



**SÖKANDE**

Föreningen Emmaus Björkå, 829500-1112  
Ångpannegatan 6  
417 05 Göteborg

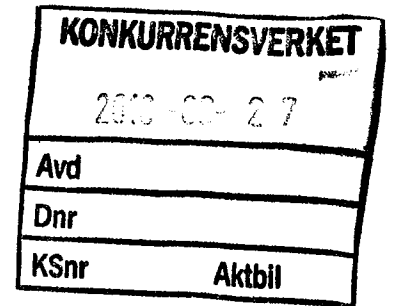
**MOTPARTER**

1. Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590  
Box 1713  
501 17 Borås

2. Marks kommun  
511 80 Kinna

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Föreningen Emmaus Björkås begäran om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borås Energi och Miljö AB (BEM) och Marks kommun genomför upphandling avseende omhändertagande av textilmaterial m.m. i Borås Stad och Marks kommun 17/27. Genom tilldelningsbeslut den 20 december 2017 tilldelades Föreningen Emmaus Björkå kontraktet.

Den 2 januari 2018 beslutades att upphandlingen skulle avbrytas med motiveringen att endast två anbudsgivare kvalificerades samt att upphandlingen hade en felaktigt utformad utvärderingsmodell såtillvida att kriteriet avseende månadsavgift, som fick ett avgörande genomslag, inte var anpassat

Dok.Id 251916

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Hamngatan 15	<b>Telefon</b> 036-15 66 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

efter tjänster som har till syfte att bedriva välgörenhet. Kriteriet borde därför inte ha tagits med i utvärderingsmodellen.

Föreningen Emmaus Björkå begär överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ska upphävas.

BEM yrkar i första hand att begäran om överprövning ska avvisas och i andra hand att begäran ska avslås.

Marks kommun yrkar att mål 135-18 ska avskrivas.

#### **VAD PARTERNA ANFÖR**

##### *Föreningen Emmaus Björkå*

BEM m.fl. har godtyckligt avbrutit upphandlingen. Skälet att endast två anbud kvalificerat sig är inte något godtagbart skäl för att avbryta en upphandling eftersom BEM m.fl. ostridigt kunde jämföra de två kvalificerade anbuden i upphandlingen med varandra. Det faktum att utvärderingsmodellen inte lämpar sig för upphandling avseende välgörenhet kan inte heller vara ett sakligt och godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Det måste röra sig om betydande fel av affärsmässigt avgörande betydelse för den upphandlande myndigheten eller väsentliga brister i upphandlingsdokumenten som äventyrar dess förenlighet med upphandlingsreglerna. BEM har inte visat vilka juridiska felaktigheter som utvärderingen behäftats med. Om avbrytandebeslutet lämnas utan ingripande kommer Emmaus Björkå att lida skada så som beskrivs i LOU 20 kap. 4 §. Direktupphandling är en upphandlingsform där upphandlaren slipper följa lagens procedurregler men ska följa lagens rättsprinciper. Beslut att avbryta en annonserad/konkurrensutsatt direktupphandling borde rimligtvis kunna överprövas eftersom reglerna avseende avbrytande av en annonserad/konkurrensutsatt upphandling inte finns reglerade i lag utan utgår från rättsprinciperna.

*Borås Energi och Miljö AB*

Upphandlingen avser inte en anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader, utan ett tillhandahållande av uppställningsplats för insamlingsbehållare mot ersättning. LOU är därför inte tillämplig och förvaltningsrätten har inte behörighet att pröva ansökan om överprövning.

Även om upphandlingen skulle anses vara en anskaffning, så krävs inte sakligt godtagbara skäl för avbrytande av en direktupphandling. Det följer av själva grundtanken med direktupphandlingar att upphandlande myndighet har rätt att inte bara fritt ingå avtal, utan även fritt avbryta en påbörjad direktupphandling.

Om upphandlingen skulle anses vara en anskaffning så avser upphandlingen en tjänstekoncession. Ingen ekonomisk ersättning ska utgå till leverantören, utan leverantören ska tvärtom utge ersättning till BEM. Den enda ersättning som skulle kunna sägas utgå till leverantören utgörs av rätten att tillgodogöra sig det insamlade textilmaterialet. Verksamhetsrisken ligger helt och hållet på leverantören. Upphandlingen borde därför ha genomförts enligt lagen om upphandling av koncessioner (LUK). Den omständigheten att LUK inte har tillämpats utgör i sig ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande.

Avbrytandet grundas under alla omständigheter på sakligt godtagbara skäl. I och med att endast två anbud kvalificerades för utvärdering har BEM inte lyckats tillvarata konkurrensen på marknaden. Dessutom har BEM i efterhand insett att utvärderingsmodellen var olämpligt utformad för upphandlingens syften. Upphandlingen riktade sig till välgörenhetsorganisationer och syftade till att främja arbete med social hållbarhet och socialt engagemang. Det faktum att anbudsgivarna har premierats vid utvärderingen om de offererat att betala höga avgifter till BEM för tillhandahållandet av uppställningsplatser motverkar välgörenhetssyftet och organisationernas sociala

arbete. Emmaus har under anbudstiden riktat kritik mot kriteriet och ifrågasatt om det var avsiktligt menat med hänvisning till upphandlingens välgörenhetskaraktär. Bristande konkurrens och brister i utvärderingsmodellen utgör var för sig sakligt godtagbara skäl för avbrytande av upphandlingen.

*Marks kommun*

BEM och Marks kommun genomför tillsammans upphandling avseende omhändertagande av textilmaterial m.m. Marks kommun har i upphandlingen gett fullmakt till tre namngivna personer hos BEM som får vidta samtliga de åtgärder som är av förberedande eller verkställande karaktär. Någon ytterligare fullmakt har inte getts i ärendet. Upphandlingsdokumentet anger att "Marks kommun företräds i upphandlingen av BEM. Formellt kommer båda myndigheterna att fatta sina egna beslut, härfter kommer BEM att med erhållen fullmakt sända ut tilldelningsbeslut. Avtal tecknas enskilt av varje kommun/kommunalt bolag." BEM har efter anbudsutvärdering fattat tilldelningsbeslut den 20 december 2017. Beslutet anger att BEM har fattat beslut om att utse föreningen Emmaus Björkå till leverantör. I enlighet med vad fullmakten och även upphandlingsdokumentet anger, har BEM inte fattat något beslut för Marks kommuns räkning utan beslutet gäller enbart BEM. BEM har därefter den 2 januari 2018 fattat beslut om att avbryta upphandlingen. BEM har i upphandlingen endast uppdrag från Marks kommun att vidta åtgärder som är av förberedande eller verkställande karaktär. Marks kommun har ännu inte fattat något tilldelningsbeslut i ärendet och har inte heller fattat något beslut om att avbryta upphandlingen. Då beslutet, som ansökan om överprövning avser, inte gäller Marks kommun anser kommunen att målet ska avskrivas.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Gällande regler*

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 43 uttalat följande. Upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (jfr mål C-244/02, Kaupptalo Hansel).

EU-domstolen har uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98, Fracasso och Leitschutz).

### *Förvaltningsrättens bedömning*

BEM och Marks kommun genomför en gemensam upphandling avseende omhändertagande av textilmaterial. I förfrågningsunderlaget anges att BEM med erhållen fullmakt kommer sända ut tilldelningsbeslut. Både tilldelningsbeslutet och avbrytandebeslutet anges avse "Upphandling av omhändertagande av textilmaterial m.m. i Borås Stad och Marks kommun, ref. 17/27". Förvaltningsrätten bedömer att såväl beslutet att tilldela som beslutet att avbryta gäller hela upphandlingen och båda kommunerna.

I förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen genomförs som en direktupphandling. Det faktum att det i förfrågningsunderlaget även anges att anbuderna ska uppfylla vissa obligatoriska krav tyder på att upphandlingen snarare har skett genom ett förenklat förfarande. Oavsett om upphandlingen genomförts som en direktupphandling eller genom ett förenklat förfarande

ska de gemenskapsrättsliga principerna gälla. Frågan i målet är därför om BEM m.fl. har haft godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

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. Som princip gäller att det inte finns någon skyldighet för upphandlande myndighet att fullfölja en upphandling. Inte heller ställs det något krav på att orsakerna till att en upphandling avbryts måste hänföra sig till allvarliga omständigheter eller undantagsfall. Som godtagbara skäl för att avbryta en upphandling har i praxis godtagits bristande konkurrens, att upphandlingen inte ryms inom myndighetens budget eller att förfrågningsunderlaget visar sig vara olämpligt.

BEM m.fl. har i huvudsak motiverat avbrytandebeslutet med att endast två anbudsgivare kvalificerades samt att upphandlingen hade en felaktigt utformad utvärderingsmodell såtillvida att kriteriet avseende månadsavgift, som fick ett avgörande genomslag, inte var anpassat efter tjänster som har till syfte att bedriva välgörenhet. Kriteriet borde därför inte ha tagits med i utvärderingsmodellen.

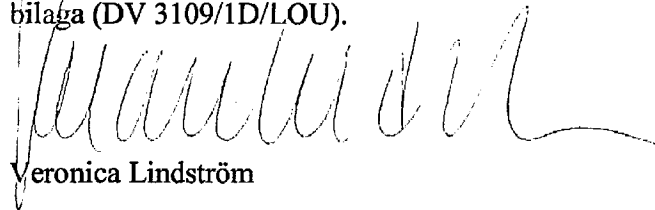
Ett huvudsyfte med upphandlingen har varit att främja arbete med social hållbarhet och därför riktades upphandlingen till ideella organisationer med inriktning på välgörenhet eller annan biståndsverksamhet. Genom att kriteriet avseende månadsavgift fick så stor betydelse vid utvärderingen kan syftet med upphandlingen på något sätt ha förfelats.

Enligt förvaltningsrätten har BEM m.fl. därför haft godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Med hänsyn till detta och eftersom de grundläggande principerna inte har åsidosatts finns inte grund för att upphäva beslutet att

avbryta upphandlingen. Föreningen Emmaus Björkås ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Veronica Lindström

Rådmanen Veronica Lindström har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Pernilla Friman har varit föredragande.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

