



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I KARLSTAD**

**DOM**  
2011-02-22  
Meddelad i  
Karlstad

Mål nr  
7051-10 E

**SÖKANDE**

Skogsällskapet förvaltning AB, 556159-7039  
Box 113 74  
404 28 Göteborg

Ombud: Gert-Åke Rindebäck  
c/o Skogssällskapet Förvaltning AB  
Box 11374  
404 28 Göteborg

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
<b>2011-02-23</b>	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

1. Sunne kommun (även ombud för Hagfors, Munkfors och Torsby kommuner)  
686 80 Sunne

2. Hagfors kommun  
683 80 Hagfors

3. Munkfors kommun  
Box 13  
684 21 Munkfors

4. Torsby kommun  
Kommunkansliet  
685 80 Torsby

Ombud: Anita Magnusson  
c/o Sunne kommun  
Upphandlingsenheten  
Kvarngatan 4  
686 80 Sunne

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 25161

**Postadress**  
Box 568  
651 12 Karlstad

**Besöksadress**  
Rådhuset, Stora  
torget

**Telefon**  
054-14 85 00  
**E-post:** forvaltningsratten@karlstad.dom.se  
www.forvaltningsratten@karlstad.dom.se

**Telefax**  
054-14 85 30

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND M.M.

Sunne, Hagfors, Munkfors och Torsby kommuner (Sunne) infordrade i en gemensam upphandling anbud avseende skogsförvaltning av kommunernas skogar. Anbud ingavs av Skogssällskapet Förvaltning AB (Skogssällskapet) och Mellanskog Ekonomisk förening (Mellanskog). Sunne beslöt att anta anbudet från Mellanskog.

Skogssällskapet ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Vidare yrkar Skogssällskapet att förvaltningsrätten omedelbart förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Sunne motsätter sig bifall till Skogssällskapets ansökan.

Förvaltningsrätten har den 5 november 2010 underrättat parterna att ansökan om överprövning har gjorts och att förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen av målet.

## PARTERNAS TALAN

### *Skogssällskapet*

Sunne har brutit mot de grundläggande principerna i LOU. I förfrågningsunderlaget under punkt 1.2.4 anges att anbudsgivare skall stå utan intressen från sågverk- och massavedsindustrin för att kommunen önskar en fristående förvaltare. I komplettering har "skall-kravet" justerats av Sunne såtillvida att kravet har luckrats upp genom att anbudsgivaren "bör" stå utan intressen från sågverk- och massavedsindustrin men har samtidigt preciserat följande. "Det innebär att anbudsgivaren inte får sälja mot egen prislista och inte ha ägarintresse hos virkesköparen". Mellanskog har bifogat egna prislistor till sitt anbud samt hänvisar till detta i sitt presentationsmaterial på sin hemsida.

Vidare är Mellanskog den tredje största aktieägaren i Setra AB. Bolaget äger ett flertal sågverk och är en mycket stor köpare av virke. Genom ägarintressen i Setra AB, som äger ett flertal sågverk, ska Mellanskogs anbud underkännas då det inte uppfyller förfrågningsunderlaget. Vidare kan det inte, p.g.a. ägarintresset, uteslutas att aptering sker utan för skogsägarens bästa ekonomiska utfall. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren ombesörja att skogsägarens virke försäljs till så fördelaktigt pris som möjligt. Till anbudet har Mellanskog bifogat egna prislistor som inte anger de priser som skogsägarens virke kan komma att säljas för till slutliga köpare av virket. Mot angivna bakgrunder är utvärderingen av Mellanskogs anbud felaktig. Sunne har felaktigt beslutat att tilldela Mellanskog tjänsten. Skallkravet ändrades till ett börkrav för att inte Mellanskog skulle diskvalificeras.

Att hänvisa till konkurrensprincipen är en efterhandskonstruktion då det dels inte förelåg fler än två anbudsgivare och Mellanskog således hade varit diskvalificerad, dels att konkurrensen inte hade stärkts genom att frångå skallkravet. Genom att frångå skallkravet behöver inte anbudsgivaren vara fristående, med risk för att kommunen inte erhåller det mest fördelaktiga priset. De prislistor som Skogssällskapet anger är de priser som kommunen efterfrågar i anbudsunderlaget. De prislistor som Mellanskog bifogat i sitt anbud anger de priser som Mellanskog köper för. Enligt huvudregeln i LOU får förfrågningsunderlaget inte ändras under upphandlingens gång. Myndigheten kan dock genom ett förtydligande korrigera en oklarhet eller en ofullständighet, men inte ändra ett väsentligt villkor. Ett villkor i förfrågningsunderlaget som är ett så kallat skallkrav är ett väsentligt krav och kan inte ändras under upphandlingens gång.

#### *Sunne*

I förfrågningsunderlaget (komplettering nr 1) är det inte ett skallkrav att anbudsgivare ska stå utan ägarintressen i sågverks- och massaindustrin. Med anledning av detta kan inte vinnande anbudsgivare uteslutas från upphand-

lingen. Mellanskog är, enligt uppgift, fri att sälja kommunernas skogsprodukter till den som betalar mest på den öppna marknaden och verka för att aptera efter bästa ekonomiska utbyte för kommunernas skogar. Mellanskogs försäljningar av timmer och massaved i Värmland bygger helt och hållet på extern försäljning. Mellanskogs prislista, som det hänvisas till i anbudet, bygger på försäljningar till externa sågverk inom området. Att utesluta anbudsgivare som har ägarintressen i sågverk skulle innebära minskad konkurrens. I detta fall hade de inte fått någon konkurrens alls eftersom endast två anbud inkom. Med hänvisning till konkurrensprincipen valde man att gå ifrån skullkravet att anbudsgivaren skall stå utan några ägarintressen från sågverk och massavedsindustrin .

Texten i punkten 1.2.4. ändrades för att, i enlighet med EU:s grundläggande principer för upphandling, tillse att föreskrifter är proportionerliga och inte hindrar konkurrensen. Ursprungsföreskriften innebar att anbudsgivare med ägarintressen i sågverk- och massaindustrin inte hade möjlighet att lämna anbud. Då man erhöll den ställda frågan övervägdes om kravet var rimligt. Slutsatsen blev att kravet kunde anses som oproportionerligt i och med att mindre ingripande alternativ fanns. Av den anledningen föreskrevs att anbudsgivare som hade ägarintressen i sågverk- och massaindustrin inte fick sälja mot egen prislista. Ändringen innebar vidare att anbudsgivare inte får sälja överhuvudtaget till virkesköpare som anbudsgivare har ägarintressen i. På detta vis uppnåddes en rimlig avvägning mellan motstående intressen. Av flera kammarrättsavgöranden framgår att en ändring av ett skullkrav som huvudregel ska anses som en väsentlig ändring. I detta fall är det emellertid fråga om en mindre ändring som inte påverkar Skogssällskapet på annat sätt än att konkurrensen ökar. Skogssällskapet har lämnat anbud och känt till ändringen. Endast en leverantör som inte lämnat anbud och som gör gällande att denne skulle ha lämnat anbud om denne känt till ändringen kan anses som skadelidande.

## DOMSKÄL

Upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010, varför LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 ska tillämpas i målet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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 2 kap. 8 § LOU samt av förarbetena till lagen framgår att med förfrågningsunderlag avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Till förfrågningsunderlaget hör också handlingar som kompletterar det (prop. 2006/07:128 s. 189).

I Sunnes förfrågningsunderlag anges bl.a. följande

### 1.2.4 Ägarintressen

Anbudsgivaren skall stå utan några ägarintressen från sågverk- och massavedsindustrin.

I Sunnes komplettering nr 1 anges bl.a. följande.

Fråga: Innebär skrivningen "Anbudsgivaren skall stå utan några ägarintressen från sågverk- och massavedsindustrin" att anbudsgivare som har sådana intressen är uteslutna från upphandlingen?

Svar: Nej.

**1.2.4 i administrativa föreskrifter ändras enligt nedan:**

Anbudsgivaren bör stå utan några ägarintressen från sågverk- eller massa-vedsindustrin. Det innebär att anbudsgivaren inte får sälja mot egen prislista och heller inte ha ägarintressen hos virkesköparen. Förvaltaren ska kunna stå fri att sälja virke på den öppna marknaden för att kunna få så högt pris som möjligt. Anbudsgivaren ska också vara öppen för alla försäljningsformer, d.v.s. leveransvirke, leveransrotköp och rotposter. Det får inte råda någon tvekan om att anbudsgivaren inte apterar efter bästa ekonomiska utfall av skogsägaren.

*Förvaltningsrättens bedömning*

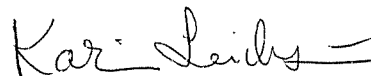
En upphandlande enhet torde inte vara förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför en väsentlig ändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett skall-krav bör dock normalt ses som en väsentlig ändring (jfr bl.a. Konkurrensverkets granskningsrapport "Länsrätternas domar om offentlig upphandling" [2007:2] s. 58 och 61).

I nu aktuell upphandling har Skogssällskapet gjort gällande att Sunne har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att en väsentlig ändring har gjorts i förfrågningsunderlaget för att vinnande anbud inte skulle diskvalificeras. Skogssällskapet har därvid anfört att ändring av skall-kravet som anges under avsnitt 1.2.4 i det ursprungliga förfrågningsunderlaget ändrats till ett bör-krav under upphandlingens gång samt att vinnande anbud inte uppfyllde det ursprungliga skall-kravet till skillnad från Skogssällskapet. Sunne menar att det ursprungliga skall-kravet var oproportionerligt och att det är fråga om en mindre ändring som inte påverkar Skogssällskapet på annat sätt än att konkurrensen ökar och att Skogssällskapet har lämnat anbud och känt till ändringen samt att endast en leverantör som inte lämnat anbud och som gör gällande att denne skulle ha lämnat anbud om denne känt till ändringen kan anses som skadelidande.

När det gäller förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling finner förvaltningsrätten att Sunnes komplettering nr 1 i p. 1.2.4 ”administrativa föreskrifter ändras enligt nedan”, innebär en väsentlig ändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Förändringen av det aktuella skall-kravet till ett bör-krav i förfrågningsunderlaget kan ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud, men som, om de haft kännedom om förändringen hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Den vidtagna förändringen i förfrågningsunderlaget får därför anses strida på såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen. Det förhållandet att förändringen i fråga tillställts de leverantörer som visat intresse genom att begära ut förfrågningsunderlaget måste under dessa förhållanden anses sakna betydelse.

För att åtgärd enligt 16 kap. 5 § ska beslutas krävs, förutom att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Eftersom det endast fanns två anbudsgivare och det vinnande anbudet (Mellanskog) skulle ha diskvalificerats om den väsentliga förändringen i förfrågningsunderlaget inte hade gjorts får Skogssällskapet anses ha visat att de lidit skada genom ändringen. Den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på sådant sätt att upphandlingen ska göras om. I och med denna dom upphör förlängd avtalsspärr att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 B).

  
Karin Leidzén

Beredare har varit förvaltningsrättsnotarien Caroline Sommar