



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Lena Palmér

**DOM**  
**2011 -11- 17**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 9632-11E

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011 -11- 18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SÖKANDE**

Yara Praxair AB, 556691-1342  
 Box 516  
 261 24 Landskrona

Ombud: Advokat Esa Kymäläinen och jur kand Mattias Pettersson  
 Danowsky & Partners Advokatbyrå KB  
 Box 16097  
 103 22 Stockholm

**MOTPART**

Region Skåne  
 291 89 Kristianstad

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse  
 före den 1 november 2011

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Yara Praxair AB:s ansökan.

**YRKANDEN M.M.**

Region Skåne genomför upphandling av gas till sjukvården (dnr 1002279). I tilldelningsbeslut den 2 september 2011 antogs Yara Praxair AB som leverantör då bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. AGA Gas AB begärde den 12 september 2011 överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten. Målet avskrevs med anledning av Region Skånes beslut den 29 september 2011 att avbryta upphandlingen. Som skäl för avbrytandet har Region Skåne angett bl.a. följande. Med anledning av AGA Gas AB:s begäran om överprövning av upphandlingen har Region Skåne uppmärksamats på en brist i det inkomna anbudet från Yara Praxair AB som innebär att anbudet inte uppfyller ställda skallkrav och därför ska uteslutas från upphandlingen. Av tre inkomna anbud uppfyller endast ett anbud skallkraven, varför en otillräcklig konkurrenssituation har uppstått. Region Skåne har därför beslutat att avbryta upphandlingen.

**Yara Praxair AB** begär överprövning och yrkar att avbrytandebeslutet ska ogiltigförklaras. Till grund för talan anføres bl.a. följande. Nedan angivna felaktigheter visar var för sig eller tillsammans att Region Skåne har åsidosatt grundläggande krav i LOU såsom kravet på likabehandling, transparens och proportionalitet. Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen strider mot LOU. Region Skåne hade ingen laglig möjlighet att avbryta upphandlingen till nackdel för Yara Praxair AB. Tilldelningsbeslutet var föremål för överprövning i förvaltningsrätten. Yara Praxair AB hade haft rätt att inträda som part i överprövningsmålet eftersom AGA:s talan innefattade ett yrkande om att Yara Praxair AB:s anbud skulle diskvalificeras. Vidare följer det av grundläggande förvaltningsrättsliga principer att beslutsmyndigheten är förhindrad att fatta nytt beslut, till nackdel för den enskilde, när det initiala beslutet är överklagat till högre instans. Bolagets talan bör bifallas redan på den grunden att gynnande beslut inte kan återkallas. Denna princip är väl förankrad i Högsta Förvaltningsdomstolens praxis. Vidare grundande Region Skånes tilldelningsbeslut av den 2 september 2011 berättigade förväntningar hos Yara Praxair AB. En-

lig EU-principen om berättigade förväntningar finns inget utrymme för Region Skåne att ändra tidigare ställningstaganden.

Yara Praxair AB:s anbud uppfyller skullkrav enligt punkt 5.4.3 i kravspecifikationen. Bolaget har angett ”Accepteras”. Region Skåne anger i avbrytande beslutet att Yara Praxair AB:s anbud inte uppfyller kravet eftersom efterfrågad timkostnad saknas. Påståendet är felaktigt. Innehållet i bolagets anbud är inte anmärkningsvärt eftersom bolaget regelmässigt inte betingar någon ersättning för efterfrågat arbete vilket även bekräftats för Region Skåne. Dessutom anser Yara Praxair AB att Region Skånes tolkning av skullkravet strider mot LOU:s grundläggande principer och därför inte kan upprätthållas. Kravet har också en apart och förvånande placering. Yara Praxair AB har på uttrycklig begäran av Region Skåne samt i överensstämmelse med 9 kap. 8 § LOU rättat, kompletterat eller förtydligat sitt anbud med avseende på nämnda krav före den initiala anbudsutvärderingen. Bolagets besvarande undanröjde alla tvivel om berörd timkostnad. Region Skånes åtgärd att ställa skriftliga frågor till bolaget skapade berättigade förväntningar hos bolaget att myndigheten utövade sin rätt att ge tillfälle till rättelse, komplettering eller förtydligande. Beslutet att diskvalificera bolaget strider mot proportionalitetsprincipen. Kravet i punkt 5.4.3 är besynnerligt eftersom den efterfrågade timkostnaden inte ligger till grund för Region Skånes utvärdering av priserna i inkomna anbud. Eftersom storleken eller nivån på timkostnaden inte tillmäts betydelse är den efterfrågade uppgiften av underordnad saklig betydelse. Den av Region Skåne efterfrågade timkostnaden i punkten 5.4.3 i kravspecifikationen utgör inte en faktor för rad 160 kolumn H i kravspecifikationens delavsnitt ”Priser”. Detta betyder att anbudets totalpriser inte beräknas med hänsyn till storleken på den aktuella timkostnaden. Yara Praxair AB hävdar att det av utvärderingsprotokollet jämfört med anbuderna från bolaget och AGA Gas framgår att timkostnaden inte utvärderats. Åberopade handlingar har därvid ingetts.

Vidare anförs att det saknas stöd för avbrytandet i förfrågningsunderlaget. Därtill kommer att konkurrenssituationen varit tillräcklig. Prisnivån i de tre inkomna anbudena talar för att god konkurrens föreligger. Den omständigheten att AGA:s anbud inte uppfyller skall-kraven i Kravspecifikationen utgör inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Prejudikatet RÅ 2008 ref. 35 ger inte stöd för att en upphandlande myndighet, under återopande av otillräcklig konkurrens, skulle kunna avbryta en upphandling vid tidpunkt och under förutsättningar som gällde vid Region Skånes beslut. Inte heller finns det stöd för avbrytandet i EU-praxis.

**Region Skåne** motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Region Skåne har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Yara Praxair AB har inte uppfyllt det skall-krav som angetts i punkt 4.3 flik 5 i kravspecifikationen. Region Skånes beslut att utesluta Yara Praxair AB är i överensstämmelse med LOU och övriga rättsprinciper.

Att frivillig rättelse och omprövning av tilldelningsbeslut kan ske framgår av Kamrarrättens i Sundsvalls dom i mål 621-06 samt Kamrarrätten i Stockholms dom i mål nr 3503-10. Någon skyldighet för Region Skåne att beakta den eventuella talerätt som Yara Praxair AB kan ha haft i en tidigare process i förvaltningsrätten finns inte. Såväl EU-domstolen som Högsta Förvaltningsdomstolen har angett att den omständigheten att endast en anbudsgivare har uppfyllt samtliga skall-krav utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Beslut i upphandlingar är inte att betrakta som myndighetsutövning. Det finns inte heller i förvaltningslagen några hinder mot att avbryta upphandlingen på sätt som gjorts.

Det aktuella skallkravet i kravspecifikationen punkt 4.3 lyder som följer:  
”Kostnad, angiven som löpande timkostnad skall anges för överföring till e-plattformen. (Vid anbudsutvärdering kommer en beräknad arbetsinsats om 40 arbetstimmar att användas vid beräkning av totalkostnad för anbudet)”. Yara

Praxair AB har i sitt anbud angett att kravet accepteras, men har inte angett någon timkostnad. Kravet på att timkostnad skall anges är tydligt, rimligt och kan inte missförstås. Kravet har uppmärksammats och setts av Yara Praxair AB, då det faktiskt har besvarats. Det aktuella kravet är i högsta grad av betydelse för Region Skånes utvärdering och det enligt skall-kravet angivna timpriset ska beaktas vid beräkning av totalkostnad för anbudet. Vid utvärdering kommer kostnaden för produkter att adderas med den kostnad för utbildning som anbudsgivarna angett under flik 5 punkten 4.3. Yara Praxair AB gör gällande att bolaget inte skulle ha diskvalificerats då det har haft rätt att göra sådant förtydligande eller sådan komplettering som skett. Yara Praxair AB har innan ”komplettering” skett inte angett någon timkostnad alls. Den som inte uppfyller ett skall-krav ska diskvalificeras. Det har inte varit tillåtet att göra en sådan ”komplettering” som Yara Praxair AB har gjort. Att efter det att anbudsstiden gått ut inkomma med en timkostnad på sätt som Yara Praxair AB gjort är att betrakta som en helt ny uppgift som inte konkretiserar tidigare lämnade uppgifter.

## DOMSKÄL

### **Bestämmelser m. m.**

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 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. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Det är således upphandlande myndighets agerande i frågor som regleras av LOU som är föremål för prövning. Frågor om en leverantör med stöd av annan lagstiftning kan ställa krav eller göra gällande rättigheter faller därmed utanför ramen för rättens prövning.

**Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål**

Yara Praxair AB gör gällande att Region Skåne har brutit mot LOU genom att ompröva tidigare meddelat tilldelningsbeslut och att avbryta upphandlingen.

Bolaget hävdar därvid att man uppfyller ställda skall-krav.

*Fråga om ingripande mot avbrytandebeslutet på grund av omprövning av meddelat tilldelningsbeslut*

Regeringsrätten uttalade i RÅ 2002 ref. 5 att ett beslut att anta någon som leverantör utgör ett internt kommunalt beslut som inte medför några rättigheter för leverantören eller förpliktelser för kommunen gentemot honom. Rättsfallet är i denna del alltjämt tillämpligt. Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet på eget initiativ kan rätta eller ompröva ett meddelat tilldelningsbeslut så länge som något kontrakt inte har slutits.

Förvaltningsrätten finner inte visat att Region Skåne genom att ompröva tidigare meddelat tilldelningsbeslut har tagit ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Vad Yara Praxair AB anfört och åberopat i denna del utgör inte grund för ingripande mot beslutet att avbryta upphandlingen.

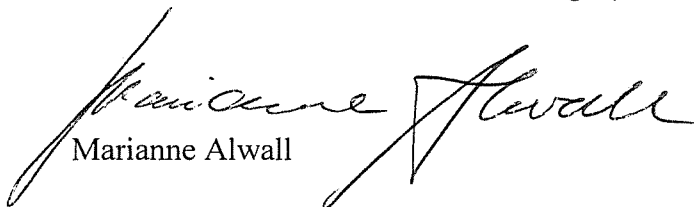
*Fråga om ingripande mot avbrytandebeslutet på grund av konkurrens-situationen m. m.*

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling, så som reglerna om proportionalitet och likabehandling. Ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling har i praxis ansetts vara att endast ett anbud återstår att utvärdera och att bristande konkurrens därför föreligger (RÅ 2008 ref.35).

Region Skåne har motiverat avbrytandebeslutet med att endast ett av tre inkomna anbud uppfyller skallkraven, varför en otillräcklig konkurrenssituation har uppstått. Yara Praxair AB gör gällande att bolagets anbud uppfyller kraven, att konkurrenssituationen har varit tillräcklig och att avbrytandet därför strider mot LOU. Yara Praxair AB:s anbud har förkastats på den grunden att bolaget inte uppfyllt skall-krav som angetts i punkt 4.3 flik 5 i kravspecifikationen eftersom någon timkostnad inte har angivits. Av förfrågningsunderlaget framgår att den aktuella timkostnaden ska ingå vid beräkning av anbudets totalsumma. Enligt Region Skåne är det aktuella kravet i högsta grad av betydelse för utvärderingen av anbuden. Det som Yara Praxair AB anfört om att det enligt utvärderingsprotokollet förhåller sig på annat sätt föranleder inte rätten att göra annan bedömning än att uppgift om timkostnad är ett med LOU förenligt skall-krav. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller ett sådant krav strider mot lagen. Yara Praxair AB gör gällande att bolaget inte skulle ha diskvalificerats då det har haft rätt att göra sådant förtydligande eller sådan komplettering som skett. Det som därvid - rent faktiskt - skett är att bolaget har inkommit med den i skall-kravet efterfrågade prisuppgiften. LOU tillåter emellertid inte att en anbudsgivare efter anbudstidens utgång tillför nya uppgifter för att på så vis uppfylla ställda skall-krav.

Förvaltningsrätten anser inte visat att Region Skåne i samband med prövningen och förkastandet av Yara Praxair AB:s anbud har tagit ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Därmed har det enligt rätten inte framkommit annat än att Region Skåne har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Yara Praxair AB:s ansökan om överprövning av beslutet ska därför avslås.

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

  
Marianne Alwall