



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-04-19
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1394-13

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-04-22 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Air Liquide Gas AB, 556019-3764
Box 2911
212 09 Malmö

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

Ombud: Mikael Lindström
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och upphäver Landstinget i Östergötlands beslut den 20 februari 2013 att avbryta upphandlingen dnr UC-2012-122, Medicinska gaser.

Dok.Id 118725

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (landstinget) genomför en upphandling avseende medicinska gaser med dnr UC-2012-122 (upphandlingen). Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud kommit in. Genom tilldelningsbeslut som meddelades den 11 februari 2013 tilldelades Air Liquide Gas AB (bolaget) avtalet. Den 20 februari 2013 beslutade landstinget att avbryta upphandlingen med anledning av att det uppmärksammats att man, på ett otillåtet sätt, särbehandlat bolaget.

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten upphäver landstingets beslut att avbryta den aktuella upphandlingen.

Landstinget anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Under anbudstiden önskade bolaget få klarhet i vilken information som skulle lämnas i form av bilagor till landstinget avseende ett skall-krav i förfrågningsunderlaget. Vid kontakt med landstinget framkom att bolaget inte behövde lämna efterfrågad information då kravet avsåg information som var nödvändig för det fall vinnande leverantör skulle bli en annan än bolaget. Landstingets beslut att avbryta upphandlingen grundas inte på sakliga skäl. Bolaget har inte erhållit någon särbehandling på bekostnad av övriga anbudsgivare och har inte heller erhållit någon lätnad avseende de materiella kraven i upphandlingen. Att landstinget nyttjar sin kunskap om en redan existerande leverantörs utrustning är inte någon särbehandling, så länge inte de materiella kraven sänks för den befintliga leverantören och upprättshålls på en högre nivå för övriga anbudsgivare. Det aktuella kravet i punkt 3.3.7 i förfrågningsunderlaget är ett rent informativt krav och med-

för inte någon kvalitativ bedömning från landstingets sida och har ingen betydelse för utvärderingen av anbudet. Syftet med det aktuella kravet är att landstinget ska få information om utrustning som en eventuell ny leverantör tillhandahåller. Kravet innebär att bolaget såsom nuvarande leverantör inte behövt lämna information om utrustning då landstinget redan känner till denna. Något sakligt skäl att avbryta upphandlingen har inte förelagat eftersom den ursprungliga hanteringen inte varit behäftad med något rättsligt relevant fel. Det har varit fråga om ett formfel i hanteringen, men detta har inte inneburit någon skada för övriga anbudsgivare och ingen särbehandling till fördel för bolaget.

Landstinget

Landstinget har till bolaget uppgett att bolaget inte behövde bifoga den efterfrågade informationen i punkt 3.3.7 i förfrågningsunderlaget till sitt anbud. Efter att tilldelningsbeslut meddelats anbudsgivarna erhöll landstinget ett brev från en annan anbudsgivare. Denne påpekade att landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen dels genom att inte förkasta anbudet från det vinnande bolaget mot bakgrund av att det inte innehöll all kravställd information, dels genom att inte ha publicerat förtydligandet av vilken information som behövde bifogas anbudet till samtliga leverantörer.

Landstinget har med det aktuella skall-kravet avsett att efterfråga information som har relevans vid ett eventuellt byte av leverantör (och därmed utrustning). Det var inte fråga om enbart omställningskostnader utan även teknisk information om offererad utrustning och förutsättningar kring installation av sådan. Vad gäller utrustning från bolaget fanns redan denna information. Bedömningen var dock att den ordalydelse kravet fått inte tillräckligt tydligt visade att anbud som avsåg befintlig installation inte behövde innehålla den efterfrågade informationen. Landstinget bedömde därför att en leverantör som inte tilldelats avtalet skulle nå framgång med en ansökan om överprövning av innebörd att bolagets anbud inte uppfyllt

formkraven, dvs. krav om information i anbudet. Eftersom landstinget genom att ha upplyst bolaget, och endast bolaget, om att informationen inte behövde bifogas anbudet, ansåg landstinget att det vore mycket olyckligt om den leverantör som påtalat detta skulle vinna framgång med en ansökan om överprövning. Påföljden skulle bli att landstinget skulle tvingas förkasta bolagets anbud. Det lämpligaste sättet att hantera den uppkomna situationen var att avbryta upphandlingen och med ett förtydligat förfrågningsunderlag ge anbudsgivarna en möjlighet att komma in med anbud som inte kunde ifrågasättas.

En brist, bestående i att i förfrågningsunderlag kravställd men i anbud utelämnad anbudsinformation, borde kunna läkas genom den upphandlande myndighetens förkunskap, dvs. att de materiella kraven eller verkliga förhållandet styrde. Dessvärre är detta en typisk grund på vilken missnöjda anbudsgivare ansöker om överprövning och domstolsprövningarna ofta utfallit till den klagande anbudsgivarens fördel. Det kan ifrågasättas vilken verklig fördel en anbudsgivare har av att, oavsiktligt eller inte, till ett anbud inte bifoga, i vart fall lättillgänglig, information. Oavsett detta är landstingets uppfattning att gällande rätt inte tillåter att någon annan information än den som inhämtats genom en enskild upphandling beaktas vid anbudsprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (prop. 2006/07:128 s. 156).

Frågan i målet är om det funnits sakligt skäl för landstinget att avbryta upphandlingen på den av landstinget angivna grunden, dvs. att landstinget särbehandlat en av anbudsgivarna. Det är landstinget som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.


Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Exempel på när en upphandlande enhet har haft rätt att avbryta en upphandling är om det vid utvärdering har visat sig att enhetens budget för tjänsten skulle överskridas eller om det endast är en lämplig anbudsgivare som återstår. Möjligheten att kunna avbryta en upphandling är emellertid inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl, men en förutsättning är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte. Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande myndigheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som myndigheten begått vid sin förhandsprövning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har myndigheten ansetts ha rätt att avbryta upphandlingen (C-244/02, Kaupatalo Hansel, REG 2003, s. I-12139) (se RÅ 2009 ref. 43).

Av handlingarna framgår att bolaget är landstingets befintliga leverantör av medicinska gaser. Vidare framgår att bolaget efter förfrågan har fått svar från landstinget om att det inte behövde bifoga den information som efterfrågades i punkt 3.3.7 i förfrågningsunderlaget till sitt anbud, att svaret inte har publicerats samt att bolaget till sitt anbud inte har bifogat den i förfrågningsunderlaget efterfrågade informationen. Anledningen till detta ska ha varit att landstinget redan förfogade över den efterfrågade informationen gällande bolaget. Först efter att tilldelningsbeslutet meddelats och efter

påpekande från annan anbudsgivare valde landstinget att avbryta upphandlingen för att inte riskera att tvingas förkasta bolagets anbud.

Enligt förvaltningsrättens mening kan landstingets beslut att avbryta upphandlingen efter det att tilldelningsbeslut har meddelats inte anses vila på sakligt godtagbara skäl. Det har inte framkommit annat än att landstinget har haft möjlighet att vidta åtgärder i ett tidigare skede för att undvika uppkomsten av den omständighet som utgjort orsaken till avbrytandet. Landstinget har således inte visat att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas och landstingets beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas.

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



Frida Nordholm

Föredragande har varit Marion Kronberg.



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 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 3109/1D LOU