

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-03-16
Meddelad i
LuleåMål nr
2179-15**SÖKANDE**Office i Kiruna AB, 556487-8543
Kyrkogatan 29
981 37 KirunaOmbud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm**MOTPART**Kiruna kommun
981 85 Kiruna**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 69881

Postadress
Box 849
971 26 Luleå**Besöksadress**
Skeppsbrogatan 43**Telefon**
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se**Telefax**
0920-22 04 59**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kiruna kommun (kommunen) genomförde upphandling (öppet förfarande) av möbler och inredning till nytt vård- och omsorgsboende, ref. nr. 2015-008.

Tre anbud kom in, var av ett från Office i Kiruna AB (Office). Enligt tilldelningsbeslut den 20 april 2015 antog kommunen Malmfältens Inredningar AB:s (MIAB) anbud. Anbudet från Input Interiör Nord AB (Input) kom på andra plats och anbudet från Office på tredje plats.

Office ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny utvärdering genomfördes.

Förvaltningsrätten avslag Offices ansökan om överprövning i dom meddelad den 4 september 2015, mål nr. 803-15.

Office överklagade förvaltningsrättens avgörande till Kammarrätten i Sundsvall.

Kommunen beslutade den 23 oktober 2015 att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades sammanfattningsvis enligt följande.

Man planerar att öppna det nybyggda vård- och omsorgsboendet Movägen 28 vid årsskiftet 2015-2016 och inflyttningen är planerad att kunna påbörjas senast den 11 januari 2016. Det nyöppnade boendet ska bland annat ersätta tre andra och mindre särskilda boenden för äldre. De boenden som ersätts ska göras om till andra boendeformer.

Tidigare var de tilltänkta för student- och/eller ungdomslägenheter men det växande antalet asylsökande och de ensamkommande barnen och ungdo-

marna i Sverige i allmänhet och Kiruna i synnerhet har gjort att behovet av dessa boendeformer vuxit markant. Denna utveckling i omvärlden och dessa förändringar i socialförvaltningens uppdrag har inte kunnat förutses.

Överprövningsprocessen har i nuläget tagit ett halvt år och kommunen kan inte bedöma hur lång tid kammarrättens fortsatta handläggning kan komma att ta i anspråk. Kommunen bedömer dock att ytterligare försening kommer att innebära allvarliga konsekvenser, dels för socialförvaltningens verksamheter och dels för personer med beviljade beslut om särskilt boende som drabbas. Kommunen riskerar därutöver att åläggas viten för att inte ha verkställt fattade placeringsbeslut.

I det fall kammarrätten beslutar i enlighet med Offices yrkanden innebär detta att endast anbudet med det högsta priset återstår. Konsekvensen av detta skulle bli att upphandlingen avbryts på grund av bristande konkurrens, detta i så fall i ett ännu senare skede med ytterligare försening som följd.

Behovet av möbler och inredning till det nya äldreboendet kan tillgodoses på annat sätt.

Kommunen beslutar att avbryta upphandlingen på grund av två skäl. Det första är oförutsedda händelser i omvärlden som lett till ändrade förutsättningar i socialförvaltningens verksamhet. Det andra är otydligt formulerade kvalificeringskrav.

Kammarrätten i Sundsvall avskrev målet från vidare handläggning den 19 november 2015. Beslutet motiverades med att ändamålet för bolagets talan förfallit när kommunen avbrutit upphandlingen. Beslutet har överklagats och Högsta förvaltningsdomstolen har den 25 februari 2016 meddelat prövningstillstånd.

PARTERNAS INSTÄLLNING**Vad Office framför**

Office yrkar att kommunens beslut att avbryta upphandlingen ska rättas, upphävas eller förklaras ogiltigt och att upphandlingen ska fullföljas.

Till stöd för sin talan anför Office i huvudsak följande.

Kommunen har handlat i strid med de upphandlingsrättsliga bestämmelserna när den utan godtagbara skäl avbrutit upphandlingen.

Kommunen har tilldelat uppdraget till annan leverantör trots att de två anbudsgivare som placerats före Office inte uppfyllde de obligatoriska kraven. Förvaltningsrättens dom gick Office emot men den har överklagats. Grund föreligger för att upphandlingen ska fortsätta varvid även Kammarrätten i Sundsvalls prövning av målet ska fortsätta.

Kommunens beslut om att avbryta upphandlingen kan inte ses som något annat än att kommunen försöker kringgå kammarrättens pågående prövning och därmed kunna välja den leverantör som kommunen uppenbarligen vill ha. Det kan närmast beskrivas som att kommunen ”genskjuter” Offices lagliga rätt att få upphandlingen prövad.

En upphandling får endast avbrytas om den upphandlande myndigheten har godtagbara skäl för avbrytandet. Denna grundläggande förutsättning framgår av EU-domstolens praxis. EU-domstolen har kommit fram till att ju längre in i upphandlingsprocessen som en upphandling har kommit, ju högre är kraven för att skälen att avbryta ska anses objektivt godtagbara.

Den aktuella upphandlingen har kommit väldigt långt. Tilldelningsbeslut är fattat och domstolsprövning pågår. Kraven som ska ställas på de skäl som

kan anses godtagbara för ett beslut att avbryta den pågående upphandlingen måste därför ställas mycket högt.

Kommunen har i beslutet angett att skälen är ”oförutsedda händelser i omvärlden som lett till ändrade förutsättningar i socialförvaltningens verksamhet”, samt ”otydligt formulerade kvalificeringskrav”. Inget av dessa skäl är sakligt godtagbara.

I motiveringen anger kommunen att ett av de bakomliggande skälen är tidsaspekten och hänvisar till att överprövningsprocessen har pågått i ett halvt år samt att ytterligare försening kan få allvarliga konsekvenser. Detta är inte ett godtagbart skäl.

Bygget av det nya äldreboendet har pågått cirka två år och det åligger den upphandlande myndigheten att räkna med den tid som överprövningsprocesser kan ta i sin planering av en upphandling. Tidsaspekten för överprövningar är inte okänd, det finns tvärtom utförlig statistik att tillgå bland annat på Konkurrensverkets hemsida.

EU-domstolen har framhållit i mål C-107/92, ett mål som rörde frågan om synnerlig brådska, att omständigheter som är kända för den upphandlande myndigheten inte kan åberopas som skäl för att avvika från ”grundreglerna” i upphandlingslagstiftningen.

Med beaktande av den omständighet att bygget pågått i cirka två år och den tid som överprövningsprocesser enligt statistiken tar, kunde kommunen ha planerat bättre och påbörjat upphandlingen långt tidigare. Att nu i efterhand låta det utgöra ett bakomliggande skäl för ett beslut att avbryta upphandlingen, är inte ett sakligt godtagbart skäl.

Att kommunen avser att ändra inriktningen för de gamla byggnader som äldrevården i nuläget bedrivs i har ingen inverkan på bedömningen av om det föreligger sakligt godtagbara skäl att frångå målet den bedömning som kammarrätten avser att göra på grund av den tid kammarrättens prövning tar.

Inte heller det andra skälet ”otydligt formulerade kvalificeringskrav” är sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Tvärtom förhåller det sig så att kammarrätten i sin prövning har att ta ställning just till huruvida kvalificeringskraven är otydliga eller om de är tydliga men att kommunen har åsidosatt kraven i sin hantering av anbudet. I nuläget är det inte fastställt att kraven skulle vara otydliga.

Bolaget gör tvärtom gällande att kraven är tydligt, transparent och förutsebart uttryckta och att kommunens handlande att åsidosätta kraven i bedömningen av inkomna anbud strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har inte på något sätt i skälen för avbrytande angett varför de anser att det finns otydligheter.

För att få avbryta en upphandling p.g.a. fel i förfrågningsunderlaget måste felet ha väsentlig betydelse och ha gjort det omöjligt att till dela uppdraget till det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Felet i förfrågningsunderlaget måste vara omfattande och få den direkta följden att upphandlingen blir omöjlig. Motsatsvis följer att möjligheten att avbryta p.g.a. vissa otydligheter är begränsade.

Ingen av de eventuella otydligheter som kan finnas i kvalificeringskraven i upphandlingen kan anses vara godtagbara skäl för att avbryta. Kommunen har inte heller ansett att det funnits några problem i upphandlingen utan har fattat ett tilldelningsbeslut.

Avbrytandet strider även mot proportionalitetsprincipen då kommunen avbrutit i ett så sent skede att Office lagt ner stora kostnader på anbudsgivning och överprövning. Detta stärks av att de skäl som kommunen hänvisat till är subjektiva.

Kommunens handlande i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att Office riskerar att gå miste om möjligheten till försäljning, vilket uppgår till omfattande belopp. Bolaget har offererat ett pris uppgående till dryg fem miljoner kronor. Den skada som Office riskerar att lida kan förhindras genom att förvaltningsrätten förordnar att rättelse ska ske genom att upphandlingen ska fullföljas.

Vad kommunen framför

Kommunen avstår från att yttra sig över Offices ansökan om överprövning och framför att skälen för kommunens beslut att avbryta upphandlingen framgår av avbrytandebeslutet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om kommunens beslut att avbryta den pågående upphandlingen är förenligt med bestämmelserna i LOU och unionsrätten.

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas.

Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid inte obegränsad.

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet.

Avbrytandet får inte vara godtyckligt och det är vidare den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (se t.ex. RÅ 2009 ref. 43).

Kommunen har i sitt beslut att avbryta upphandlingen angett två skäl till avbrytandet. Oförutsedda händelser i omvärlden vilket lett till ändrade förutsättningar i socialförvaltningens verksamhet *samt* otydligt formulerade kvalificeringskrav.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte på något sätt redogjort för på vilket sätt kvalificeringskraven i aktuell upphandling varit otydligt formulerade varför denna omständighet inte kan läggas till grund för ett avbrytande.

Kommunen har däremot på ett tydligare sätt beskrivit bakgrunden till det andra skälet för avbrytande – oförutsedda händelser i omvärlden som lett till ändrade förutsättningar i socialförvaltningens verksamhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att förutsättningarna för en upphandling kan komma att ändras under upphandlingens gång. Dessa kan – beroende av händelsernas art – utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling.

Förvaltningsrätten anser visserligen att en upphandlande myndighet förutsätts att ta i beaktande en eventuell överprövningsprocess och ta viss hänsyn till detta vid sin planering av en upphandling.

Kommunen kan dock inte förutsättas ha kunnat förutspå den händelseutveckling som skett i omvärlden som inneburit att behovet av vård- och boendeplatser för ensamkommande barn har ökat i kommunen.

Kommunen har angett att behovet att ta det nybyggda vård- och omsorgsboendet, som de upphandlade varorna var avsedda för, i anspråk har ökat p.g.a. tillströmningen av ensamkommande barn och att inflyttningen planerades att påbörjas redan för två månader sedan. Det ökade behovet av de upphandlade varorna kan således inte anses bero på bristande planering.

Då domen avseende den tidigare ansökan om överprövning inte vunnit laga kraft kan det inte uteslutas att kammarrätten ånyo måste påbörja handläggning i det målet. Kommunen har angett att ytterligare försening kommer att föranleda allvarliga konsekvenser. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta denna bedömning.

Kommunen har angett att de kan ordna möbler och inredning på annat sätt. För det fall kommunen redan har införskaffat de varor som upphandlingen avser på annat sätt eller avser att göra detta har syftet med upphandlingen förfallit.

Kommunen har även anfört att ett bifall till Offices talan i det ursprungliga målet om ansökan om överprövning kommer att innebära att endast ett anbud kvarstår och att det anbudet är det dyraste samt att konsekvensen av detta skulle bli att kommunen då i ett senare skede kommer att avbryta upphandlingen p.g.a. bristande konkurrens.

Bristande konkurrens p.g.a. att endast ett anbud kvarstår har i praxis bedömts som sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling.

Vid en sammantagen bedömning av det ovan anförda bedömer förvaltningsrätten att kommunen visat att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Detta gäller även med beaktande av att anbudsprocessen och överprövningsprocessen orsakat kostnader. Inte heller vad Office i övrigt har anfört föranleder förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning.

Kommunens beslut att avbryta upphandling kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller de andra grundläggande principerna. Det kan inte heller i övrigt anses strida mot LOU eller unionsrätten.

Skäl för ingripande saknas. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Jonas Hägerlind

Carola Andersson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafteon, 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.