in intyg utfärdat av serviceledningen som innebär att den angivna totala budgetnivån på 4 745 000 kronor är den som gäller. Det återstående anbud som Malmö stad hade att ta ställning till var således högre än angiven budgetnivå.

Förvaltningsrätten kan även konstatera att det av utredningen i målet framgår att bolaget inte lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för något av entreprenadområdena men trots detta efter tilldelning av entreprenadområde 1-3 kvarstod som ensam anbudsgivare för entreprenadområde 4.

Enligt förvaltningsrättens mening kan således den aktuella utvärderingsmodellens utformning inte anses ha lett fram till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kunnat tilldelas kontrakt avseende entreprenadområde 4 (jfr. UF 3.5.2.1).

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det framgår att Malmö stad har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen avseende entreprenadområde 4. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte heller i övrigt framkommit att avbrytandebeslutet strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Kerstin Hårdgren

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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.