

KLAGANDE

Swedavia AB (tidigare Luftfartsverket), 556797-0818
190 45 Stockholm-Arlanda

Ombud:

Advokaten Olof Hallberg och jur.kand. Daniel Strandberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Nordic House Construction Aktiebolag, 556483-8968
Box 12037
102 21 Stockholm

Ombud:

Advokaten Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 10 juni 2010 i mål nr 1146-10,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom
områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till Swedavias överklagande upphäver kammarrätten
förvaltningsrättens dom.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Swedavia yrkar att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens dom och besluta att målet ska avskrivas från vidare handläggning då upphandlingen har avbrutits. I andra hand yrkas att Nordic House Construction AB:s ansökan om överprövning ska avslås. Swedavia åberopar samma omständigheter och grunder som i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. När en upphandling har avbrutits efter en ansökan om överprövning ska förvaltningsrätten avskriva målet då det inte finns någon upphandling att överpröva längre och då det inte är möjligt att döma till någon i LUF angiven rättsföljd vid en avbruten upphandling, jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 12 april 2010 i mål nr 218-10 och den 1 juni 2010 i mål nr 6092-09. Ett beslut att avskriva målet innebär inte i något avseende ett urholkande av leverantörens rätt till effektiva rättsmedel. Sedan RÅ 2005 ref. 62 tillhandahålls leverantörer den möjlighet att ansöka om överprövning av avbrytandebeslut som krävs genom EU-domstolens dom i mål C-92/00 HI. För upphandlingar som har påbörjats före den 15 juli 2010 är tiden för att ansöka om en sådan överprövning obegränsad. Bolaget har hänvisat till två andra kammarrättsdomar varigenom nya grunder under vissa förhållanden medgivits. Införandet av nya grunder är dock väsentligen något annat än det som utretts i ovan nämnda kammarrättsdomar och förändrar inte nödvändigtvis, i motsats till ett nytt yrkande, målet i sak. – I det uppkomna läget kan det inte ha varit otillåtet för Swedavia att avbryta upphandlingen och göra om densamma. I förevarande mål togs ett skall-krav bort helt så att upphandlingen minskade i omfattning. Enligt praxis ska justeringar av ställda skall-krav normalt anses som väsentliga och därför inte tillåtna, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 7 december 2004 i mål nr 3973-04, Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 februari 2008 i mål nr 2016-08 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-10. Det avsnitt av prop. 2001/02:142 s. 71-79 som det hänvisas till i Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Jönköping den 30 juni 2010 i mål nr 942-10 rör förutsättningarna för upphandlings avslutande. Av avsnittet framgår

tydligt att syftet med ett interimistiskt beslut är att förhindra att den upphandlande myndigheten tecknar upphandlingskontrakt och därigenom berövar klagande leverantör möjligheten till överprövning. Det finns inget i den nämnda propositionen som tyder på att regeringen därutöver haft för avsikt att hindra den upphandlande myndigheten från att avbryta en upphandling när så är ändamålsenligt att göra. Något berövande av leverantörs möjlighet till överprövning på grund av avbrytande är det härvid inte fråga om varför syftet med det interimistiska beslutet inte förfelas. Det vore orimligt om en upphandlande myndighet inte skulle ha möjlighet att avbryta en upphandling om det föreligger faktiskt godtagbara skäl för att avbryta när det finns ett interimistiskt beslut. Av processekonomiska skäl skulle en annan ordning leda helt fel. Att överpröva en upphandling som direkt efter att det interimistiska beslutet hävts kommer att avbrytas kan inte ha varit lagstiftarens mening.

Nordic House Construction Aktiebolag (bolaget) bestrider bifall till överklagandet. Bolaget hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Det finns inte något som hindrar att rätten prövar ett mål då den upphandling som är föremål för prövning har avbrutits, se Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 juni 2006 i mål nr 2670-06 och Kammarrätten i Stockholms dom den 13 januari 2009 i mål nr 7661-08. Något annat vore inte processekonomiskt. Vidare har Konkurrensverket i yttrande den 30 juni 2010 (avseende kammarrättens mål nr 942-10) uttalat sig för att rätten prövar en ansökan om överprövning i sak även om anbudens giltighetstid gått ut. Motsvarande intresse för leverantören att få sin talan prövad föreligger i en sådan situation som nu är för handen, då upphandlingen under pågående överprövning har avbrutits, oavsett anledningen till avbrytandet. Såväl EU-domstolen i mål C-92/00 HI som Regeringsrätten i RÅ 2005 ref. 62 slår fast att ett beslut att avbryta en upphandling måste bli föremål för prövning där domstolen har att pröva om beslutet är förenligt med samtliga gemenskapsrättsliga principer, till skillnad från Kammarrätten i Göteborg i domen den 12 april 2010, mål nr 218-10. Om Swedavias yr-

kande om avskrivning skulle bifallas innebär det att en upphandlande enhet kan genomföra en upphandling i strid med LUF och sedan, efter att upphandlingen överprövats, avbryta den för att undkomma risken att tvingas rätta upphandlingen på ett sätt som den upphandlande enheten inte föredrar. Att den skadelidande leverantören i en sådan situation måste ansöka om överprövning av avbrytandebeslutet inom ramen för ett nytt upphandlingsmål är både dyrt och tidskrävande för alla parter, jfr art 1 rådets direktiv 92/13/EEG. Om leverantören vinner en särskild process om avbrytandebeslutet måste han dessutom inleda en tredje process om överprövning, med samma sakinhåll som den första processen. Det mest processekonomiska är att avbrytandebeslutet prövas inom ramen för samma mål. Även lagstiftaren anser att en justering av yrkandena ska kunna ske inom ramen för ett pågående mål utan att detta måste avskrivas först för att sedan prövas igen inom ramen för en ny process. Detta framgår av prop. 2009/10:180 s. 172 och 174 där bl.a. följande anförs. Om en upphandlande myndighet eller enhet trots avtalsspärr, interimistiskt beslut eller motsvarande ingår avtal med en leverantör i strid med dessa bestämmelser när domstolsprövning inletts, föreslås att leverantören ska kunna ändra sin talan. Leverantören ska alltså medges möjlighet att justera yrkandet om överprövning av en upphandling till att yrka överprövning av avtalets giltighet. Fördelarna med en sådan ordning överväger nackdelarna när alternativet är att målet skrivs av från vidare handläggning. – Av 16 kap. 2 § LUF framgår att rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. I Konkurrensverkets ovan nämnda yttrande anförs följande. ”I enlighet med LOU finns det endast två sätt på vilka en upphandling kan avslutas; antingen tecknar den upphandlande myndigheten kontrakt med en eller flera leverantörer eller så beslutar myndigheten att avbryta upphandlingen. Ett sådant avbrytandebeslut kan sedan i sin tur bli föremål för rättens prövning efter ansökan av berörd leverantör. – I prop. 2001/02:142 uttalas att om rätten fattat ett interimistiskt beslut kan inte den upphandlande myndigheten avsluta upphandlingen. Först sedan rätten upphävt det interimistiska beslutet kan myndigheten avsluta upphandlingen.” Av verkets yttrande framgår tyd-

ligt att ett interimistiskt beslut innebär att upphandlingen som är föremål för beslutet inte får avslutas, varken genom att kontrakt tecknas eller att upphandlingen avbryts, innan något annat har beslutats. Ett interimistiskt beslut syftar till att hindra den upphandlande myndigheten från att teckna kontrakt i en upphandling. Swedavia har visserligen inte brutit mot det interimistiska beslutet genom att teckna kontrakt i upphandlingen. Däremot har Swedavia som en följd av avbrytandebeslutet i praktiken brutit mot det interimistiska beslutet. Swedavia har gått ut i en ny upphandling avseende samma tjänster och för samma område som upphandlingen avser. Den upphandlingen är enligt uppgifter från Swedavia avslutad. Enligt uppgift är också entreprenaden med Fönsterspecialisterna Norrland AB som kontrakterade leverantörer påbörjad. Även om bolaget vinner framgång med sin talan i kammarrätten innebär det att den praktiska möjligheten att tilldelas uppdrag inom ramavtalet i upphandlingen är obefintlig då Swedavia redan har en leverantör som utför entreprenaden i fråga. Genom att avbryta upphandlingen trots att interimistiskt beslut avseende densamma har förelegat har Swedavia således avskurit bolagets möjlighet att kunna utföra de tjänster som upphandlingen avser. Således är effekten av avbrytandebeslutet i kombination med den nya avslutade upphandlingen densamma som om Swedavia hade tecknat kontrakt i upphandlingen varför avbrytandebeslutet är ogiltigt. Swedavia har inte heller haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Ändringar måste ses i ljuset av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Om ändringarna inte innebär risk för särbehandling eller diskriminering av någon anbudsgivare samt förfrågningsunderlaget inte ändras på så sätt att det blir svårförståeligt och oförutsägbart är ändringar av förfrågningsunderlaget tillåtna. Det tydligaste exemplet på sådana tillåtna ändringar är frågor och svar under anbudstiden vilka kraftigt kan modifiera ett förfrågningsunderlag jämfört med dess ursprungliga utformning. I förevarande fall är förfrågningsunderlaget i upphandlingen korrekt och ändamålsenligt utformat. Att Swedavia insett att ett av de angivna förfarandena inte kommer att avropas innebär inte att hela förfrågningsunderlaget är förfelat. Att på denna grund avbryta

upphandlingen framstår som en uppenbar efterhandskonstruktion för att kunna anta den anbudsgivare Swedavia önskar.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En upphandlande enhet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att enheten, när den fattar ett sådant beslut, kan presentera sakliga skäl för beslutet och att enheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-244/02 Kauppatalo).

Kammarrätten anser att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger även om det meddelats ett interimistiskt beslut. Kammarrätten anser vidare att rätten i ett mål om överprövning av en upphandling i anledning av ett tilldelningsbeslut kan bedöma om ett avbrytandebeslut är sakligt grundat, d.v.s. om det är lagligt och förenligt med gemenskapsrätten, jfr kammarrättens dom den 17 februari 2009, mål nr 3226-08.

I LUF saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska utformas som bestämmelser om ändring av detsamma. En upphandlande enhet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett skall-krav bör dock normalt ses som en väsentlig förändring.

Av handlingarna i målet framgår att Swedavia har gjort en ändring i ett skall-krav i förfrågningsunderlaget och därefter avbrutit upphandlingen eftersom Swedavia har ansett att ändringen strider mot LUF och gemenskapsrättsliga principer. Kammarrätten finner att Swedavias ändring i skall-kravet är att bedöma som en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Av praxis följer att

upphandlingen i sådana fall ska göras om, jfr de av Swedavia i denna del åberopade kammarrättsdomarna. Vidare har Swedavia ansett att enheten i den uppkomna situationen riskerade att inte kunna anta det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga. EU-domstolen har i mål C-244/02 Kaupatalo funnit att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbuds-förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, 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 gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Kammarrätten finner med hänsyn till det anförda att Swedavia har haft saklig grund för att avbryta upphandlingen. Beslutet kan inte anses strida mot gemenskapsrättsliga regler. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Leif Alkman


Göran Mattsson


Annika Aula
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING

DOM
2010-06-10
Meddelad i Linköping

Mål nr
1146-10
Rotel 6

Arbetsgå 31

SÖKANDE

Nordic House Construction Aktiebolag, 556483-8968
Box 12037
102 21 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell, Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Luftfartsverket
601 79 Norrköping

Ombud: Advokat Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upphäver Luftfartsverkets beslut att avbryta upphandlingen avseende ramavtal för bullerisoleringsåtgärder Stockholm-Arlanda Airport (LFV 2009 – 004605).

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om, med uteslutande av anbud från Fönsterspecialisten Norrland AB/Valbo Fönsterteknik AB.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 5 februari 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 10277

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

YRKANDE M.M.

Luftfartsverket genomför en upphandling av ramavtal för bullerisoleringsåtgärder avseende Stockholm-Arlanda Airport (LFV 2009-004605). Vid upphandlingen tillämpas förenklat förfarande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas.

Genom tilldelningsbeslut den 29 januari 2010 har ramavtal tilldelats annan leverantör än Nordic House Construction Aktiebolag (Bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att Luftfartsverkets upphandling avseende bullerisoleringsåtgärder Stockholm - Arlanda Airport ska rättas på så sätt att LFV åläggs att göra om anbudsutvärderingen varvid vinnande anbud förkastas och bolaget tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen i dess helhet ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Det vinnande anbudet är ofullständigt och har därmed inte kunnat tas upp till prövning. Genom att felaktigt utvärdera och tilldela vinnande anbud kontrakt har Luftfartsverket brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 24 § LUF. Därtill har Luftfartsverket brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera och anta anbud som haft en otillbörlig konkurrensfördel och blivit särbehandlat i anbudsutvärderingen. – Luftfartsverket har brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att använda sig av ett förfrågningsunderlag som uppenbarligen brister i förutsebarhet och lämnar stort utrymme för subjektivitet och godtyckliga bedömningar av anbuden. Dessutom har anbudstiden varit orimligt kort i förhållande till upphandlingens storlek och värde. – Till följd av överträdelserna har bolaget lidit skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

LFV bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. I samband med anbudsutvärderingen gjorde LFV en korrigerig i förfrågningsunderlaget. Korrigeringen bestod i att ett av flera efterfrågade utföranden togs bort från förfrågningsunderlaget, till följd varav även kraven på anbudens innehåll förändrades. LFV gjorde bedömningen att upphandlingen ändå kunde fortsätta, varför utvärderingen av de anbud som kvalificerats enligt de korrigerade förutsättningarna fortlöpte. Sedan en av anbudsgivarna, efter det att LFV meddelat tilldelningsbeslut, ansökt om överprövning har LFV på nytt analyserat vilken påverkan korrigeringen av förfrågningsunderlaget kan ha haft på upphandlingen. LFV har därvid kommit fram till att det kan vara så att det finns leverantörer som, efter att ha tagit del av det ursprungliga förfrågningsunderlaget, valt att avstå från deltagande, men möjligen hade valt att delta enligt det sedermera korrigerade förfrågningsunderlaget. I den uppkomna situationen finns en risk för att leverantörer kan ha diskriminerats. Om upphandlingen skulle fortgå skulle det stå i strid med såväl LUF som de gemenskapsrättsliga principerna om framförallt objektivitet och likabehandling. LFV har därför beslutat att avbryta upphandlingen och avser att på nytt handla upp motsvarande tjänster.

Bolaget gemälar bl.a. följande

Bolaget justerar sina yrkanden enligt följande. I första hand yrkas att LFV:s beslut att avbryta upphandlingen ogiltigförklaras och upphävs. I andra hand yrkas att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse gjorts i form av en ny anbudsutvärdering, varvid anbud från Fönsterspecialisten Norrland AB och Fönsterteknik AB förkastas.

Beslutet att avbryta upphandlingen

LFV har i ett odaterat beslut, utan sakliga skäl, felaktigt och i strid med LUF, avbrutit upphandlingen. LFV:s agerande har medfört att Bolaget lidit

skada. Motiveringen är att LFV har gjort en korrigerings i förfrågningsunderlaget i samband med utvärderingen, varvid kraven på anbud förändrades genom att efterfrågade utföranden har tagits bort. Vad som har förändrats och på vilket sätt detta skett är oklart, varför Bolaget i nuläget inte ens kan bemöta de skäl LFV anför som grund för avbrytandet. Det framgår av fast rättspraxis att ett beslut att avbryta en upphandling kan överprövas och ogiltigförklaras av allmän förvaltningsdomstol. En upphandlande enhet får endast avbryta upphandlingar om det föreligger sakliga skäl för avbrytandet och det sker i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna. I praxis har ansetts att beslut att avbryta en upphandling endast är motiverat i särskilda fall och framförallt när det har angetts i förfrågningsunderlaget att upphandlingen kan komma att avbrytas under vissa omständigheter. Det är tydligt att en upphandling endast får avbrytas när det föreligger objektivt godtagbara skäl och dessa skäl typiskt sett inte ligger inom den upphandlande enhetens kontroll, eller innebär att enheten skulle bryta mot lag om upphandlingen fortskred. Bolaget bestrider att några korrigeringar har gjorts. Om korrigeringar i samband med utvärderingen har gjorts är detta i sådana fall en brist som inte påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede och som därmed inte heller ska leda till att upphandlingen avbryts (jfr. RÅ 2005 ref 47).

Brister i vinnande anbud

LFV har brutit mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 24 § LUF, genom att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. LFV har även brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera och anta anbud som dels har haft en otillbörlig konkurrensfördel och dels har blivit särbehandlat i anbudsutvärderingen. Bolaget har till följd av överträdelserna lidit skada. Skäl föreligger för förvaltningsrätten att förordna om upphävande eller ogiltigför-

klaring av beslutet att avbryta upphandlingen och därefter förordna om rättelse i enlighet med Bolagets yrkande.

LFV genmäler bl.a. följande.

Beslutet av avbryta upphandlingen

LFV bestrider Bolagets förstahandsyrkande. Då upphandlingen avbrutits ska målet i första hand skrivas av. För det fall förvaltningsrätten inte delar LFV:s uppfattning yrkas i andra hand att Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Det aktuella felet i förfrågningsunderlaget bestod i att mängdförteckningen i förfrågningsunderlaget innehöll ett utförande som kommit med av misstag. Detta utförande har LFV sedan tidigare haft dåliga erfarenheter av, då det visat sig att utförandet är förenat med många problem. Problemen har bl.a. bestått i att den yttre tilläggsrutan, som utgör bullerisolering av befintliga fönster, har lossnat och bullerisoleringen har fått göras om på annat sätt. Utförandet skulle aldrig ha varit ett alternativ i upphandlingen, och kommer heller inte att efterfrågas i kommande upphandlingar av bullerisoleringsåtgärder, varför LFV beslutade att i utvärderingsskedet ta bort aktuell prisbilaga i mängdförteckningen.

LFV gjorde vid tidpunkten för korrigeringen av förfrågningsunderlaget bedömningen att man kunde fullfölja upphandlingen. Vid en förnyad prövning kom dock LFV fram till att det kan vara så, att det finns leverantörer som efter att ha tagit del av det ursprungliga förfrågningsunderlaget, valt att avstå från ett deltagande i upphandlingen. Dessa potentiella leverantörer hade möjligen valt att delta i upphandlingen med det korrigerade förfrågningsunderlaget, varför LFV bedömde att risken att man i och med sitt förfarande agerat i strid med upphandlingsreglerna var överhängande. I mot-

sats till vad Bolaget anför är denna brist i upphandlingen att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, då LFV:s förfarande i sig innebär att förfrågningsunderlaget förändrades efter det att anbuderna lämnades in. Det är således inte fråga om fel som rör själva utvärderingen av anbuderna.

Att en upphandlande enhet har rätt att avbryta och göra om en upphandling om ett allvarligt fel upptäcks i förfrågningsunderlaget kan det inte råda något tvivel om. Kammarrätten i Jönköping har funnit att ett avbrytande kan ske fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger (Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 3226-08). Något upphandlingskontrakt har inte tecknats mellan LFV och vinnande anbudsgivare, varför rätt att avbryta upphandlingen föreligger. Som Bolaget anför måste dock ett avbrytandebeslut vara sakligt grundat. Bolagets redogörelse för de olika grunder som i praxis ansetts utgöra sakliga skäl är emellertid inte fullständig (jfr. Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 1498-06). Bolagets påstående om att LFV skulle vara förhindrat att avbryta upphandlingen på sätt som nu skett är felaktigt och vilar på ett underrättsavgörande som inte nöjaktigt redovisar skälen för sitt ställningstagande. Dessutom är det LFV:s uppfattning att de bakomliggande förutsättningarna i målen är långt ifrån så identiska som Bolaget gör gällande, då felet i förevarande upphandling upptäcktes och korrigerades innan utvärderingen skedde och tilldelningsbeslut meddelades. I det åberopade underrättsavgörandet var det först sedan beslut om tilldelning meddelats och en anbudsgivare ansökt om överprövning som fel och brister i förfrågningsunderlaget uppmärksammades. Den upphandlande enheten motiverade då sitt avbrytandebeslut med att man, på grund av bristerna i förfrågningsunderlaget, var förhindrad att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I förevarande fall är det risken för att förändringen av förfrågningsunderlaget utgör ett allvarligt brott mot såväl LUF som de gemenskapsrättsliga principerna om framförallt objektivitet och likabehandling som föranlett avbrytandebeslutet. Sammantaget

innebär detta att förvaltningsrätten vid sin bedömning av huruvida LFV har haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen ska bortse från nämnda underrettsavgörande.

Det förhållande att LFV i ett senare skede i upphandlingen bedömde att den genomförda korrigeringen var av sådan art att upphandlingen måste avbrytas och göras om, kan under inga omständigheter innebära att LFV försummat sin rätt att avbryta upphandlingen på grund av felet. Felet är att hänföra till förfrågningsunderlaget som sådant och inte, som Bolaget synes göra gällande, ett fel vid utvärderingen. Det enda korrekta förfarandet är således att upphandlingen avbryts och görs om, något annat skulle strida mot såväl den gemenskapsrättsliga principen om transparens som bestämmelserna i LUF. Av tids- samt processekonomiska skäl tog därför LFV beslutet att självmant nyttja sin rätt att avbryta upphandlingen och göra om densamma. Avbrytandebeslutet är därmed grundat på sakliga skäl och utgör inte grund för att ogiltigförklara förfarandet.

För det fall förvaltningsrätten anser att korrigeringen av kravet inte har utgjort ett brott mot LUF, kan naturligtvis inte heller Bolagets ansökan om överprövning bifallas. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att felet är väsentligt, men att LFV ändå inte haft möjlighet att avbryta upphandlingen på den grunden, är detta emellertid ett sådant fel som innebär att upphandlingen måste göras om. Korrigeringen av kravet riktar sig i sådant fall mot alla anbudsgivare och presumtiva leverantörer, och felet är därmed hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. En rättelse är således i sådant fall inte tillfyllest.

Skada

Bolaget har endast anfört att det lidit skada till följd av att det vinnande anbudet inte förkastades. Påståendet bygger på att kraven i förfrågningsun-

derlaget varit oförändrade. Så är emellertid inte fallet. Skadan skulle, såvitt LFV förstår, bestå i att det vinnande anbudet inte skulle ha utvärderats och att Bolagets anbud skulle ha antagits istället. Det vinnande anbudet har dock utvärderats i förhållande till det justerade kravet. Någon skada som är direkt hänförlig till själva korrigeringen av kravet har emellertid inte ens påståtts föreligga.

Bolaget genmäler i huvudsak följande.

Beslutet att avbryta upphandlingen

Det är riktigt att Kammarrätten i Jönköping i mål nr 3226-08 fann att en upphandling kan avbrytas fram till dess att upphandlingskontrakt föreligger. Detta förutsätter dock enligt kammarrätten att sakliga skäl för avbrytandet föreligger. Kammarrätten har således inte stadgat en generell rätt för upphandlande enheter att godtyckligt avbryta upphandlingar innan kontrakt föreligger. Dessutom fann kammarrätten att avbrytandebeslutet var korrekt eftersom ett eller inget anbud kvarstod vid utvärderingen, vilket innebar att konkurrensen på marknaden inte kunde utnyttjas. Det av LFV åberopade målet har därför ingen relevans för förevarande prövning.

Inte heller är Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 1498-06 av intresse i förevarande mål. Länsrätten, vars dom kammarrätten fastställde, fann att avbrytandebeslutet var försvarbart eftersom länsrätten drygt en månad tidigare i en annan process hade förordnat att upphandlingen skulle göras om. När en leverantör begärde överprövning av länsrättsdomen till kammarrätten, avbröt den upphandlande enheten upphandlingen, eftersom det rörde sig om en styr- och övervakningsentreprenad som var avgörande för patient- och driftsäkerheten på ett sjukhus och att det därför inte fanns tid att dröja med utbytet av entreprenaden. Eftersom det redan förelåg en dom som innebar att upphandlingen skulle göras om, samt med hänsyn till den

särskilda tidsbristen, var avbrytandet grundat på sakliga skäl. Det var således fråga om exceptionella omständigheter i det aktuella målet. Samma brådskasom gäller för produkter av avgörande vikt på lasarett, föreligger inte i förevarande fall och den av LFV åberopade domen kan därför inte tillmätas betydelse i här aktuellt mål.

För det fall LFV skulle vilja snabba på sin upphandling och ingå kontrakt snarast möjligt vore det bästa förslaget att LFV gör på sätt som Bolaget yrkar i andra hand, d v s att i en ny utvärdering förkasta anbudet från vinnande anbudsgivare och anta anbudet från Bolaget.

Bolaget bestrider att Länsrättens i Kalmar län dom i mål nr 757-09 inte skulle vara relevant av den anledningen att LFV upptäckt och korrigerat det påstådda felet innan utvärderingen skedde och tilldelningsbeslut meddelats. Dock har LFV uppenbarligen inte ansett att korrigeringen utgjorde grund för avbrytande vid tiden för utvärderingen. Det är således först nu, i samband med överprövningen, som LFV gör gällande detta fel och anser att det utgör grund för ett avbrytande. Detta är inte ett sakligt skäl för avbrytande.

Att en del i prisutvärderingen tas bort drabbar alla anbudsgivare och anbudlika. Likabehandlingsprincipen är därmed till fullo tillgodosedd. Av de administrativa föreskrifterna framgår att upphandlingen är en ramavtalsupphandling. Vidare framgår att LFV inte garanterar några volymer. Det har således stått LFV fritt att avgöra vilka av de offererade förfarandena som ska avropas och i vilken omfattning. Om LFV efter det att upphandlingen påbörjats kommit fram till att det inte finns behov av förfarandet avseende tilläggsruta, hade LFV helt enkelt kunnat låta bli att avropa förfarandet under ramavtalets löptid. Det är just det som är avsikten med ramavtalsupphandlingar. Det bestrids därför att aktuellt förfarande är att betrakta som ett fel i förfrågningsunderlaget och framförallt inte ett allvarligt fel.

Det kan därför inte finnas risk för att potentiella leverantörer har lidit skada. Vidare är förfarandet endast ett av totalt sjutton efterfrågade förfaranden. Liksom LFV tidigare självt bedömt utgör förfarandet i fråga en så pass liten del av den totala upphandlingen, att det varit av oväsentlig betydelse. De anbudsgivare som normalt lämnar anbud i upphandlingar som den här aktuella har också gjort det. Vidare kan samtliga aktörer på marknaden, såvitt Bolaget erfar, utföra isoleringsarbeten med tilläggsruta såväl som andra alternativa metoder. Förfarandet har därför inte varit av betydelse för de anbudsgivare som lämnat anbud. Det framstår därför som högst osannolikt att en leverantör på marknaden har låtit bli att offerera anbud med hänvisning till att förfarandet efterfrågades som ett av totalt sjutton förfaranden. Det är dessutom uppenbart att även LFV inser detta. Det föreligger således ingen risk att det faktum att LFV har insett att det inte finns behov av arbeten avseende tilläggsruta, har inneburit ett brott mot principerna om objektivitet och likabehandling eller någon annan av de grundläggande principerna i LUF. Avbrytandebeslutet framstår som en efterhandskonstruktion efter det att LFV insett att det finns risk för att myndigheten inte får välja den anbudsgivare som föredras. Beslutet är således inte grundat på sakliga skäl.

LFV genmäler bl.a. följande.

Beslutet att avbryta upphandlingen

Bolaget menar att LFV helt enkelt skulle kunna låta bli att avropa det felaktiga utförandet under avtalets löptid. Bolaget synes därigenom mena att LFV medvetet borde ha kvalificerat och utvärderat inkomna anbud i enlighet med ett förfrågningsunderlag som inte speglade det behov som LFV har. Ett sådant förfarande är naturligtvis inte acceptabelt, eftersom det skulle riskera att diskvalificera anbud som hade kunnat utföra det för LFV ekonomiskt mest fördelaktiga. Det kan dessutom, oavsett Bolagets inställning

härtill, inte uteslutas att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud på grund av det felaktigt uppställda kravet i förfrågningsunderlaget. Bolagets resonemang är märkligt, eftersom det å ena sidan påstås att felet är så gravt att den vinnande anbudsgivaren skulle ha diskvalificerats och å andra sidan så marginellt, att det inte skulle ha påverkat utvärderingen. LFV skulle, enligt Bolaget, följa förfrågningsunderlaget vid avtalstecknandet, skriva in det felaktigt efterfrågade utförandet och sedan avstå från att avropa det.

Bolaget gemämler bl.a. följande.

LFV anför att anbud som hade kunnat vara det ekonomiskt mest fördelaktiga riskerat att diskvalificeras om upphandlingen inte avbrutits. Påståendet stämmer endast vad gäller det vinnande anbudet, eftersom anbudsgivaren inte uppfyllt skall-kravet avseende ifyllnad av prislistan och därmed felaktigt tagits upp till utvärdering. Om LFV rätteligen hade diskvalificerat det vinnande anbudet, hade LFV fortfarande haft flera andra fullgoda anbud som uppfyllde samtliga krav och som säkerställde att konkurrensen i upphandlingen tillgodosetts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagtext m.m.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 12 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. – Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då

det finns ett avtal om upphandlingen. – Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 16 kap. 2 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

I målet C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553) anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschultz (REG 1999, s. I-5697) att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling föreligger endast i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (punkt 40). I målet fann domstolen vidare att de upphandlande enheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47). Vidare uttalade domstolen att den överprövning som ska göras inte får begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64).

Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref. 35 konstaterat att det saknas klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling.

Förfrågningsunderlaget m.m.

I punkten AFB.31 – *Anbuds form och innehåll* i de administrativa föreskrifterna anges att varje anbud ska innehålla redovisning av bl.a. å-priser och procentsats enligt anbudsformulär. Ej redovisade uppgifter medför att anbudet inte klarar kvalificeringen och att det inte tas upp till utvärdering.

Av punkten 1 i anbudsformuläret framgår att priserna baseras på en mängdförteckning, som anges i punkten AFB.22 - 5.1.

Av tilldelningsbeslutet fogad utvärderingsrapport framgår att Bolaget tilldelats näst högsta totalpoäng (70,0) av kvalificerade anbudsgivare.

Förvaltningsrättens bedömning.

Beslutet att avbryta upphandlingen

Förvaltningsrätten har först att bedöma om det funnits förutsättningar för LFV att avbryta upphandlingen på angiven grund.

LFV har i ett odaterat beslut avbrutit aktuell upphandling. Som skäl härför angavs att det ursprungliga förfrågningsunderlaget innehöll ett krav om ett utförande som inte efterfrågades av LFV på grund av tidigare tekniska problem och som därför togs bort innan utvärderingsfasen. LFV valde i det skedet att låta upphandlingen fortgå. LFV gjorde emellertid senare, efter det att Bolaget ansökt om överprövning, bedömningen att det skulle strida mot gemenskapsrättsliga principer om upphandlingen slutfördes, varefter avbrytandebeslutet togs.

Bolaget har anfört att LFV inte har haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Vidare har anförts att aktuell upphandling rör ramavtal och att LFV därför kunnat teckna avtal med leverantör för att sedan välja att inte avropa det aktuella utförandet. LFV har häremot genmält att det skulle strida mot gemenskapsrättsliga principer att teckna avtal utifrån ett felaktigt förfrågningsunderlag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det för att avbryta en upphandling krävs sakligt godtagbara skäl. Vidare måste ett sådant beslut stå i överensstämmelse med de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna. Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats.

I förevarande mål har LFV valt att ta bort ett av totalt sju efterfrågade utföranden i förfrågningsunderlaget. Korrigeringen, som innebar att á-

prislisans bilaga 8 togs bort, gjordes efter anbudstidens utgång och i samband med utvärderingen. Såvitt framkommit kommunicerades inte korrigeringen med anbudsgivarna.

Mot bakgrund av vad som framkommit om den ändring i förfrågningsunderlaget som LFV företagit och med hänsyn till att upphandlingen rör ramavtal, kan korrigeringen inte antas ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede mer än i marginell utsträckning. LFV beslut att avbryta upphandlingen kan därför inte anses ha vilat på sakligt godtagbara skäl.

Åberopade brister i upphandlingen

I målet är ostridigt att vinnande anbudsgivare inte redovisat prisuppgifter i å-prislisans bilaga 8. Vid tiden för anbudstidens utgång uppfyllde således inte vinnande anbudsgivare samtliga uppställda krav under punkten *AFB.31 – Anbuds form och innehåll* i de administrativa föreskrifterna. Anbudet skulle därför inte ha utvärderats.

Det förhållande att LFV ändå utvärderat det vinnande anbudet innebär en överträdelse av LUF samt de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Bolaget, som vid utvärderingen tilldelats näst högst totalpoäng, har härigenom lidit skada.

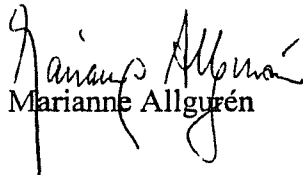
Då Bolaget förmått visa att LFV brustit i upphandlingsförfarandet samt att Bolaget har lidit eller riskerat att lida skada föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUF. De med gemenskapsrätten och LUF icke förenliga åtgärder som LFV vidtagit kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Bristen är av sådan art att rättelse måste anses vara lämplig åtgärd. Upphandlingen ska därför rättas, på så

sätt att utvärderingen görs om, med uteslutande av anbud från Fönsterspecialisten Norrland AB/Valbo Fönsterteknik AB.

Bolagets talan ska således bifallas i enlighet härmed.

Vid en sådan bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva Bolagets övriga åberopade grunder för ansökan om överprövning.

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


Marianne Allguren

Föredragande har varit Henrik Lindblom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.