


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden Helene Larsson

DOM

2011-05-06

Meddelad i

Växjö

Mål nr
4828-10**SÖKANDE**

TDC Sverige AB, 556465-8507

Box 799

191 27 Sollentuna

Ombud: Advokat Johan Kennemyr och jur. kand.

Mikael Engström

Advokatfirman Lindahl KB

Box 1065

101 39 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Kalmar län, 232100-0073

Box 601

391 26 Kalmar

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-05-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten ogiltigförklarar landstingets beslut den 24 november 2010 att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten beslutar att rättelse ska ske på så sätt att anbudsutvärderingen görs om och att anbudet från Atea Sverige AB förkastas.

Förvaltningsrätten beslutar att det interimistiska beslutet av den 12 november 2010 ska upphöra att gälla.

Dok.Id 24294

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-868 00	Telefax 0470-869 50	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:30
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se				

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling i form av en s.k. förnyad konkurrensutsättning avseende Kammarkollegiets ramavtal av kommunikationsutrustning 2008. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Vid anbudstidens utgång hade tre anbud inkommit. Landstinget beslutade den 2 november 2010 att anta det anbud som lämnats av Atea Sverige AB (Atea). TDC Sverige AB (TDC) hade det näst bästa anbudet.

TDC har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten beslutade den 12 november 2010 att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att rätten beslutar något annat.

Den 19 november 2010 beslutade landstinget att tilldelningsbeslutet från den 2 november 2010 skulle upphävas och ersättas av ett nytt. Landstinget beslutade därvid åter att anta det anbud som lämnats av Atea. Landstinget beslutade därefter den 24 november 2010 att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades med att avropsförfrågan varit otydlig.

TDC yrkar att landstingets beslut att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras och att ansökan ska prövas i sak. TDC yrkar därvid i första hand att rättelse sker på så sätt att utvärderingen görs om och att Ateas anbud förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. TDC anför i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår under avsnitt 1.4 att förhandlingar inte är tillåtna. Anbudsgivarna har därför uppmanats att tillse att anbudet omfattar det bästa erbjudandet redan från början. Alternativa anbud accepteras inte vilket anges i avsnitt 2. Samtliga tjänster och utrustning ska offereras. Enligt avsnitt 3.2 måste ett anbud uppfylla alla obligato-

riska krav för att utvärderas. I avsnitt 5 anges att andra kommersiella villkor än vad som angetts i underlaget inte kommer att beaktas. Atea har i strid med LOU lämnat ett orent anbud som justerats efter anbudstidens utgång. Det ursprungliga anbudet innehöll prisreservationer och tillägg som innebär att anbudet inte lämnats i enlighet med vad som avropats. Anbudet borde därför ha förkastats. Landstinget har i stället tillåtit Atea att dra tillbaka formuleringen i anbudet avseende uppräkningsfaktorer för arbete som utförs på annan tid än vardagar kl. 8-17. Atea har vidare inte uppfyllt kravet på att offerera leveranser fritt till anvisade leveransadresser. Landstinget uppmanade även här Atea att justera anbudet när det i stället borde ha förkastats. Ateas anbud innehöll även en otillåten reservation avseende dröjsmålsränta. Det innebär således att landstingets villkor inte accepterats utan att Atea lagt till sina egna villkor. Landstinget har även förfarit felaktigt i detta hänseende när man tillåtit Atea att rätta sitt anbud. Atea har vidare fått ett för högt betyg avseende kriteriet ”kvalitet option införande”. Av utvärderingen framgår att landstinget funnit att den offereerade lösningen varit undermålig. Anbudet uppfyllde därför inte uppställda krav och skulle aldrig ha kvalificerats. Landstinget har således i flera avseenden brutit mot LOU och likabehandlingsprincipen. – Landstinget saknar sådana sakliga skäl som krävs för att avbryta upphandlingen. Avropsförfrågan är korrekt och tydligt utformad. Ingen av anbudsgivarna kan ha uppfattat utvärderingskriteriet ”kvalitet” som otydligt utan har på erforderligt sätt kunnat utläsa vad som ska offereras och hur anbudet ska utformas. De krav som funnits med har bevisligen varit tillräckliga för att landstinget skulle kunna genomföra en utvärdering av anbuderna och syftet med upphandlingen som sådan kan därmed inte anses ha förfelats. Även för det fall Ateas anbud rätteligen hade förkastats hade det funnits två anbud att jämföra i syfte att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga. Frågan om den tidsram som anbudsgivarna ska få tillgänglig måste, med respekt för de minimiregler som gäller enligt LOU, avgöras i förhållandena i varje enskild upphandling. Det kan vad gäller den nu aktuella upphandlingen konstateras

att tidsramen inte i något avseende varit oskäligen eller på annat sätt förorsakat ett förfelat upphandlingsförfarande. Tvärtom kan konstateras att tidsramen ha varit fullt tillräcklig eftersom det inkommit tre anbud inom den tid som landstinget angivit. Den nu gjorda omsvängningen i landstingets inställning till tidsramen framstår som en efterhandskonstruktion i syfte att förevisa ett avbrytandeskäl som ska framstå som sakligt. Just det förhållandet att landstinget inte tidigare ansett att anbudstidens längd varit för kort medför emellertid att den anförda grunden är osaklig. Det är vidare LOU, och inte Kammarkollegiets vägledning, som fastställer de legala ramarna för avtalstidens längd. Avtalstiden för optionen support är av landstinget angiven till den 31 december 2013, med option om förlängning upp till 24 månader uppdelat på högst två tillfällen. Avtalstiden, exklusivt förlängning, sträcker sig således endast i tre år, vilket vare sig strider mot LOU eller det underliggande ramavtalet. Endast om landstinget skulle förlänga avtalet därutöver, kommer landstinget att agera i strid med LOU och ramavtalet. Så länge landstinget är medvetet om att optionerna om förlängning av avtalet inte får utnyttjas, finns det inte skäl att med stöd av LOU ingripa mot upphandlingen på så sätt att den måste avbrytas eller göras om. TDC anser således att det är visat att landstinget saknar sakliga skäl att avbryta den aktuella upphandlingen. Landstinget har under hela upphandlingsprocessen, såväl innan som efter begäran om överprövningen, agerat på ett sätt som varit ämnat att möjliggöra kontraktstecknande med just Atea och ingen annan. Det föreligger därmed en uppenbar risk och sannolikhet för att vad som anförts som avbrytandeskäl utgör efterhandskonstruktioner i syfte att kunna ge Atea ännu en chans att få lämna anbud trots att Atea inte uppfyllt kraven i den pågående upphandlingen. Anbudet var giltigt vid tidpunkten för såväl landstingets tilldelningsbeslut som TDC:s ansökan om överprövning enligt LOU. Det föreligger därför inte något hinder för att pröva ansökan i sak.

Landstinget yrkar i första hand att målet avskrivs och i andra hand att upphandlingen görs om. Landstinget anför bland annat följande. Upphandlingen har handlagts under tidspress. Det har på flera grunder funnits skäl att avbryta upphandlingen. Avropsförfrågan har varit otydlig och anbudstiden om endast 13 ordinarie arbetsdagar för kort i förhållande till det komplexa föremålet för upphandlingen i fråga. Detta har lett till att omfattande kompletteringar krävts från samtliga anbudsgivare. En leverantör meddelade att denne avstod från att lämna anbud eftersom anbudstiden var för kort, en annan leverantör som ingav anbud beklagade sig sista anbudsdagen över en alltför kort anbudstid. Vid en förnyad genomgång av anbuderna kan konstateras att den sistnämnde anbudsgivarens anbud felaktigt befunnits kvalificerat. Det kan konstateras att avropsförfrågan inte varit transparent då behovsbeskrivningen som utvärderingskriteriet "kvalitet" skulle utvärderas emot inte fanns med i avropsförfrågan. Landstinget har av misstag brutit mot LOU på ytterligare en punkt genom att ha för lång avtalstid för optionen support jämfört med vad Kammarkollegiets underliggande avtal och LOU tillåter. Landstinget har således på flera grunder haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Dessutom har anbudens giltighetstid numera löpt ut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 §

eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt LOU avslutas en upphandling antingen genom att den upphandlande myndigheten tecknar kontrakt med en eller flera leverantörer eller beslutar att avbryta upphandlingen. Av förarbetena till lagen (prop. 2001/02:142 s.77) framgår att den upphandlande myndigheten inte kan avsluta en upphandling om rätten fattat ett interimistiskt beslut. Först sedan rätten upphävt det interimistiska beslutet kan myndigheten avsluta upphandlingen.

Anbudens giltighetstid.

Landstinget har anfört att anbudens giltighetstid numera har löpt ut och att målet därför bör avskrivas. Av handlingarna framgår att anbudsgivarna har varit bundna av anbudet fram till den 5 januari 2011. Vid den tidpunkten gällde förvaltningsrättens interimistiska förordnande att upphandlingen inte får avslutas innan rätten beslutar något annat. Upphandlingen kan därför inte anses ha förfallit. Eftersom upphandlingen således inte är avslutad har förvaltningsrätten att ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU (se RÅ 2008 not 26).

Landstingets beslut att avbryta upphandlingen.

Möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (se RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Landstinget har motiverat sitt beslut att avbryta upphandlingen med i första hand att avropsförfrågan varit otydlig. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan emellertid göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ

2002 ref. 50). Kravet för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot dessa principer måste ställas relativt högt. Avropsförfrågan får i det här fallet anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad landstinget tillmäter betydelse vid upphandlingen och därigenom även skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Landstinget har inte visat att avropsförfrågan varit så otydlig att det utgjort sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Landstinget har inte heller i övrigt anfört någon omständighet som utgör tillräckliga skäl för ett sådant beslut. Beslutet att avbryta upphandlingen ska därför ogiltigförklaras.

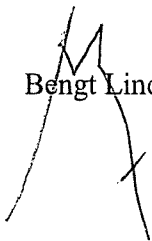
Frågan om Atea kvalificerat sig till anbudsutvärdering.

Obligatoriska s.k. skall-krav måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska kunna kvalificera sig och gå vidare till anbudsutvärdering. Ateas ursprungliga anbud har i flera olika avseenden varit bristfälligt och inte uppfyllt samtliga skall-krav. För att överhuvudtaget kunna pröva anbudet har landstinget varit tvunget att begära in ett flertal kompletteringar. Ett sådant förfarande är inte förenligt med bestämmelserna i 9 kap. 8 § andra stycket LOU och strider därför mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Landstinget har således genomfört upphandlingen på ett sådant sätt att TDC kan komma att lida skada.

Vid bedömningen av frågan om upphandlingen ska göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse konstaterar förvaltningsrätten att mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt inte bör vidtas. Den minst ingripande åtgärden är att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att landstinget vid utvärderingen bortser från Ateas anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)

Bengt Lindh





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU