



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Lina Bergkvist

DOM
2013-05-29
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1171-13

SÖKANDE

Svenska Pontonhamnar AB, 556753-2568

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Karlshamns kommun
374 81 Karlshamn

KONKURRENSVERKET	
2013-05-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten ogiltigförklarar kommunens beslut att avbryta upphandlingarna.

Förvaltningsrätten bifaller Svenska Pontonhamnars ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingarna ska göras om.

Förvaltningsrätten avvisar Svenska Pontonhamnars yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingarna ska göras om med tillämpning av något av de ordinarie förfarandena.

Dok.Id 70333

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Karlshamns kommun (kommunen) genomförde direktupphandlingar av båtbygga samt Y-bommar till båtbygga. Anbudsfristen för när anbud senast skulle ha kommit in löpte ut den 2 april 2013.

Svenska Pontonhamnar AB (Svenska Pontonhamnar) ansökte den 25 mars 2013 om överprövning av upphandlingarna samt yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta att upphandlingarna skulle göras om med tillämpning av något av de ordinarie förfarandena.

Förvaltningsrätten beslutade den 26 mars 2013 att kommunen, beträffande direktupphandling av båtbygga samt Y-bommar till båtbygga, inte fick ingå avtal innan rätten beslutat något annat. Beslutet gällde omedelbart.

Kommunen avbröt upphandlingarna den 5 april 2013.

YRKANDEN M.M.

Svenska Pontonhamnar yrkar nu att förvaltningsrätten upphäver kommunens beslut att avbryta upphandlingarna samt förordnar att upphandlingarna ska göras om med tillämpning av något av de ordinarie förfarandena, förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Svenska Pontonhamnar anför sammanfattningsvis följande. Upphandlingarna har påbörjats och utlysts som direktupphandlingar, trots att det sammanlagda kontraktsvärdet överstiger värdegränsen för direktupphandling. Klaganden har härmed lidit skada eller riskerar att lida skada genom det summariska förfarande som en direktupphandling innebär och genom att möjligheten att få till stånd en prövning av aktuella tilldelningsbeslut omöjliggörs eller i vart fall försvåras. Vid bedömningen av kontraktsvärdet ska

värdet av de båda upphandlingarna avseende flytbrygga respektive Y-bommar slås ihop och eftersom värdet då överstiger värdegränsen för direktupphandling, ska upphandlingarna istället genomföras enligt något av de ordinarie förfarandena. Det är av intresse att få kommunens tillvägagångssätt rättsligt prövat med anledning av upphandlingarna medvetet har delats upp för att kringgå huvudregeln om annonserad upphandling. Det finns ingen saklig grund för att avbryta upphandlingarna mot bakgrund av de skäl som kommunen har anfört. Vid valet av rättsföljd ska upphandlingarna rätteligen göras om eftersom kommunens överträdelse hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har avbrutit upphandlingarna eftersom förfrågningsunderlagen är utformade på ett sådant sätt att transparensprincipen åsidosätts. Detta har dessutom inneburit bristande konkurrens. Vidare är utvärderingsmodellen utformad på ett sådant sätt som medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan antas. Sådana omständigheter utgör enligt praxis sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. När förvaltningsrätten har kommit till ett beslut avser kommunen att påbörja arbetet med att genomföra en upphandling genom ett förenklat förfarande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår bl.a. att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

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.

EU-domstolen har anfört att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande unionsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling (mål C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy).

Högsta förvaltningsdomstolen har angett att en upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en pågående upphandling under förutsättning att beslutet baseras på sakligt godtagbara skäl och med iakttagande av grundläggande unionsrättsliga regler (RÅ 2008 ref. 35 och där refererade rättsfall).

Kammarrätten i Stockholm har, i ett mål om överprövning och ogiltigförklaring, sammanfattningsvis anfört att i en situation då en upphandling

avbrutits efter att en process inletts är det av avgörande betydelse för den fortsatta handläggningen av ansökan huruvida beslutet att avbryta upphandlingen är sakligt grundat, dvs. om det är förenligt med LOU och unionsrätten. Vid en sådan utgång att den upphandlande myndigheten inte visat att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen, bör förvaltningsrätten även pröva yrkanden om att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr Kammarrätten i Stockholm i dom den 16 december 2011, mål nr 6926-11).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av handlingarna i målet framgår att de nu aktuella upphandlingarna avbröts först efter en begäran om överprövning inkommit till domstolen. Svenska Pontonhamnar justerade då sitt yrkande till att även innebära att beslutet om att avbryta upphandlingarna skulle ogiltigförklaras. Förvaltningsrätten har därför först att pröva huruvida beslutet att avbryta upphandlingarna har baserats på sakligt godtagbara skäl eller om det ska ogiltigförklaras.

Sakligt godtagbara skäl

Kommunen har anfört att utvärderingsmodellen är utformad på ett sådant sätt som medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan antas. Det utgör visserligen ett sakligt godtagbart skäl enligt praxis, men kommunen har inte utvecklat på vilket sätt utvärderingsmodellen brister eller varför den medfört att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte skulle kunna antas. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen inte har visat att det funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna. Förvaltningsrätten ogiltigförklarar därför kommunens beslut att avbryta upphandlingarna.

Förvaltningsrätten har därefter att pröva Svenska Pontonhamnars yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingarna ska göras om med tillämpning av något av de ordinarie förfarandena, förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Svenska Pontonhamnars yrkande om att upphandlingarna ska göras om

Svenska Pontonhamnar har anfört att värdet av upphandlingen av flytbryggor kan beräknas uppgå till cirka 270 000 kr medan värdet av upphandlingen av 34 Y-bommar beräknas uppgå till cirka 110 000 kr. Det samlade kontraktsvärdet är således 380 000 kr exklusive mervärdesskatt. Vid beräkningen av värdet ska de båda upphandlingarna slås ihop vilket medför att det sammanlagda kontraktsvärdet överstiger värdegränsen för direktupphandling. De bör således genomföras i enlighet med något av de ordinarie förfarandena. Kommunen har i sin tur meddelat att kommunen avser att påbörja en ny upphandling genom ett förenklat förfarande när förvaltningsrätten har kommit till ett beslut.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det inte har funnits förutsättningar för kommunen att använda sig av direktupphandling. Med hänsyn härtill, och då det kan antas att klaganden genom kommunens agerande har riskerat att lida skada, ska bolagets begäran om överprövning bifallas. Eftersom felet härrör sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten kan vid ett bifall till en begäran om överprövning inte besluta annat än att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts enlighet med 16 kap. 6 § LOU. Svenska Pontonhamnars yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingarna ska göras om med tillämpning av något av de ordinarie förfarandena ska därför avvisas.

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



Elisabeth Lewin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU