



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013-08-08
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4477-13

SÖKANDE

Kingfisher Offshore AB, 556365-9027
 Västervångsgatan 6
 217 74 Malmö

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

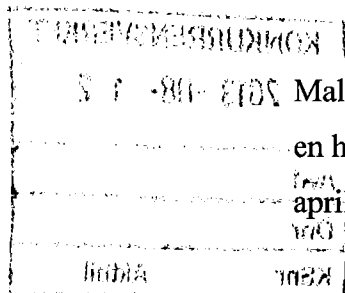
Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2013-08-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.



Malmö stad genomför upphandling avseende musselodling. Upphandlingen har genomförts med urvalsförfarande. Tilldelningsbeslut fattades den 25 april 2013 och SEA-U tilldelades kontraktet.

Kingfisher Offshore AB, nedan Kingfisher, har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt rättas. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Malmö stad har inte genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och på grund av detta kan Kingfisher lida skada. Stora delar av förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat, särskilt frågor som rör säkerhetskrav med även kostnadsberäkningar. Det föreligger dessutom flera oklarheter angående bl.a. prissättningarna i anbudet, vad som ska offereras och var tjänsten och produkten ska hanteras. I förfrågningsunderlaget går det dessutom inte att hitta några uppgifter om den totala arbetsvolymen och om förfrågan enbart gäller bropelare på svenskt vatten. Uppdragets förutsättningar har därmed inte tillräckligt noggrant angivits i förfrågningsunderlaget. Det går inte heller att göra en tids- och arbetsplan på grund av bristande information.

Malmö stad har ansett att Kingfisher inte uppfyller kraven eftersom de inte inlämnat en bilaga till anbudet. Detta dokument måste ha försvunnit vid hanteringen. Även om dokumentet inte anses inlämnat är det fel i förfrågningsunderlaget och upphandlingen kan därmed överprövas. SEA-U, som tilldelades kontraktet, är jäviga eftersom de har haft en klar fördel då de varit med som forskare i projektet. SEA-U har genom sitt agerande placerat sig i sådan position att de inte kan medverka i anbudsgivningen. Den andra anbudsgivaren, Arbetskraft Öresund, har inte medräknat de säkerhetskrav som krävs.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför bl. a. följande. Malmö stad har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande rättsprinciperna i lagen. Kingfisher lider inte och riskerar inte heller att lida någon skada. Upphandlingen har föregåtts av ett projekt som omfattade en förstudie med ett flertal projektdeltagare. Malmö stads arbete med musselodlingar startade 2010 med projektet som omfattar förstudien. Under 2011 gick SEA-U med som partner i projektet. Objektet för den aktuella upphandlingen kan dock inte tolkas som en fortsättning av projektet. I förfrågningsunderlaget ges leverantören möjlighet att utforma en tidsplan och till den relaterade aktiviteter delvis utifrån egna förutsättningar. Det anges dock inget krav avseende specificeringsgrad eller detaljnivå. Kingfisher har inte redovisat de efterfrågade uppgifterna. Det uppställda kravet är därmed inte uppfyllt och Kingfishers anbud kan således inte antas. Kingfisher har dessutom inte lämnat in ett signerat anbudsbrief, vilket var ett obligatoriskt krav enligt förfrågningsunderlaget. Den bristande kravuppfyllelsen leder till att Kingfisher inte riskerar lida eller har lidit någon skada.

Uppdragets omfattning och uppskattade volymer beskrivs i förfrågningsunderlaget. Beskrivningen av efterfrågade uppdragsdelar är inte uttömmande och redovisade volymer avseende tidsåtgång kan komma att utökas. Det framgår att utvärderingen baseras på förfrågningsunderlagets uppskattade volymer, vilka kan skilja sig från de som redovisas då uppdraget avslutas. Det framgår även att leverantören ska utföra olika delar av uppdraget med båt och att leverantören har tillgång till båt är en grundläggande förutsättning för att kunna genomföra uppdraget. Denna förutsättning är dock inte utformad som ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget. Potentiella och intresserade leverantörer har under upphandlingens annonseringstid kunnat ställa frågor om eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget uppfyller kraven på likabehandling, transparens, förutsebarhet och proportionalitet.

Tilldelad leverantör SEA-U har inte deltagit som konsult, medarbetare, informationsförmedlare, lobbyist eller likvärdigt under något skede i samband med upphandlingsprocessen. SEA-U har inte på något sätt medverkat i upphandlingsarbetet och har inte haft någon information eller kunskap om förfrågningsunderlagets innehåll före publicering. Den tidigare erfarenhet som SEA-U använder sig av i lämnad uppdragsbeskrivning kan likställas med den erfarenhet som en leverantör får genom ett tidigare samarbete med en avtalspartner. Konkurrensfördelen kan inte anses vara otillbörlig utan är en ofrånkomlig följd av den frekventa konkurrensutsättningen som sker vid tillämpning av LOU. Samtliga potentiella och intresserade anbudsgivare har således givits och har haft samma förutsättningar allt lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Samtliga krav som ställs på det som ska upphandlas ska finnas med i förfrågningsunderlaget och det ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upp-

rätthållas och ett anbud som inte uppfyller dessa krav måste läggas åt sidan.

Bristande kravuppfyllelse

I förfrågningsunderlaget (2.14) framgår att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren till anbudet bifogar en bilaga undertecknad av behörig företrädare för leverantören. Malmö stad uteslöt Kingfisher från utvärdering på grund av att bolaget inte uppfyllde alla obligatoriska krav, bl.a. avsaknad av undertecknad bilaga. Kingfisher har anfört att dokument måste ha försvunnit vid hanteringen. Kingfisher har dock inte visat att den aktuella bilagan faktiskt har skickats till Malmö stad. Någon skyldighet för Malmö stad att begära in en komplettering från bolaget har dessutom inte förelagat. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Kingfishers anbud inte uppfyller de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Malmö stads åtgärd att utesluta bolaget från utvärderingen i upphandlingen har således varit riktig.

Enligt förvaltningsrättens mening kan en anbudsgivare som rätteligen fått sitt anbud förkastat i kvalificeringsfasen normalt sett inte anses lida, eller riskera att lida, skada till följd av felaktigheter i ett upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten har ovan funnit att Kingfishers anbud inte uppfyller alla de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Kingfisher har visserligen hävdats att det föreligger allvarliga brister i förfrågningsunderlaget. De påstådda bristerna hänför sig emellertid till annat än vad som omfattas av en diskvalificeringsgrund för att utesluta Kingfisher, dvs. att till anbudet inte var bifogat ett undertecknande av behörig företrädare för leverantören. Kingfisher kan därmed inte anses ha lidit skada av de brister som bolaget har gjort gällande att upphandlingen har varit behäftad med.

I förevarande upphandling utvärderades dock endast ett anbud. Kingfisher kan mot bakgrund härav riskera att lida skada om även SEA-U:s anbud borde ha förkastats och upphandlingen inte skulle avslutats (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10).

Otillbörlig konkurrensfördel

Kingfisher har gjort gällande att SEA-U är jävig eftersom den haft en klar fördel som forskare i projektet och att SEA-U genom sitt agerande har placerat sig i sådan position att den inte kan medverka i anbudsgivningen. Det finns inte några bestämmelser i LOU som reglerar jävssituationer. Situationer där en konsult bistått en upphandlande myndighet med att bl.a. utforma förfrågningsunderlaget och senare medverkar i upphandlingen får istället bedömas utifrån de grundläggande principerna för offentlig upphandling, främst likabehandlingsprincipen. Av EU-domstolens praxis framgår att en leverantör som medverkat vid förstudier inför en upphandling eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte kan utestängas från deltagande i upphandlingen, om leverantören kan visa att dennes tidigare medverkan inte har inneburit en otillbörlig konkurrensfördel eller att det uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen (jfr Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot Belgien). Kammarrätten i Stockholm har genom dom den 11 februari 2010 i mål 6986-09 ansett att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts i en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare har fått en konkurrensfördel (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 december 2011 i mål 2458-11). Kammarrätten i Stockholm har funnit att det, i en situation där samma person som företräder den vinnande anbudsgivaren har medverkat i framtagandet av underlag för upphandlingen, finns en stark presumtion för att dessa dubbla funktioner har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen. Kammarrätten

har därför i denna situation frångått principen om att sökanden har bevisbördan i mål om offentlig upphandling. Huvudprincipen kvarstår dock. Förvaltningsrätten finner att den situation som föreligger i nu aktuellt mål inte kan likställas med den situation som förelåg i kammarrättens mål. Någon presumtion för att SEA-U:s deltagande i förstudien har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen föreligger således inte. Istället åligger det Kingfisher att visa att så är fallet.

Av utredningen i målet framgår att SEA-U deltagit i förstudien och bidragit till att ta fram en metod för musselodling i Öresund. SEA-U:s förutsättningar att lämna anbud kan till viss del ha påverkats av att SEA-U deltagit i projektet och därmed skaffat sig kunskap om verksamhetsområdet. SEA-U har dock inte deltagit som konsult, medarbetare, informationsförmedlare, lobbyist eller likvärdigt under något skede i samband med upphandlingsprocessen. Förvaltningsrätten finner att Kingfisher genom det som lagts fram i målet inte har förmått visa att SEA-U:s deltagande i projektet har medfört en snedvridning av konkurrensen i den aktuella upphandlingen. SEA-U:s anbud ska därför inte uteslutas på denna grund. Vid ett sådant förhållande kan inte Kingfisher anses ha lidit någon skada.

Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte. Kingfishers ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 b LOU)


Madeleine Westberg

Alexander Rappe har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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 högre 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.

