



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-06-09
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 591-17

SÖKANDE

KÅRAB AB
 Skansbogatan 2 B
 212 32 Malmö

Ombud: Advokat Rikard Sahlberg och biträdande jurist Linnea Lindberg
 Foyen Advokatfirma KB
 Södergatan 28
 211 34 Malmö

MOTPART

AB Ystadsbostäder
 Stortorget 2 a
 271 43 Ystad

Ombud: Advokat Henrik Willquist
 Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
 Stortorget 17, Box 1027
 251 10 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2017-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår KÅRAB AB:s ansökan.

BAKGRUND

AB Ystadbostäder (Ystadbostäder) genomför en upphandling av Kv. Fridhem 1, Ystad Nybyggnation vindslägenheter och underhållsarbeten.

Ystadbostäder har avbrutit upphandlingen genom beslut den 11 januari 2017. Som skäl för beslutet angavs bl.a. följande. Totalt inkom två anbud. Det gick omedelbart att se att det ena anbudet inte uppfyllde kvalificeringskraven. Ystadbostäder var osäkra på om det kvarvarande anbudet uppfyllde kraven. Eftersom endast en leverantör återstår efter leverantörs-kvalificeringen föreligger bristande konkurrens.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

KÅRAB AB (Kårab) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen. Vidare ska Ystadbostäder förordnas att återuppta och slutföra upphandlingen varvid Kårab ska tilldelas kontraktet.

Kårab anför bl.a. följande. Ystadbostäder saknar sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte förelegat bristande konkurrens i upphandlingen. Därmed ska avbrytandebeslutet ogiltigförklaras.

Den nu aktuella upphandlingen har föregåtts av en tidigare upphandling, vilken avbröts med hänvisning till bristande konkurrens. Ystadbostäder har avbrutit upphandlingen efter eget godtycke, utifrån vilken anbudsgivare som kvarstår efter kvalificeringsfasen. Sett utifrån den aktuella marknaden för det av den upphandlande myndigheten beskrivna upphandlingsföremålet föreligger tillräcklig konkurrens. Ystadbostäder har testat marknaden upprepade gånger med i stort sett samma behov och upphandlingsföremål. Med beaktande av den representerade konkurrensen på marknaden utifrån tidigare erfarenhet hade Ystadbostäder inte kunnat förvänta sig fler än två

anbud i upphandlingen.

Att endast ett kvalificerat anbud kvarstår medför inte per automatik att sakligt godtagbara skäl för avbrytande föreligger. I en tidigare upphandling, den s.k. Lichten-upphandlingen, ansåg Ystadbostäder inte att det fanns anledning att avbryta då enbart två anbud inkom och endast ett anbud diskvalificerades.

Ystadbostäder har godtyckligt avbrutit upphandlingen i strid mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen. Ystadbostäders agerande bryter vidare mot proportionalitetsprincipen då åtgärden går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen och då det finns mindre ingripande åtgärder att vidta – nämligen att slutföra upphandlingen och tilldela Kårab kontraktet.

Ystadbostäder har inte bedömt konkurrenssituationen utifrån det enskilda fallet. Eftersom erforderlig konkurrensutsättning har skett ska upphandlingen återupptas och Kårab tilldelas kontraktet. Kårab har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras, genom ett intyg till styrkande av återopandet av annans kapacitet.

Om upphandlingen hade slutförts hade Kårab tilldelats kontraktet, varför bolaget har lidit skada.

Ystadbostäder anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det är riktigt att en upphandling tidigare genomförts avseende i princip samma sak som nu upphandlas, dvs. byggnation av lägenheter i Kv. Fridhem 1 i Ystad. I den tidigare upphandlingen fick Ystadbostäder endast in två anbud, varav ett inte uppfyllde kvalificeringskraven. Upphandlingen avbröts på grund av bristande konkurrens. Ystadbostäder gjorde därefter ett nytt försök att genomföra upphandlingen, och ett stort antal omständigheter justerades i

syfte att attrahera marknaden bättre. Trots detta har endast två anbud i kommit, varav ett kraftigt avvek från vad Ystadbostäder angett i förfrågningsunderlaget. Det är förvånande att inte fler aktörer visat intresse för upphandlingen när förfrågningsunderlaget modifierats kraftigt.

Ystadbostäder har inte någon skyldighet att avbryta upphandlingen på grund av den bristande konkurrensen. Ystadbostäder har dock valt att avbryta den. Att Ystadbostäder i en tidigare upphandling inte avbrutit upphandlingen trots att det endast förelåg ett anbud innebär inte att Ystadbostäder är förhindrade att senare avbryta en upphandling under återopande av bristande konkurrens. Det är fråga om olika förutsättningar, olika upphandlingar och olika parter.

Det är ostridigt att det andra anbudet inte uppfyllde kvalificeringskraven och därmed inte kunde utvärderas. I detta läge ägnade inte Ystadbostäder stora resurser på att utreda huruvida Kårabs anbud uppfyllde kvalificeringskraven eftersom det redan förelåg bristande konkurrens. Det är väl etablerad praxis att det föreligger sakliga skäl att avbryta en upphandling när endast ett anbud kvarstår att utvärdera. Ystadbostäder hade hoppats på ett betydligt högre antal anbud i upphandlingen.

Vidare lider Kårab inte skada av beslutet att avbryta upphandlingen då Kårabs anbud inte uppfyller kvalificeringskraven. Kårab har inte visat att bolaget har den efterfrågade omsättningen under de senaste tre fastställda räkenskapsåren, inte heller med hänsyn tagen till att Kårab återopat annan aktörs kapacitet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, är tillämplig i målet. Detta framgår av p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

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).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Frågan i målet är om det funnits sakligt godtagbara skäl för Ystadbostäder att avbryta upphandlingen och om det beslutet i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

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). Det krävs inte heller att det föreligger en undantagssituation eller att det finns tungt vägande skäl för att en upphandling ska kunna avbrytas (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste däremot vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Den omständigheten att endast ett anbud återstår dvs. bristande konkurrens är som huvudregel ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr C-27/98 Fracasso och Leitschutz och RÅ 2008 ref. 35).

Av utredningen i målet framgår att Ystadbostäder fick in två anbud, varav ett anbud enligt obestridda uppgifter uppenbart inte uppfyllde kvalificeringskraven. Det fanns således endast en anbudsgivare dvs. Kårab kvar i upphandlingen. Ystadbostäder avbröt därefter upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens.

När endast ett anbud återstår i en upphandling finns det ingen möjlighet för den upphandlande enheten att jämföra olika anbud och att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Mot bakgrund av ovan presenterad praxis anser förvaltningsrätten att Ystadbostäder visat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Vad Kårab anför om att Ystadbostäder inte kunnat förvänta sig fler anbudsgivare samt att Ystadbostäder i en annan upphandling godtagit det enda kvalificerade anbudet i stället för att avbryta upphandlingen medför inte någon annan bedömning.

Det har inte heller kommit fram att beslutet att avbryta upphandlingen fattats i strid med någon av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Kårabs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Gabrielle Levin

Susanne Axelsson 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

