



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2018-04-20

Meddelad i Stockholm

Mål nr

1285-18

1

SÖKANDE

Stockholms Stadsbyggare entreprenad AB, 556586-5606
Telegramvägen 46 B
132 35 Saltsjö-Boo

Ombud: Jur.kand Mikael Ekelund och jur.kand Nicklas Liljegren
Liljegren & Ekelund Fastighetsjuridik AB
Box 24041
104 50 Stockholm

MOTPARTER

1. Tyresö Bostäder AB, 556482-8787
Box 235
135 27 Tyresö

2. Tyresö kommun, 212000-0092
135 81 Tyresö

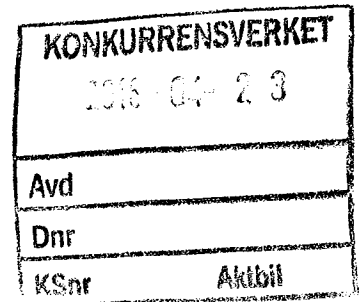
Ombud för 1 och 2: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 954871

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun och Tyresö Bostäder AB (Tyresö) påbörjade en upphandling av ramavtal för byggtjänster (dnr 2017/KSUH 0144) genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 29 december 2017 beslutade Tyresö att teckna avtal med bl.a. Stockholms Stadsbyggare entreprenad AB. Genom beslut den 9 januari 2018 beslutade Tyresö att avbryta upphandlingen.

Stockholms Stadsbyggare entreprenad AB (bolaget) ansöker nu om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att avbrytandebeslutet ska upphävas.

Bolaget anför bl.a. följande. Avbrytandebeslutet har inte baserats på sakligt godtagbara skäl och bolaget har därigenom lidit eller riskerat att lida skada. Det är visserligen eftersträvansvärt att upphandlande myndigheter utformar upphandlingsdokumenten så tydligt som möjligt. Den sortens ambitioner torde dock kunna tillgodoses genom att man vid utformningen av upphandlingsunderlag tar hänsyn till inkomna synpunkter och kritik. Bedömningen av om fel i upphandlingsdokumenten är av sådan karaktär att det finns sakligt godtagbara skäl bör utgå från upphandlingsdokumenten som sådana och hur de uppfattas av en normalt omsorgsfull leverantör, inte utifrån hur de har uppfattats av en enstaka leverantör. Att en upphandlande myndighet i efterhand inser att en anbudsgivare inte har förstått upphandlingsdokumenten, trots att de har upprättats i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna, kan inte anses vara ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Bedömningen blir i annat fall subjektiv och leder till att en upphandlande myndighet kan tillåtas avbryta en upphandling så snart och enbart av skälet att en leverantör påstår sig ha missuppfattat upphandlingsdokumenten. En så extensiv tolkning av vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för avbrytande riskerar att få orimliga

konsekvenser och leder dessutom till en betydande osäkerhet för den vinnande leverantören i upphandlingen.

Det kan konstateras att Tyresö med anledning av fråga 14 som ställdes i Frågor och Svar i upphandlingen angående den prismodell som användes i upphandlingen, rimligen bör ha uppmärksamats på att upphandlingsdokumenten inte var tillräckligt tydliga för att leva upp till Tyresös höga ambitioner i det avseendet. Det får därför förväntas att frågan besvarats på ett sådant sätt att eventuella otydligheter kring prismodellens tillämpning klargjorts. Svaret på frågan är tydligt och kan inte rimligen misstolkas. Det bör således ha varit uppenbart för samtliga anbudsgivare i upphandlingen att höga procentpåslag skulle komma att resultera i ett högre anbudspris oavsett den aktuella prisbilagens utformning. Beaktat att Tyresö inte ansåg det nödvändigt att förtydliga frågan ytterligare får förutsättas att också Tyresö var av uppfattningen att frågan besvarats på ett tydligt sätt. I sammanhanget ska noteras att 12 av 16 anbudsgivare har angett ett procentpåslag om mellan noll och sju procent. Fördelningen talar med tydlighet för att anbudsgivarna har lämnat det procentpåslag de faktiskt har räknat med att kunna ta ut vid leverans. Det är uppenbart att ett högt prispåslag på material är en omständighet som gör anbudet mindre attraktivt för vilken beställare som helst. Påslaget ska ju betalas av beställaren.

Ett avbrytande av upphandlingen på angivna skäl lämnar ett uppenbart utrymme för den upphandlande myndighetens godtycke och kan inte vara förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna. Det är uppenbart att det verkliga skälet till att upphandlingen avbröts är att Tyresö, av något skäl, vill undvika ett överklagande av upphandlingen och därför vill göra om den. Ett sådant förfarande av Tyresö skulle förmodligen vara sakligt godtagbart om det funnits något fel i underlaget som gjort att upphandlingen stridit mot LOU. Det gör det emellertid inte i det här fallet – något som parterna är ense om. Det faktum att Tyresö har för avsikt att inom kort påbörja en ny

upphandling saknar helt relevans i förhållande till frågan om avbrytandebeslutets förenlighet med LOU.

Tyresö anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Efter fattat tilldelningsbeslut i upphandlingen ansökte en anbudsgivare om överprövning av upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 482-18). Till följd av den ansökan om överprövning blev det tydligt att anbudsgivare missuppfattat prisbilagan i upphandlingen. Även om förutsättningarna för upphandlingen varit tillräckligt tydliga för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör skulle begripa upphandlingsdokumenten, kan det konstateras att det ändå uppkommit missförstånd eftersom minst en anbudsgivare missuppfattat dokumenten. Den betydande osäkerheten om hur andra anbudsgivare kan ha uppfattat underlaget är även det en faktor av betydelse. Den omständigheten att flera anbudsgivare offererat maximalt procentuellt påslag för material (åtta procent) utgör en indikation på att fler anbudsgivare missuppfattat upphandlingsdokumenten.

Tyresös målsättning är högre än att enbart tillämpa upphandlingsdokument som efter domstolsprövning kan anses "tillräckligt tydliga" för att inte bryta mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. I stället är inställningen att samtliga intresserade leverantörer ska få lika och rättvisa möjligheter att delta i och vinna upphandlingar som genomförs. I detta ligger att upphandlingsdokumenten ska kunna förstås även av ovana anbudsgivare. Det är även ett led i målsättningen att skapa ett hållbart företagarklimat, och något som underlättar för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

I syfte att skapa ett gott företagarklimat och en god hushållning med offentliga medel är det centralt att samtliga intresserade leverantörer ges goda förutsättningar att delta, oavsett leverantörens vana av att delta i

offentliga upphandlingar (vilket stundtals kan vara komplicerat för ovana anbudsgivare). Med anledning av den höga målsättningen, och mot bakgrund av att anbudsgivare har missförstått prismodellen i upphandlingen, kan konstateras att upphandlingen potentiellt inte har uppsökt all tillgänglig konkurrens på bästa sätt, samt att det finns en risk för att prismodellen som sådan skulle kunna anses strida mot transparensprincipen. I vart fall kan det konstateras att den kunnat missförstås och de facto har missförståtts. Det har därmed förelegat sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Upphandlingen har inte avbrutits i syfte att gynna eller missgynna någon leverantör, utan för att möjliggöra en ny upphandling med tydligare förutsättningar för anbudsgivning för samtliga potentiella anbudsgivare.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Förvaltningsrätten har att pröva om Tyresö har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Det finns inte någon bestämmelse i LOU som reglerar när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av såväl EU-rättslig som nationell praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40–41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål

C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkt 23 och 25). Myndigheten får anses ha ett stort utrymme för att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se RÅ 2009 ref. 43). Sakliga skäl att avbryta en upphandling kan bestå i att den upphandlande myndigheten inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel), omständigheten att endast ett anbud återstår, d.v.s. bristande konkurrens (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz och RÅ 2008 ref. 35) eller för dyra anbud (RÅ 2009 ref. 43).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I det här fallet menar Tyresö att prismodellen inte är tillräckligt tydlig och att det därmed finns en risk för att den strider mot transparensprincipen. Vidare anför Tyresö att utformningen av prismodellen medfört en risk för att konkurrensen inte har kunnat tillvaratas.

Av prismodellen som använts i upphandlingen framgick att anbudsgivaren skulle ange timpris samt procentpåslag för material som inte fick understiga noll procent och/eller överstiga åtta procent. Under upphandlingen gavs tillfälle att ställa frågor och det framkom då att prismatrisen inte korrigerade jämförelsepriset oavsett procentpåslag för material. Tyresö förtydligade därefter att timpriser och procentpåslag skulle summeras vid anbudsutvärderingen. I tilldelningsbeslutet angavs att materialprocentpåslaget hade dragits av från anbudssumman och då

resulterat i en ny jämförelsesumma. Anbudsgivaren med den lägsta jämförelsesumman lämnade det vinnande anbudet.

Mot bakgrund av ovanstående kan konstateras att det i prismodellen inte förtydligats hur procentpåslaget skulle hanteras vid anbudsutvärderingen, vilket dock framgår av tilldelningsbeslutet. Enligt förvaltningsrätten har det således funnits en risk för att anbudsgivare missuppfattat prismodellen och detta har även i praktiken skett. Tyresö har uppgett att man hade kunnat lämna ett tydligare och utförligare svar på fråga 14 i Frågor och Svar än vad man i praktiken gjorde och att flera anbudsgivare offererat maximalt materialprocentpåslag, vilket indikerar att det har funnits en osäkerhet kring hur prismodellen skulle uppfattas. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta detta. Förvaltningsrätten bedömer att den använda prismodellen har brustit i tydlighet och transparens och att dessa otydligheter medfört en risk för att konkurrensen inte kunnat tillvaratas på bästa sätt. Det har därför förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Catharina Nordler
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Lisa Ljunggren har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

