



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
2012 -08- 3 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3941-12 E

SÖKANDE

Väla Mark & Trädgård AB, 556520-3550
 Gamla vägen 20 A
 254 68 Helsingborg

Ombud: Advokat Per Vestman
 Foyen Advokatfirma i Sverige KB
 Södergatan 15
 211 34 Malmö

Ombud: Charlotta Wälsäter
 Foyen Advokatfirma AB
 Södergatan 15
 211 34 Malmö

MOTPART

Bjuvs kommun
 Box 501
 267 25 Bjuv

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten upphäver Bjuvs kommuns beslut den 10 april 2012 att avbryta entreprenadupphandlingen av gata, park- och grönytor i Ekeby kommundel.

KONKURRENSVERKET	
2012 -03- 0 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Bjuvs kommun har genomfört entreprenadupphandling av gata, park- och grönytor i Ekeby kommunedel. I tilldelningsbeslut den 18 januari 2012 har Väla Mark & Trädgård AB tilldelats uppdraget. Bjuvs kommun har därefter, genom beslut den 10 april 2012, avbrutit upphandlingen. Som skäl för att avbryta upphandlingen har angetts att den överenskommelse om huruvida skötsel av gator och GC-vägar inom Ekeby kommunedel ingår i omfattningen inte har kunnat träffas samt svaret av Väla Mark & Trädgård AB om att erhålla ytterligare 475 000 kr årligen kan inte uppfattas som annat än ett sido- eller tilläggsanbud och det står därför i strid med förutsättningarna i kommunens ursprungliga förfrågningsunderlag.

Väla Mark & Trädgård AB (Väla) begär överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att det ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför de bland annat följande. Kommunen har inte haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Agerandet strider mot kravet på likabehandling och proportionalitet enligt LOU. Väla har som vinnande anbud lidit skada av kommunens agerande. Parterna har efter tilldelningsbeslutets meddelande haft diskussioner kring omfattningen av entreprenaden, det vill säga entreprenörens åtagande enligt förfrågningsunderlaget. Väla har inte på något sätt villkorat sitt anbud på ett sätt som kan uppfattas som en reservation. 475 000 kr är den uppskattade kostnaden för det utökade åtagandet som kommunen önskat få utfört i entreprenaden. Tilläggspriset har efterfrågats av kommunen när parternas meningsskiljaktigheter uppdagades. Kommunen har varit väl införstådd med att det var fråga om ett tillägsarbete som kunde uppkomma som en konsekvens av Välas tolkning av förfrågningsunderlaget. Kommunen kan inte ha uppfattat uppgiften som ett sido- eller tilläggsanbud, utan har insett att det varit fråga om ett tillägsarbete och inte ett orent anbud. Meningsskiljaktigheten kan inte utgöra legitimt skäl att avbryta upphandlingen. Några affärsmässiga skäl för avbrytandet finns

inte och det saknar förankring i praxis. Inget indikerar att övriga anbudsgivare har tolkat omfattningen av entreprenaden på olika sätt. Någon fel-skrivning har inte påståtts föreligga i förfrågningsunderlaget. Det saknar betydelse vem som har rätt eller fel beträffande entreprenadens omfattning i målet. I förfrågningsunderlaget saknas mängdförteckning över ytorna och objekten. Man får istället utläsa detta ur det i förfrågningsunderlaget till-handahållna kartor och ritningar. Vid möte med kommunen den 19 mars 2012 presenterade kommunen en karta över området. Väla påtalade då att det förelåg skillnader mellan den kartan och förfrågningsunderlaget. Väla presenterade vid möte den 4 april 2012 ett förslag på mängdreglering för gatmarkytor som inte var färgmarkerade på kartan i förfrågningsunderlaget, som innebar att dessa ytor omfattas mot en ersättning om 475 000 kr/år.

Bjuvs kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför följande. Omfattningen av entreprenaden är skriven på ett otvetydigt sätt i förfrågningsunderlaget, avsnitt AFA. 21. Omfattningen preciseras i AFA. 21 och den så kallade skötselplanen. Kartorna anger Ekeby kommundel och dess avgränsning. Kartorna kan rimligtvis inte anses överordnade beskrivningen i förfrågningsunderlaget och skötselplanen. Skälen till avbrytandet är tillräckligt sakliga enligt kommunen. Efter tilldelningsbeslut och före avtalsskrivning har tydliggjorts att Väla och kommunen inte har haft gemensam uppfattning om vad entreprenaden omfattar. Kommunen har inte haft någon anledning att tro att förfrågningsunderlaget var felaktigt. Ingen av de övriga anbudsgivarna har uppfattat förfrågningsunderlaget som Väla, utan tagit med gator och CG-vägar i sina anbud. Att kommunen och Väla visat sig ha olika uppfattning om entreprenadens omfattning kan möjligen innebära att det finns en oklarhet i förfrågningsunderlaget. Om Väla i efterhand tillåts kräva mer ersättning än vad som framgår av Välas anbud har anbudsgivarna inte behandlats lika. Väla har först efter tilldelningsbeslut ifrågasatt en av kartbilagorna. Någon förhand-

ling, diskussion eller tolkning av förfrågningsunderlaget har inte pågått, kommunen har endast meddelat sin ståndpunkt. Kommunen har under inga omständigheter varit införstådd med att Välas tilläggspris skulle betraktas som ett tilläggsarbete. Kommunens skrivning om tilläggsarbeten i förfrågningsunderlaget, avsnitt AFC. 23, är klar och otvetydig. Kommunen har inte haft anledning att begära in eller beställa någon form av tillägg. Oklarheterna när det gäller mängder m.m. är något som visar att underlaget kan uppfattas olika av anbudsgivarna och att det enda rätta är att avbryta och göra om upphandlingen. Det är inte meningsskiljaktigheten som ligger till grund för avbrytandet av upphandlingen utan det förhållandet att anbudsgivarna ska behandlas lika och underlaget har bevisligen uppfattats olika av Väla och övriga anbudsgivare. Tecknande av kontrakt enligt Välas krav på ersättning för skötsel av gator och GC-vägar skulle vara att betrakta som en väsentlig ändring och ett nytt avtal. Dessutom skulle kommunen göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling. – Bjuvs kommun har yrkat att målet ska avskrivas. Som grund har kommunen åberopat att giltighetstiden för anbuderna numera har gått ut och att kommunen inte har gått med på en förlängning av giltighetstiden.

DOMSKÄL

I frågan om en prövning inte bör ske och målet skrivas av enbart av den anledningen att giltighetstiden för anbuderna har gått ut, tar förvaltningsrätten som utgångspunkt att en upphandling inte är avslutad förrän avtal sluts mellan upphandlande myndighet och en leverantör (se 16 kap. 6 § andra stycket LOU) eller upphandlingsförfarandet avbrutits. I förevarande mål har upphandlingen avbrutits men denna fråga är dock föremål för prövning. Anbudens giltighetstid (som gällde till den 30 april 2012) hade inte gått ut vid tidpunkten för beslutet att avbryta upphandlingen (den 10 april) och heller inte vid ansökan om överprövning (den 19 april). En omständighet av betydelse i målet är också om meningsskiljaktigheterna mel-

lan Väla och Bjuvs kommun inför avtalstecknandet föranlett avbrytandet. Syftet med att avbryta av en sådan anledning skulle från en upphandlande myndighets sida kunna uppnås genom att giltighetstiden för anbudet går ut under en överprövningsprocess. Förvaltningsrätten ser inte skäl att skriva av målet enbart av det skälet att anbudens giltighetstid gått ut. Målet ska därmed prövas i sak.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva en upphandling på ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

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. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för avbrytandet (jfr. t.ex. RÅ 2009 ref. 43).

Enligt praxis har ett avbrytande av en upphandling godtagits t.ex. då fel/brister i förfrågningsunderlaget gjort att man inte har kunnat bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då anbudet varit högre än vad den upphandlande myndighetens budget tillät och vid bristande konkurrens då endast en lämplig anbudsgivare återstod i förfarandet.

Förvaltningsrätten kan i ett mål om avbrytande av upphandling endast besluta att det överprövade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras eller inte.

Vad förvaltningsrätten ska pröva i målet är således om kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 10 april 2012 att avbryta den aktuella upphandlingen.

Kommunen har motiverat avbrytandebeslutet med att överenskommelse om huruvida skötsel av gator och GC-vägar inom Ekeby kommundel ingår i omfattningen inte har kunnat träffas, svaret av Väla Mark & Trädgård AB om att erhålla ytterligare 475 000 kr årligen kan inte uppfattas som annat än ett sido- eller tilläggsanbud och det står därför i strid med förutsättningarna i kommunens ursprungliga förfrågningsunderlag. Kommunen har i målet förklarat att det inte är meningsskiljaktigheten som ligger till grund för avbrytandet av upphandlingen utan det förhållandet att anbudsgivarna ska behandlas lika och underlaget har bevisligen uppfattats olika av Väla och övriga anbudsgivare. Förvaltningsrätten kan först konstatera att Välas anbud ursprungligen har ansetts uppfylla samtliga ställda krav. Bolaget har också tilldelats uppdraget. Oavsett det nyss nämnda konstaterar förvaltningsrätten att kommunens påstående att meningsskiljaktigheterna i kommunens och Välas tolkning av entreprenadens omfattning möjligen kan visa på otydligheter i förfrågningsunderlaget, inte har stöd i några konkreta omständigheter. Förfrågningsunderlaget har varit av sådan beskaffenhet att det gått att utvärdera anbudena. Inte heller finns tillräckligt stöd för att övriga anbudsgivare har uppfattat kraven i förfrågningsunderlaget på sådant sätt att en likabehandling inte upprätthålls. Förvaltningsrätten finner därmed sammantaget och med hänsyn till hur avbrytandebeslutet utformats, att de skäl som kommunen anfört till stöd för avbrytandet av upphandlingen inte är sakligt godtagbara skäl. Beslutet om avbrytande strider därmed mot bestämmelserna i LOU och ska upphävas.

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


Madeleine Westberg



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. 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 uppgive 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 3109/1B LOU

