



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2014-02-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25864-13
Enhet 17

Sida 1 (9)

SÖKANDE

STX Sweden AB, 556718-3289
Furuhedsvägen 1
952 31 Kalix

Ombud: Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi,
Box 1432
111 84 Stockholm

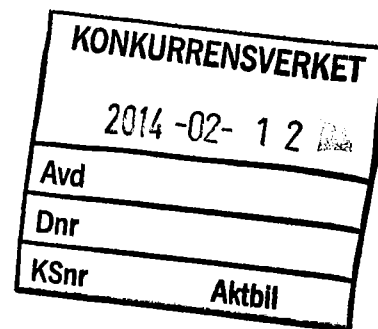
Ombud: Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 441870

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Sollentuna kommun har genomfört en upphandling av entreprenad avseende fotbollstält, benämnd "Upphandling av fotbollstält, Norrvikens IP". Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande med lägsta pris som antagningsgrund.

STX Sweden AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om på grund av att samtliga anbud som getts in i upphandlingen har brister i förhållande till de uppställda ska-kraven och anför bl.a. följande. Kommunen skulle inte ha antagit något av anbuden, utan avbrutit upphandlingen och gjort om den i stället för att tillåta två av anbudsgivarna att komplettera sina bristfälliga anbud. Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att bolagets och en annan leverantörs anbud förkastats. Den vinnande leverantören, ScandiHall AS (ScandiHall) och en annan leverantörs, Hausvertrieb Tikkanen Oy (Hausvertrieb) anbud har ansetts uppfylla alla krav.

Anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav får inte antas i en upphandling. Det framgår även av bestämmelserna i 15 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU att komplettering eller förtydligande av ett anbud bara får tillåtas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande får inte ske i syfte att uppfylla ett obligatoriskt krav som inte tidigare var uppfyllt eftersom det skulle strida mot principen om likabehandling (se mål C-87/94 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien).

Kommunen har efter anbudstidens gång bett ScandiHall och Hausvertrieb komplettera sina anbud med följande uppgifter:

- Brandskyddsbeskrivning som styrker tältets brandsäkerhet
- Utlåtande från senaste ISO-revision

-Beräkning eller värden som styrker tältdukarnas sammanlagda ljusgenomsläpplighet.

Av förfrågningsunderlagets bilaga benämnd "Beskrivning" (AFB.31 punkt 4) framgår att teknisk specifikation enligt de tekniska kraven ska bifogas anbudet. Enligt brandskyddsbeskrivningen framgår av de tekniska kraven att tältduken ska vara brandklassad enligt svenska regler. Av punkten 6 (AFB.31) framgår att "Leverantören skall vara certifierad enligt ISO 9001 avseende övertryckshallar. Giltigt certifikat samt utlåtande från senaste ISO revision ska bifogas anbud". Det anges även i de tekniska kraven (bilaga 6) att "Tältduken ska vara så pass genomskinlig att fotboll kan spelas utan tillskottsbelysning dagtid". Dessa uppgifter har varit ska-krav att ange i anbudet och får inte bli föremål för komplettering.

Kommunen har även frågat ScandiHill och Hausvertrieb om det finns några reservationer eller undantagna arbeten gällande fullt fungerande fotbollstält inklusive installationer i respektive anbud. ScandiHill har uppgett att kostnader för el och VVS tillkommer. Det strider mot LOU och förfrågningsunderlaget (AFB.31 punkten 10) av vilket framgår att anbud inte får innehålla reservationer.

ScandiHills anbud är även bristfälligt vad gäller kravet i förfrågningsunderlaget (AFB.31 punkten 3) där det framgår att anbudet ska innehålla ett verifikat på att den erbjudna hallkonstruktionen håller vissa värden gällande värmeegenomgångskoefficient. ScandiHill har bifogat en handling som endast är ett presentationsblad och inte ett verifikat.

Båda bolagens anbud har innehållit brister och ScandiHills även reservationer. Vissa av dessa har fått kompletteras i strid med reglerna i LOU. Av Kammarrätten i Göteborgs avgörande (mål 4660-10) framgår att en anbudsgivare som inte själv uppfyller samtliga krav ska anses lida skada om

ingen annan anbudsgivare heller gör det men den upphandlande myndigheten ändå antar ett av anbuden. Om kommunen agerat i enlighet med bestämmelserna i LOU skulle bolaget fått en ny möjlighet att lämna ett anbud och skulle då kunnat komma ifråga för att tilldelas kontrakt. Bolaget har därför riskerat att lida eller lidit skada.

Sollentuna kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har den 18 september 2013 begärt att samtliga fyra anbudsgivare ska förtydliga/komplettera sina anbud eftersom alla anbud var otydliga. Kommunen bestrider påståendet om att endast två anbudsgivare fått möjlighet att komplettera/förtydliga sina anbud. Kommunen har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Kommunen har den 26 september 2013 gett samtliga anbudsgivare en möjlighet att säkerställa att kommunen uppfattat respektive anbud rätt. Samma fråga har ställts till alla anbudsgivare och alla har fått samma möjlighet att förtydliga sitt anbud.

I upphandlingar av aktuellt slag, när det är många faktorer som ingår i ett anbudspris, måste det anses vara rimligt att kommunen har möjlighet att begära att anbudsgivarna er över sina inlämnade prisuppgifter för att säkerställa att anbuden jämförs på korrekta grunder. ScandiHall har kompletterat en prisuppgift som adderades till anbudssumman och den totala summan räknades sedan med vid utvärderingen av anbuden och har därför inte ändrat förutsättningarna för upphandlingen i övrigt. Kommunen bestrider även att ScandiHalls verifikat är ett presentationsblad och anser att det svar man gett angående redovisning av U-värde är tillfredsställande.

De kvalificerade anbudsgivarna har lämnat en tillfredsställande redogörelse för det aktuella krav och det finns därför inte skäl att förkasta anbuden. Utvärderingen har genomförts i enlighet med LOU. Även om man finner att kommunen har utvärderat anbuden felaktigt har bolaget inte kunnat påvisa att de lidit skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges följande. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Första frågan är om de kompletteringar Sollentuna kommun gett ScandiHall och Hausvertrieb tillfälle att göra strider mot 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Enligt nämnda bestämmelse får anbud förtydligas eller kompletteras under förutsättning att det görs på myndighetens begäran och sker utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Detta innebär till exempel att nya sakuppgifter inte får tillföras anbudet genom komplettering. För att likabehandlingsprincipen inte ska åsidosättas krävs dock att om en leverantör tillåts förtydliga en viss punkt i sitt anbud måste samtliga leverantörer ges möjlighet att göra motsvarande förtydligande.

Bolaget har anfört att ScandiHall och Hausvertrieb fått tillfälle att komplettera sina anbud på ett sätt som utgör en otillåten komplettering och strider mot upphandlingsrättens regler och principer. Kommunen har å sin sida anfört att eftersom alla bolag fått samma frågor och samma tillfälle att ge in kompletteringar till sina anbud har kommunen inte handlat på ett sätt som lett till att likabehandlingsprincipen i LOU träts för när.

Sollentuna kommun har begärt förtydliganden/kompletteringar av fyra olika uppgifter i leverantörernas anbud. Samtliga anbudsgivare har fått samma begäran av kommunen. När det gäller kommunens begäran om förtydliganden avseende brandskydd, ISO-certifiering och uppgifter angående ljusgenomsläpplighet bedömer förvaltningsrätten att detta är förtydliganden och komplettering av redan befintliga uppgifter på ett sådant sätt som är tillåtet enligt LOU och gemenskapsrätten.

I EU-domstolens avgörande mål C-87/94 (Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien) uttalas bl.a. att när det gäller att precisera ett anbud ska det förstås som att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med mer större exakthet

definiera föremålet. När det gäller att komplettera är det att komma in med kompletterande uppgifter som tidigare inte var tillgängliga. Termerna precisera och komplettera har gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt.

EU-domstolen har i ett annat avgörande (C-599/10) uttalat sig i frågan när en upphandlande myndighet får begära att en anbudssökande förtydligar sitt anbud och tolkningen av artikel 2 i direktiv 2004/18/EG (punkterna 40-41). Enligt artikel 2 ska upphandlande myndighet behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Enligt EU-domstolen utgör artikeln inget hinder för att uppgifterna i anbudet undantagsvis rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bl.a. på grund av att uppgifterna uppenbarligen behöver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel, under förutsättning att ändringen i själva verket inte leder till ett erbjudande om att komma med ett nytt anbud. Det ankommer på myndigheten att behandla anbudssökarna på ett likartat och lojalt sätt så att det inte kan framstå som om en begäran om förtydligande, efter anbudsurvalet skett, på ett otillbörligt sätt gynnar eller missgynnar den eller de anbudssökande som varit föremål för begäran.

I den aktuella upphandlingen framgår av Sollentuna kommuns förfrågningsunderlag att för att en leverantörs anbud ska utvärderas krävs att fast anbudssumma ska ges utan indexreglering (AFB.31 punkten 8). Det framgår även att "Anbud får inte innehålla reservationer".

Sollentuna kommun har trots att man ställt upp fast pris som ett ska-krav i upphandlingen ställt följande fråga till leverantörerna:

"Vi önskar ett förtydligande gällande inlämnat anbudspris. Finns det några reservationer eller undantagna arbeten gällande ett fullt fungerande fotbollstält inklusive installationer? Exempelvis fullt fungerande kraft och belysning...".

Enligt förvaltningsrättens mening ger detta ett utrymme för att en anbudsgivare skulle kunna ändra sitt anbud i efterhand och avge ett s.k. orent anbud. Det finns därför risk att konkurrensen snedvrids genom att det lämnar ett utrymme för en anbudsgivare att i realiteten avge ett nytt anbud. Kammarrätten i Sundsvall har den 14 juni 2012 uttalat (mål 802-12) att redan en möjlighet att byta ut uppgifter i ett anbud innebär en risk för att andra anbudsgivare missgynnas.

ScandiHall har på kommunens förfrågan svarat att det pris de lämnat i sitt anbud var exklusive kostnader för el och VVS och således lagt till 500 000 kr till sin anbudssumma. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening inte ses som ett förtydligande av en befintlig uppgift eller en enkel komplettering utan innebär att bolaget har ändrat sitt anbud på ett sådant sätt att det utgör ett orent anbud. Det står klart att dessa uppgifter är nya sakuppgifter som tillförts det befintliga anbudet. Det är inte förenligt med upphandlingsrättsliga principer att tillföra nya sakuppgifter till ett avlämnat anbud eftersom detta kan leda till särbehandling av anbudsgivare eller konkurrensbegränsning.

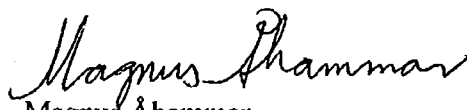
Andra frågan förvaltningsrätten ska ta ställning till är om bolaget kan anses ha lidit eller riskerar att lida skada på grund av kommunens agerande i den aktuella upphandlingen. Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att bolaget inte uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda ska-kraven genom att inte uppfyllt kravet på lägst 4 i referenstagningen och inte uppfyllt teknisk kravspecifikation på samtliga punkter. Bolaget har därför inte kvalificerat sig för utvärdering i upphandlingen. En anbudsgivare som rätteligen förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Det kan dock vara fallet, t.ex. om det bara funnits två anbudsgivare i en upphandling (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål

665-11). I den aktuella upphandlingen utvärderades två andra anbudsgivare. Förvaltningsrätten bedömer därför att bolaget mot bakgrund av det anförda inte kan anses lidit eller riskerat att lida skada genom kommunens agerande i upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har denna dag i mål 25814-13 beslutat att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Magnus Åhammar
rådman

Johanna Segerheim har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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, midsommarafton, 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 högste 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.