

KLAGANDE

1. Leksandsbostäder AB, 556496-0572

2. Leksands kommun, 212000-2163

Ombud för 1-2: Carl-Göran Ek
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 420 59
126 13 Stockholm

MOTPART

Belab Ventilation AB, 556305-5507

Ombud: Advokat Mikael Dubois och jur. kand. Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 4 februari 2014 i mål nr 5410-13 och 5412-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Leksandsbostäder AB och **Leksands kommun** (beställaren) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Belab Ventilation AB:s (Belab) ansökan om överprövning.

Belab bestrider bifall till överklagandet och yrkar i första hand att överklagandet ska avslås och i andra hand att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten.

Beställaren anför till stöd sin talan i huvudsak följande.

Genom att offerera 0 kr per timme för arbeten som ska utföras utanför ordinarie arbetstid kommer Belab att tacka nej till arbeten som ska utföras utanför ordinarie arbetstid. Risken är i vart fall stor att de tjänster som efterfrågas inte kommer att genomföras.

I upphandlingen gavs möjlighet att ange tre olika rabattsatser, vilket framgår av anbudsformuläret. Belab erbjöd beställaren 81 procents rabatt på hela bruttoprislistan. Belab har dock i sitt anbud inte visat att den uppgivna rabatten om 81 procent kommer att infrias. På minst sex av de totalt nio efterfrågade och för beställaren mest frekventa produkterna enligt stickprovslistan pendlade rabatten mellan 53 och 67 procent. Det är inte trovärdigt att Belab förväxlat storlekar. Med de motstridiga uppgifterna i anbudet befarar beställaren att de sistnämnda priserna kommer att användas i kommande fakturering, trots att det på annan plats i anbudet angetts en gynnsammare rabatt.

Felaktigheterna är av sådan art och omfattning att beställaren anser att övriga anbudsgivares anbud inte kan prövas på ett rättvisande sätt. Belab har genom dessa manipulationer skaffat sig en oförtjänt fördel på de övriga anbudslämnarnas bekostnad. Det bästa anbudet har inte vunnit.

Utvärderingsmodellen har gått att manipulera och är därför inte förenlig med avsikten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Utvärderingsmodellen är därmed behäftad med sådana svagheter att den inte är förenlig med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

I andra hand anser beställaren att Belabs anbud borde ha förkastats då det innehåller felaktigheter avseende materialpriserna och då priserna har kompletterats efter tilldelning på ett otillåtet sätt. Belab har därför inte riskerat att lida någon skada.

Belab anför till stöd för sitt bestridande i huvudsak följande.

Det finns inte sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Kommunen har ställt upp två utvärderingskriterier: totalpris samt arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenadbeskrivningen. Därigenom erhålls ett viktat totalpris. Av utvärderingsmodellen följer också att anbudsgivaren med lägst viktat totalpris vinner upphandlingen. Om beställaren efter utvärderingen upptäcker att en annan utvärderingsmodell hade kunnat generera ett mer förmånligt anbud, utgör det inte ett skäl att avbryta upphandlingen.

Det bestrids att modellen gått att manipulera. Beställaren har visserligen använt en modell som i viss mån gjort det möjligt att använda taktisk prissättning, men det strider inte mot LOU att använda sådan prissättning eller att använda en modell som möjliggör det. Belab har inte försökt manipulera utvärderingsmodellen. På grund av att exempelpriserna baserats på fel produkter, har Belabs anbud utvärderats till för högt pris.

Belab har rangordnats som etta och om upphandlingen inte hade avbrutits hade kontrakt kunnat tecknas med Belab.

Det är först nu i kammarrätten som beställaren anför att den utvärderingsmodell som använts inte varit ändamålsenlig. Nya grunder och

omständigheter har alltså åberopats i kammarrätten. Om kammarrätten anser att dessa nya grunder och omständigheter kan åberopas, ankommer det på kammarrätten att i enlighet med instansordningsprincipen återförvisa målet till förvaltningsrätten (jfr rättsfallet HFD 2013 ref. 5).

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bör målet återförvisas?

Det finns inga bestämmelser i LOU som reglerar möjligheten att i ett överklagande till kammarrätten åberopa nya omständigheter. Det innebär att förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer ska tillämpas. En sådan allmän princip är att nya omständigheter får anföras hos kammarrätten om det inte leder till att saken blir en annan än den som prövats av förvaltningsrätten (se t.ex. rättsfallen HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2003 ref. 15). Det som ska bedömas är därmed om de omständigheter som beställaren åberopar hos kammarrätten innebär att saken ändras. Den fråga som avgjorts av förvaltningsrätten är om beställaren haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen och om detta skett utan brott mot de grundläggande principerna i LOU. Beställaren har redan i förvaltningsrätten åberopat såväl de motstridiga prisuppgifter som Belab lämnat i sitt anbud, som att Belab offererat en timersättning om 0 kr för arbeten utanför ordinarie arbetstid och uppgett att man inte kunnat göra en trovärdig utvärdering. Även om beställaren i kammarrätten preciserar sina grunder för avbrytandet har saken därmed inte ändrats (jfr nämnda rättsfall HFD 2013 ref. 5). Skäl att återförvisa målet för förnyad prövning i sak föreligger inte.

Skäl att avbryta upphandlingen?

Nästa fråga i målet är om det funnits förutsättningar för beställaren att avbryta upphandlingen.

En upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser att anskaffa en vara, en tjänst eller en byggentreprenad. Först då måste den upphandlande enheten öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns. Den upphandlande enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Av praxis följer att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr rättsfallen C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553, punkt 41, samt RÅ 2008 ref. 35 och där angivna rättsfall). Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid inte obegränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte 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 rättsfallet C-244/02, Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. I-12139, punkt 33). När orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (jfr Kauppatalo Hansel, punkt 36).


Kammarrätten gör följande bedömning.


Den aktuella upphandlingen omfattar bl.a. reparationer och underhåll av byggnader och anläggningar. Av förfrågningsunderlaget framgår att tre entreprenörer ska antas samt att den entreprenör som lämnat det mest förmånliga anbudet först ska erbjudas ett uppdrag och om denne tackar nej ska erbjudandet gå till den med det näst bästa anbudet. Vid utvärderingen ska hänsyn tas till dels totalpris, dels arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag. Totalpriset omfattar bl.a. timdebitering för såväl ordinarie arbetstid som icke ordinarie arbetstid. Beställaren har gjort gällande att genom att offerera 0 kr per timme för arbeten som ska utföras utanför ordinarie arbetstid, finns en risk att Belab avböjer sådana uppdrag.


Vidare framgår att Belabs anbud är högst i fråga om timpriser för arbete på ordinarie arbetstid. Beställaren menar att utvärderingsmodellen därmed inte säkerställer att det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet antas.

Kammarrätten instämmer i beställarens bedömning att den ifrågavarande utvärderingsmodellen inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs och att beslutet att avbryta upphandlingen därmed vilat på sakligt godtagbara skäl. Det förhållande att beställaren genom att utesluta Belab ändå kunnat anta tre entreprenörer föranleder ingen annan bedömning. Vid sådant förhållande och då det inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när ska överklagandet bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd


Asa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Frida Axelsson
Föredraganden

DOM
2014-02-04
Meddelad i
Falun

Mål nr
5410-13, 5412-13

Bilaga A
Sida 1 (4)

SÖKANDE

Belab Ventilation AB, 556305-5507

Ombud: Advokat Mikael Dubois och jur.kand. Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Leksandsbostäder AB, 556496-0572

2. Leksands kommun, 212000-2163

Ombud för 1 och 2: Ann-Christine Ehn och Carl-Göran Ek
c/o Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Belab Ventilation AB:s begäran om överprövning och upphäver Leksandsbostäder AB och Leksands kommuns beslut om att avbryta upphandlingen.

Dok.Id 103255

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se	023-383 00 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Leksandsbostäder AB och Leksands kommun (nedan Kommunen) genomför tillsammans genom öppet förfarande offentlig upphandling av Ventilationsarbeten – årsavtal. Tilldelningsbeslut fattades den 22 november 2013 där kontrakt tilldelades Belab Ventilation AB som nummer ett av totalt tre antagna leverantörer. Den 26 november 2013 beslutade Kommunen att avbryta upphandlingen på grund av felaktigheter i lämnade anbud.

Belab Ventilation AB (nedan Belab) yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska upphävas och anför som grund att det saknas sakligt godtagbara skäl för avbrytandet och att det är uppenbart att Belab lider eller i vart fall riskerar att lida skada av Kommunens beslut då de tilldelats kontrakt enligt tilldelningsbeslutet.

Leksandsbostäder AB och Leksands kommun bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har 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.

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). Beslutet att avbryta en upphandling ska inte begränsas till undantagsfall eller nödvändigtvis ska grundas på allvarliga skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (RÅ 2009 ref. 43).

Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det förelegat sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om Kommunen haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och om detta har skett utan att bryta mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Om så inte har skett blir nästa fråga om Belab lidit eller kan komma att lida skada genom Kommunens beslut om att avbryta upphandlingen.

Kommunen har i sitt beslut om att avbryta upphandlingen som skäl endast angett att det föreligger felaktigheter i lämnade anbud. Av övrig utredning i målet framgår att Kommunen anser att det föreligger fel i Belabs anbud vad gäller offererad rabatt på listpriser på produkter och att det med anledning av detta föreligger en risk för tvistigheter med att tolka vilka materialpriser som kommer att tillämpas vid fakturering. Kommunen anser att anbudet är behäftat med så allvarliga brister och motstridiga uppgifter att en trovärdig utvärdering inte har kunnat genomföras. Mot detta invänder Belab att deras anbud har utvärderats till ett för högt pris på grund av den förväxling av produkter och pris som ägt rum när bolaget fyllde i anbuds-

formuläret. Belab anför att de har offererat en rabatt om 81 procent på ingiven prislista, oaktat de felaktiga beräkningar som skett. Eftersom deras anbud utvärderats till ett för högt pris har detta inte påverkat utfallet av upphandlingen.

Av Kommunens tilldelningsbeslut framgår att samtliga fyra inkomna anbud har kvalificerats till utvärdering varvid de tre anbudena med lägst viktat totalpris har antagits som leverantörer. Leverantörerna har rangordnats utifrån det viktade priset och Belab har rangordnats som nummer ett. Belab har, utan invändning, anført att de felaktigheter som uppmärksammats i anbudet inte påverkat möjligheten att välja det mest ekonomiska anbudet. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det kvarstår tillräckligt med kvalificerade anbud för att anta tre entreprenörer (jfr. B 22). Förvaltningsrätten anser med anledning av detta att felaktigheterna inte utgör sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Då Belab har antagits som leverantör i Kommunens tilldelningsbeslut anser förvaltningsrätten att det är sannolikt att Belab kunnat lida skada av Kommunens beslut om att avbryta upphandlingen. Begäran om överprövning ska därför bifallas och beslutet om att avbryta upphandlingen ska upphävas.

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



Anna Önell

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.