



SÖKANDE

Vivestra Brandskydd AB, 556518-8116

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 702000-9226

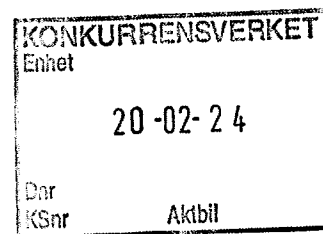
Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och Jur.kand. Sara Öwall
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



BAKGRUND

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) genomför en upphandling av ramavtal avseende brandskydd. Upphandlingen är indelad i åtta olika anbudsområden benämnda A1 – A7 och BV. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Ramavtal ska ingås med högst tre leverantörer per anbudsområde och avrop ska ske utifrån rangordning. Vivestra Brandskydd AB (Vivestra) har lämnat anbud för anbudsområdena A2 – A7. Av tilldelningsbeslutet från den 19 november 2019 framgår att HBV beslutat att anta anbud från andra leverantörer än Vivestra för alla dessa anbudsområden. Bolaget uteslöts med motiveringen att dess anbud var ofullständigt. Efterfrågade uppgifter saknades i bilaga 4 till upphandlingsföreskrifterna benämnd ”Rabattbrevskorg”.

YRKANDEN M.M.

Vivestra yrkar i första hand att upphandlingen i klandrade delar ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken bolagets anbud ska ingå. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen i klandrade delar ska göras om.

HBV bestrider bifall till samtliga yrkanden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att rätten grundar sin prövning främst på de omständigheter som sökanden åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder Vivestra anfört.

I 4 kap. 1 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Detta framgår av 20 kap. 6 § LOU. För att grund för ingripande mot en upphandling ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan leverantören ska visa att den har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Väsentliga ändringar

Vivestra anför bl.a. följande. HBV har gjort ett flertal väsentliga ändringar genom att ändra referenskraven i upphandlingen och genom att skicka ut en ny prisbilaga till anbudsgivarna. Denna korrigerades dessutom ytterligare dagen innan sista dagen för anbudsinslämnande. HBV förlängde inte anbudstiden trots dessa väsentliga ändringar och agerade därför i strid med LOU. Om anbudstiden hade förlängts hade Vivestras anbud blivit komplett och bolaget är därför skadelidande.

HBV anför bl.a. följande. Det är inte fråga om väsentliga ändringar. Vivestra är inte heller skadelidande till följd av några ändringar.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att Vivestra har uppfyllt alla de krav som enligt bolaget varit föremål för väsentliga ändringar, dvs kraven avseende referenser och prisbilaga. Kravet som bolaget enligt tilldelningsbeslutet inte uppfyllt (koder för produktgrupper) har inte varit föremål för några ändringar, vilket också är ostridigt. Enligt förvaltningsrättens mening har eventuella väsentliga ändringar av kraven avseende referenser och prisbilaga inget naturligt samband med bolagets förmåga att uppfylla kravet avseende koder för produktgrupper. Av det anförda följer att Vivestra inte är skadelidande i denna del, oavsett om HBV borde ha förlängt tiden på grund av väsentliga ändringar eller inte. Det saknas således skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad Vivestra anført om väsentliga ändringar.

Proportionalitet

Vivestra anför bl.a. följande. I bilaga 4 till upphandlingsföreskrifterna ska anbudsgivarna fylla i fälten i kolumnen "PRODUKTGRUPP, kod". Vivestra har inte fyllt i dessa fält. Bolaget har inte koder för produktgrupper i sina prislistor. HBV har ingen nytta av koderna. Av övriga anbud framgår också tydligt att det varit möjligt att fylla i vilka uppgifter som helst för att uppfylla kravet. Ett sådant krav är inte proportionerligt och en brist i förhållande till ett sådant krav kan inte föranleda att ett anbud förkastas. Bristen måste i vart fall medföra att upphandlingen görs om.

Alla anbud som innehåller någon uppgift i de aktuella fälten har kvalificerats. Koderna går inte att härleda till produktgrupper eller till rabatter på enskilda produktgrupper. Det är vidare Vivestras uppfattning, efter att ha granskat övriga anbud, att koder på produktgrupp-nivå normalt inte förekommer. Det görs därför gällande att dessa i detta fall är fabricerade

i syfte att få fram en uppgift att fylla i. Vivestras anbud hade kvalificerats om bolaget hade fört över den redan förtryckta produktgruppbenämningen till fälten. Bolaget har lämnat det lägsta priset i upphandlingen och är skadelidande.

HBV anför bl.a. följande. Uppgifterna i kolumnen "PRODUKTGRUPP, kod" är nödvändiga för att slutkunder, dvs. de upphandlande myndigheter som kan ansluta sig till HBV:s ramavtal, ska kunna förstå och använda prislistan. Uppgifterna ska anges för att det ska vara möjligt att utläsa vilken rabatt som gäller för respektive produkt. Därutöver är syftet att produkter ska låsas fast till de rabatter som ska gälla. HBV har inte uppställt något krav på att produktgrupper ska ha koder efter en viss uppbyggnad. Det är enbart fråga om relationen mellan vilken rabatt som ska gälla och att det ska vara enkelt för slutkunden att få en god överblick. Detta system behövs för att avropande upphandlande myndigheter ska få vetskap om vilka produkter som avses och vilka rabatter som gäller för respektive produkt.

HBV vill särskilt framhålla att kravet är utformat så att det står alla potentiella anbudsgivare fritt att välja utformning av koder för sina produktgrupper. Vad Vivestra anfört om att övriga anbudsgivare fabricerat koder ifrågasätts av HBV. Det har inte ställts krav på att anbudsgivare ska tillämpa koder för produktgrupper i sin övriga verksamhet. Syftet är att det utifrån omständigheterna i detta fall ska vara överskådligt och klarlagt vilken rabatt som gäller för den produkt som slutkunden vill avropa.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stor frihet att ställa de krav den finner nödvändiga i en upphandling, så länge kraven inte strider mot gällande principer och bestämmelser i LOU (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78). Möjligheterna att med hänsyn till det upphandlingsrättsliga regelverket anta ett anbud som innehåller även mindre

avvikelser från angivna obligatoriska krav är mycket begränsade (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37).

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. (Prop. 2006/07:128 s. 132.)

En proportionalitetsbedömning ska enligt EU-rättslig praxis göras i tre steg. I det första steget görs en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I det andra steget görs en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. I det tredje steget bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande den 30 december 2008 i mål nr 4283-08.)

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet med kravet. Enligt domstolens mening har HBV väl beskrivit den förenklande och klargörande funktion som koderna i den aktuella kolumnen är avsedda att fylla. Dock bedömer rätten att koderna i praktiken inte fyller denna funktion. Det finns flera exempel på hur samma kod kopplats till olika rabattsatser, då den angetts för olika varor av anbudsgivarna. Vidare har det inte kommit fram i målet att koderna ligger till grund för någon systematik överhuvudtaget. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att åtgärden inte är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet med kravet. HBV har därmed agerat i strid med proportionalitetsprincipen i denna del. Det blir därför inte nödvändigt att pröva de senare stegen i proportionalitetsbedömningen.

Skada och påföljd

Frågan blir därmed om Vivestra är skadelidande. Bolagets anbud togs inte upp till utvärdering till följd av ett krav som står i strid med proportionalitetsprincipen. Vivestra har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, ska Vivestras ansökan bifallas på det sättet att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Lovisa Klingberg
Förvaltningsrättsfiskal

Jakob Franzén har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

