


SÖKANDE

Interoc Dörr & Fönster AB, 556896-9587
Hemvärnsgatan 13
171 54 Solna

Ombuden: Advokat Viktoria Edelman och biträdande jurist Viktor Hård af
Sejerstad
AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Witalabostäder AB, 556347-7297
574 80 Vetlanda

KONKURRENSVERKET	
2019-05-24	
Avt	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Ombuden: Advokat Per-Ola Bergqvist och biträdande jurist Sara Öwall
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning av beslut att avbryta upphandling enligt lagen (2016:1145)
om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Witalabostäder AB (Witalabostäder) har avbrutit upphandling avseende totalentreprenad av fönster, dörrbyten och sanering (dnr UH-2018-229). Upphandlingen avbröts den 13 mars 2019 med hänvisning till brister i upphandlingsdokumenten.

Interoc Dörr & Fönster AB (bolaget) yrkar att Witalabostädernas beslut om att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Witalabostäder anser att ansökan ska avslås.

Dok.Id 294151

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	-	måndag–fredag 08:00–16:00

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Det har inte funnits sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Upphandlingsdokumenten har inte varit otydliga på det sätt som avbytandebeslutet gör gällande. Bolaget har lämnat det mest fördelaktiga anbudet och uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Bolaget har därför lidit skada eller i vart fall riskerat lida skada till följd av att upphandlingen avbrutits.

Av tilldelningsbeslut daterat den 6 mars 2019 har annat bolag tilldelats kontraktet trots att de inte uppfyllt kravet på anbudets form och innehåll. Detta då vinnande bolag inte fyllt i och lämnat in bilagan referensuppdrag eller bilagan CV-mall då de gjort egna bilagor för dessa poster. I bilaga för referenser har vinnande bolag missat att fylla i efterfrågad information i form av e-postadress till en kontaktperson för referensuppdrag. Vinnande bolags anbud skulle därför ha förkastats.

Gällande att det inte finns godtagbara skäl att avbryta upphandlingen har informationen gällande bilagorna för CV och referensuppdrag angivits tydligt i både AFB.31- och 52. Instruktionerna har inte kunnat missuppfattas av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Att en upphandling avbryts för att andra anbudsgivare inte har lämnat korrekta anbud är inte förenligt med LOU. Upphandlingsförfarandet blir då godtyckligt.

Bolaget har sedan tidigare varit med i liknande upphandling i regi av Witalabostäder. Där hade vinnande bolag angivit ett pris som är högre trots att den nya upphandlingen är mer omfattande. Att Witalabostäder väljer att annonsera upphandlingar för att sedan avbryta dessa sätter bolaget i en dålig situation.

Witalabostäder

Gällande anbuds form och innehåll stadgar inte punkt AFB.31 att den mall som ska bifogas ska vara den som Witalabostäder tillhandahållit. En bifogad mall som är ifylld räcker. Witalabostäder delar bolagets uppfattning om att punkt AFB.52 kan uppfattas som att de tillhandahållna mallarna ska användas för anbudsgivning. Detta har dock kunnat uppfattas på annat sätt. Om Witalabostäder skulle slutföra upphandlingen trots uppgiven brist skulle det strida mot principen om transparens.

Avbrytandet av upphandlingen har skett på sakligt godtagbara grunder och står överens med upphandlingsrättsliga principer. En myndighet har inte någon absolut skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling så länge ett sådant beslut vilar på sakliga skäl, inte är godtyckligt och är i överensstämmelse med de grundläggande bestämmelserna i EU-fördraget.

LOU saknar reglering gällande när en upphandling får avbrytas. En upphandlande myndighet har stor frihet för att kunna avbryta en upphandling. Rätten att avbryta en upphandling begränsas inte till undantagsfall eller när det föreligger allvarliga omständigheter.

Vid granskningen av anbuderna i aktuell upphandling har hälften av anbudsgivarna uppfattat det som att det fanns krav i förfrågningsunderlaget på att tillhandahållna mallar för CV och referensuppdrag skulle användas. Detta motsäger således vad bolaget anfört om att förfrågningsunderlaget i denna del inte har kunnat missuppfattas av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Anbudsgivarna är dessutom aktörer som ofta återkommer i upphandlingar och som därför har stor erfarenhet av att lämna anbud. Kraven i förfrågningsunderlaget kan därför inte anses som klara och tydliga. Bristen i förfrågningsunderlaget har i allra högsta grad påverkat upphandlingens resultat och konkurrens vid urvalet av entreprenörer, detta har visats genom att många anbud har behövts förkastas. Mot bakgrund av

detta framgår att förfrågningsunderlaget varit behäftat med sådana fel och brister att upphandlingen har behövts avbrytas för att säkerställa att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna efterlevs. Att anbudsgivare inte avhållit sig från att lämna anbud i upphandlingen påverkar inte bedömningen. Bristen är av sådan grundläggande karaktär att en rättelse inte kan göras.

Vad bolaget anfört om att annat bolags anbud skulle ha förkastats ingår inte i förevarande prövning. Tilläggsvis kan nämnas att annat bolags anbud som var lägre ändå skulle ha tilldelats dem om inte förfrågningsunderlaget var otydligt på anfört sätt. Att Witalabostäder utannonserat tidigare upphandlingar ska inte påverka att förevarande upphandling inte ska avbrytas när dess förfrågningsunderlag är behäftat med fel. En ny upphandling avseende samma kontrakt kommer utannonseras framöver varför bolaget inte kan anses ha lidit någon skada på det sätt de anför.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens dom RÅ 2009 ref. 69).

Någon bestämmelse för när en upphandling kan avbrytas framgår inte av LOU. Utvecklingen på aktuellt område är således till stor del praxisstyrd.

Någon skyldighet för en myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte. Det behöver inte heller föreligga någon undantagssituation eller några tungt vägande skäl för att en upphandling ska kunna avbrytas. Myndigheten kan själv avgöra när en inledd upphandling behöver avbrytas. Ett beslut om avbruten upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl

och följa de grundläggande bestämmelserna och principerna på området för upphandling, beslutet får således inte vila på godtycklig grund. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för beslut att avbryta en upphandling (se RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43 med däri hänvisad EU-praxis).

Av utredningen framgår att Witalabostäder valt att avbryta upphandlingen med motiveringen att upphandlingsdokumenten innehållit brister som äventyrar dess förenlighet med upphandlingsreglerna. Skälen för avbrytandet var att det ansågs oklart för anbudsgivarna om referensuppdrag och CV skulle anges i bifogad mall eller inte.

Av nyare kammarrättspraxis framgår att möjligheten för en myndighet att avbryta en upphandling är långtgående. Omständigheten att förfrågningsunderlaget i en upphandling varit otydlig kan utgöra godtagbart skäl att avbryta upphandlingen. Har förfrågningsunderlaget lämnat utrymme för olika tolkningar kan detta medföra att givna anbud inte kan utvärderas på ett rättvist sätt och att det kan bli svårt att utröna om efterfrågad kravprofil uppfylls från anbudsgivarens sida. Dessa brister kan medföra sådana risker som innebär att upphandlande myndighet inte kan göra en objektiv jämförelse mellan anbuden och att detta i förlängningen kan innebära att det bästa anbudet inte antas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom meddelad den 30 januari 2018 i mål nr 6012--6015-17).

Frågan är om Witalabostäder har haft skäl att avbryta upphandlingen på angivna grunder. Efterfrågade uppgifter om anbudsgivares referenser och CV grundar sig på efterfrågad teknisk- och yrkesmässig kapacitet. Att aktuella uppgifter om referenser och CV efterfrågas i upphandlingen är sakligt grundande utifrån vad som stadgas i LOU. Förvaltningsrätten finner att det funnits oklarheter i förfrågningsunderlaget på det sätt som Witalabostäder anfört, vilket bl.a. har manifesterats på ett tydligt sätt genom att hälften av an-

budsgivarna inte har använt sig av de mallar som finns bifogade i upphandlingsdokumenten. Den uppkomna bristen i upphandlingsdokumenten har kunnat leda till att anbudsgivarna riskerat att tolka ett grundläggande krav i upphandlingen på olika sätt. Detta har även medfört en risk för att Witalabostäder inte skulle komma att utvärdera lämnade anbud på ett rättvist och objektivet sätt. Även om oklarheten rör en mindre del av förfrågningsunderlaget måste detta sättas i relation till att efterfrågade uppgifter är av stor vikt för att upphandlingen ska kunna genomföras på ett rättvist sätt och för att bästa anbud ska kunna antas. Av vad som kommit fram i målet har det därför funnits godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet kan inte heller anses strida mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan upphandlingsrättslig bestämmelse, och bedöms vara i linje med den praxis som finns på området. Förvaltningsrätten avslår därför bolagets ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Tova Wetterö

Förvaltningsrättsfiskalen Tova Wetterö har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Martin Menyes har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.