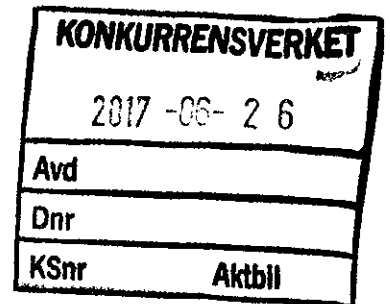




KLAGANDE

Odin Target AB, 556922-1392

Ombud: Advokaten Thomas Ekenberg och
biträdande juristen Jessica Grönberg
Ekenberg & Andersson Advokatbyrå AB
Box 7500
103 92 Stockholm



MOTPARTER

1. Umeå universitet
901 87 Umeå

2. COMTRI AB, 556380-5844

Ombud: Advokaten Hugo Norlén och
biträdande juristen Erik Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 21 februari 2017
i mål nr 1481-16, se bilaga A

SAKEN

Ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten beslutar att avtalet mellan Umeå universitet och
COMTRI AB den 3 maj 2016 är ogiltigt.

YRKANDEN M.M.

Odin Target AB (Odin) yrkar att kammarrätten ska förklara avtalet den 3 maj 2016 mellan Umeå universitet och COMTRI AB avseende totalentreprenad av skjutbana ogiltigt.

Umeå universitet (universitetet) anser att överklagandet ska avslås.

COMTRI AB (Comtri) anser att överklagandet ska avslås.

Odin anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Universitetet har genomfört en direktivstyrd upphandling (Skjutbana – Enheten för polisutbildningen, Umeå, dnr FS 2.1.2-1689-15). Efter att upphandlingen avbrutits bestämde universitetet sig för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Avtalet har upphandlats i strid med annonseringsreglerna och ska därför förklaras ogiltigt.

Förvaltningsrätten har kommit till slutsatsen att anbud med onormalt högt pris bör omfattas av begreppet icke godtagbara anbud i 4 kap. 2 § 1 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) och att de anbud som getts in i det öppna förfarandet varit ogiltiga eller inte kunnat godtas i enlighet med 4 kap. 2 § 1 angiven lag. Universitetet har först i förvaltningsrätten angett bestämmelsen i 4 kap. 2 § 1 h ÄLOU som tillämplig.

Förvaltningsrätten hänvisar till otydliga uttalanden i doktrinen och synes mena att onormalt höga anbud inte kan godtas med hänsyn till vad som är föreskrivet i 12 kap. ÄLOU om tilldelning av kontrakt. Även om det nya upphandlingsdirektivet föreskriver att oacceptabla anbud ska omfatta onormalt höga anbud framgår inte detta av gällande lagstiftning.

Att enbart stödja sig på otydliga uttalanden i doktrinen är inte rimligt. Särskilt med beaktande av att undantagsbestämmelser ska tillämpas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det

föreligger sådana omständigheter som medger tillämpning av en undantagsregel.

Det är uppenbart att universitetet inte har haft tillräckligt stöd för att fatta beslut om att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Upphandlingsreglerna har inte fått avsedd effekt då konkurrensen inte kunnat tillvaratas fullt ut.

Odin har inte fått någon möjlighet att uppfylla det obligatoriska kravet eftersom någon förhandling aldrig ägt rum där universitetet hade kunnat meddela sin ståndpunkt. Likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

Det företag som nu är avtalspart har inte tidigare byggt skjutbana för polisiärt bruk och det föreligger en stor skillnad mellan den skjutbana som upphandlas och den som vinnaren uppgivit som referensobjekt. Vinnaren har alltså inte den tekniska kapacitet som erfordras.

Universitetet anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Förvaltningsrättens dom är korrekt och bör inte ändras. Slutsatserna i domskälen är rimliga och leder till ett resultat som är skäligt och ligger i linje med vad som får anses vara syftet med förfarandereglerna i 4 kap. ÄLOU och 6 kap. i nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I nya LOU har begreppet ”anbud som inte kan godtas” bytts ut mot ”anbud som inte är acceptabla” (jfr 4 kap. 2 § 1 ÄLOU och 6 kap. 6 § LOU). Av direktivtexten framgår bl.a. att sådana anbud vars pris överskrider myndighetens budget är att anse som icke acceptabla.

Det finns inte några preklusionsfrister i ÄLOU. Det innebär att nya omständigheter får anföras så länge saken inte ändras. Såsom konstaterats i förvaltningsrätten står det klart i nya LOU att icke godtagbara anbud bl.a. är sådana som överskrider budget. Att innebörden av begreppet ”anbud som inte kan godtas” inte har framgått direkt av lagtexten innebär att begreppet

måste tolkas utifrån sitt syfte och sammanhang. Nya LOU innebär i stora delar en kodifiering av praxis och är således sådant som ansetts gälla redan enligt ÄLOU. Det är därför befogat att låta preciseringen i nya LOU ligga till grund för tolkningen.

Förfrågningsunderlaget är identiskt både i det öppna förfarandet och i det förhandlade förfarandet, vilket innebär att det inte har skett några väsentliga förändringar av villkoren.

Comtri anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Begreppet ”icke-godtagbara” anbud måste tolkas i ljuset av ändamålen med reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Bestämmelsen i 4 kap. 2 § ÄLOU avser situationen då det inte lämnats några anbud som kan antas oavsett om detta beror på brister hos anbudsgivaren eller brister i anbuden. Motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 6 § nya LOU. Det skulle framstå som märkligt med ett förfarande där annonsering behöver ske på grund av att ett anbud är ”olämpligt”. Förvaltningsrätten har tolkat begreppet ”icke-godtagbara” anbud på ett korrekt sätt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om Umeå universitet genomfört en otillåten direkt-upphandling av ett avtal som i så fall ska förklaras ogiltigt eller om universitet har haft rätt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Upphandlingen och avtalet som målet rör har påbörjats respektive slutits före den 1 januari 2017, vilket medför att ÄLOU ska tillämpas.

Rätten ska enligt 16 kap. 13 § ÄLOU besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan föregående annonsering och förutsättningarna enligt 4 kap. 5–8 §§ ÄLOU för att underlåta annonsering inte är uppfyllda.

Universitetet har gjort gällande att det haft rätt att avstå från annonsering vid övergången till förhandlat förfarande med stöd av bestämmelsen i 4 kap. 6 § ÄLOU. En upphandlande myndigheten som gör gällande att det finns förutsättningar att övergå till ett förhandlat förfarande utan annonsering har bevisbördan för att så är fallet.

Av 4 kap. 6 § jämförd med 4 kap. 2 § första stycket 1 ÄLOU framgår att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar kan avstå från att annonsera om upphandling i de fall då anbud som lämnats vid ett öppet förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas på grund av vissa uppräknade omständigheter. En första förutsättning för att kunna avstå från annonsering med stöd av bestämmelsen i 4 kap. 6 § ÄLOU är således att de anbudsgivare som bjuds in till ett förhandlat förfarande har lämnat anbud som är ogiltiga eller inte kan godtas på någon av de grunder som räknas upp i 4 kap. 2 § första stycket 1 a–h ÄLOU.

Universitetet har genom ett öppet förfarande inlett upphandling av en skjutbana. Upphandlingen avbröts på grund av att två av tre inkomna anbud inte bedömdes uppfylla samtliga obligatoriska krav och därmed var ogiltiga samt det tredje anbudet överskred budgeten för projektet och därför bedömdes vara olämpligt. Universitetet övergick sedan till förhandlat förfarande utan föregående annonsering och antog därefter ett anbud som lämnats av Comtri. Det avtal som prövas i målet träffades sedan mellan universitetet och Comtri den 3 maj 2016.

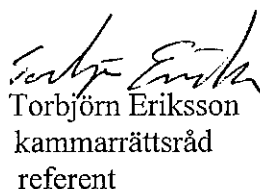
Odin har i förvaltningsrätten gjort gällande att inte någon av situationerna i 4 kap. 2 § 1 a–h ÄLOU är för handen. I utvärderingsprotokollet som upprättades efter det öppna förfarandet anges att Comtris anbud inte uppfyller ”skallkraven” i sitt innehåll och utförande. Vidare anges i protokollet att Odins anbud inte innehåller alla begärda uppgifter och att det således inte

uppfyller ”skallkraven”. Någon ytterligare information kring dessa anbud finns inte. Universitetet kan därmed inte anses ha visat att alla anbudsgivare som bjöds in till det förhandlade förfarandet tidigare lämnat anbud som var behäftade med någon sådan brist som räknas upp i 4 kap. 2 § 1 a–h ÄLOU. Eftersom universitetet redan av denna anledning inte visat att det föreligger förutsättningar att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska avtalet mellan universitetet och Comtri förklaras vara ogiltigt. Det har inte framkommit skäl att avtalet ändå ska bestå.

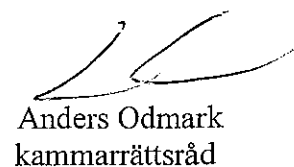
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande



Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd
referent



Anders Odmark
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



SÖKANDE

Odin Target AB, 556922-1392
Mjöfjärden 630
955 91 Råneå

Ombud: Thomas Ekenberg och Jessica Grönberg
Ekenberg & Andersson Advokatbyrå AB
Box 7500
103 92 Stockholm

MOTPARTER

1. Umeå universitet
901 87 Umeå

2. COMTRI aktiebolag, 556380-5844
Hjälmssta 209
743 86 Bälinge

Ombud: Erik Nilsson och Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Odin Target AB:s yrkande om att domstolen ska förelägga Umeå universitet att inge handlingar i målet.

Förvaltningsrätten avslår Odin Target AB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå universitet (UmU) har genom öppet förfarande infortrat anbud avseende Skjutbana – Enheten för polisutbildningen, Umeå (dnr FS 2.1.2 -1689-15).

Upphandlingen avbröts den 16 mars 2016 då två anbud (Odin Target AB:s, nedan Odin, och COMTRI aktiebolags, nedan Comtri) inte bedömdes uppfylla samtliga skall-krav och ansågs som ogiltiga och det tredje anbudet (MSE Engineering AB, nedan MSE) överskred budgeten för anskaffningen och ansågs som olämpligt.

UmU har därefter beslutat att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Samtliga kvalificerade leverantörer i det öppna förfarandet har erbjudits att delta och UmU beslutade den 28 april 2016 att tilldela kontrakt till Comtri.

Avtal mellan UmU och Comtri ingicks den 3 maj 2016.

I ansökan till förvaltningsrätten yrkar Odin att UmU:s avtal med Comtri ska ogiltigförklaras. Vidare yrkar Odin att förvaltningsrätten ska förelägga UmU att inkomma med handlingar som visar att Comtri uppfyller de tekniska och formella kraven, såvitt får förstås, avseende förteckning över fullgjorda, slutförda åtaganden som motsvarar föremålet för upphandlingen (se skallkrav 1.4 i det öppna förfarandet).

UmU och Comtri motsätter sig bifall till Odins ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Odin anför bl.a. följande.

UmU har genomfört en direktivstyrd upphandling i form av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid upphandling av totalentreprena-

den av skjutbanan, trots att förutsättningar för detta saknats. Något undantag från annonseringsplikten har inte förelegat och UmU har därmed åsidosatt sin skyldighet att annonsera upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU. Eftersom avtalet har upphandlats i strid med annonseringsreglerna i LOU ska avtalet förklaras ogiltigt.

UmU har som skäl för att avbryta upphandlingen och övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering hänvisat till bestämmelserna i 4 kap. 5 och 6 §§ LOU. Någon möjlighet att göra gällande undantag från annonseringsplikten med hänvisning till både 4 kap. 5 § och 4 kap. 6 § LOU i ett fall där två anbud bedöms som ogiltiga och det tredje bedöms som olämpligt är uteslutet enligt bestämmelsernas ordalydelse. Lagen skiljer mellan olämpliga och ogiltiga anbud och bestämmelserna kan inte tillämpas parallellt. UmU hänvisar nu enbart till 4 kap. 6 § LOU.

4 kap. 6 § LOU behandlar möjligheten till undantag från annonseringsplikten vid övergång till ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § LOU. Förutsättningarna för att övergå till ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § LOU måste dock alltjämt vara uppfyllda för att det ska vara relevant att, i steg två, undersöka om undantaget till annonseringsplikten vid förhandlat förfarande är tillämpligt eller ej. Dvs. samtliga anbud måste bedömas som antingen ogiltiga eller vara sådana att de inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i punkt 1 a-h.

4 kap. 2 § första stycket punkten 1 LOU

Endast två av tre anbud är ogiltiga och det tredje har bedömts som olämpligt av UmU. Inte heller är någon av situationerna i 4 kap. 2 § 1 a-h LOU för handen.

UmU menar att MSE:s anbud är ogiltigt enligt 4 kap. 2 § 1 h LOU. Detta med hänsyn till att Jan-Erik Falk i sin kommentar till LOU angett att anbud, utan att vara ogiltiga, kan vara olämpliga att anta t.ex. då anbud innehåller ett onormalt högt pris eller onormalt lågt pris.

Det är oklart vad Falk menar med denna formulering. Att punkt 1 h är tillämplig om ett anbud innehåller ett onormalt högt pris eller ett onormalt lågt pris eller när anbudet inte motsvarar enhetens förväntningar anges inte direkt i kommentaren. Falk verkar också ifrågasätta sig själv när han i nästa stycke anger att sådana anbud möjligen bör betraktas som olämpliga och faller under bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU (jfr Falk, *lagen om offentlig upphandling*, 3:e uppl., s. 162)

Enligt ordalydelsen i 4 kap. 2 § första stycket 1 h LOU finns en möjlighet att övergå till ett förhandlat förfarande när de anbud som lämnats inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 12 kap. om tilldelning av kontrakt. 12 kap. 3 § LOU ger endast en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förkasta onormalt låga anbud. Någon möjlighet att förkasta "onormalt höga anbud" föreskrivs inte i kapitlet.

Det är korrekt att det utgör ett sakligt skäl att avbryta en upphandling som överskrider budget. Att ett anbud överskrider budget är dock inte detsamma som att det inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 12 kap. LOU. Bestämmelsen i 1 h tar sikte på anbud som inte är förenliga med vad som angetts i förfrågningsunderlaget om tilldelning av kontrakt (jfr Muhlenbock E-M m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, 2 uppl., kommentaren till 4 kap. 2 § LOU) och därmed inte kan antas enligt 12 kap. LOU. Något takpris för upphandlingen har inte angetts i förfrågningsunderlaget och det saknas tydligt stöd för att bedöma att MSE:s anbud är ogiltigt enligt 4 kap. 2 § 1 h LOU, varför UmU inte har haft rätt att övergå till ett förhand-

lat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 § och 6 §§ LOU.

Kontraktsvillkor får inte ändras väsentligt

Kravet på att kontraktsvillkoren inte får ändras väsentligt innebär att upphandlingens identitet ska vara densamma efter övergången till den förhandlade upphandlingen. Ändringar av obligatoriska krav i upphandlingen anses som regel vara väsentliga.

UmU har efter övergången uppställt fler tekniska krav på kontraktsföremålet än vad som tidigare gjorts i det öppna förfarandet. Det har tidigare inte utgjort ett obligatoriskt krav att leverera tavelbelysning inklusive belysning för siluettmålen med dimmerfunktion, utan det har varit möjligt för anbudsgivare att endast lämna konsultation vid utformningen av denna. Ändå har UmU i utvärderingsprotokoll anfört att Odin inte uppfyller de tekniska kraven gällande belysning av målen.

Enligt Odins mening har UmU gjort en väsentlig ändring av villkoren gentemot villkoren i det förfrågningsunderlag som utannonserats. Det aktuella avtalet innehåller därmed sådana väsentliga förändringar att det är fråga om ett sådant kontrakt som enligt bestämmelserna i LOU skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande.

Uppfyllande av krav i 11 kap. LOU och formella krav

Odin ifrågasätter huruvida samtliga leverantörer faktiskt uppfyllt de tekniska krav som uppställts i enlighet med 11 kap. LOU och samtliga formella krav i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska kapacitet genom en förteckning över ett till tre fullgjorda, slutförda åtaganden som motsvarar föremålet för upphandlingen. Föremålet för upphandlingen är byggnation av en skjutbana för polisstudenter som ska kunna användas för vapen av kaliber 5.56x45 Nato (222 Re-

mington). Comtri har aldrig tidigare byggt någon karbinbana som varit dimensionerad för 5.56x45 Nato (222 Remington) på samtliga kulfång (jfr punkt D i kravspecifikationen). Odin har dock inte kunnat få denna del av Comtris anbud bekräftat eftersom UmU vägrat lämna ut anbudshandlingarna. Odin yrkar att förvaltningsrätten förelägger UmU att komma in med handlingar som visar att Comtri uppfyller de tekniska och formella kraven i detta avseende.

Det kan också ifrågasättas om de två anbud som inte uppfyllt skall-kraven gällande utförande och innehåll uppfyller de formella kraven i upphandlingen och om UmU redan på grund av detta inte haft rätt att tillämpa undantagsbestämmelsen.

UmU anför bl.a. följande.

UmU anser i första hand att det är möjligt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering när det som i aktuellt fall föreligger både giltiga och ogiltiga anbud. Detta under förutsättning att samtliga inbjudna deltagare uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU samt de formella kraven.

I doktrinen (Muhlenbock E-M m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar [1 maj 2015], kommentar till 4 kap. 6 § LOU) framförs att ”för att den här aktuella bestämmelsen ska ha ett ändamålsenligt tillämpningsområde är det rimligt att det med ”formella krav” avses ett snävare tillämpningsområde än ”ogiltiga” anbud. Möjligen ska med formella krav avses endast de formkrav som myndigheten har valt att ställa upp på anbudets utformning och inte samtliga de förhållanden som avses i a-e) och h) i 2 §.”

Upphandlingen avbröts således med anledning av att inkomna anbud var ogiltiga och olämpliga och UmU övergick sedan till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 6 § LOU.

Om domstolen anser att det inte går att tillämpa 4 kap. 6 § LOU när det föreligger både giltiga och ogiltiga anbud och/eller att MSE:s anbud inte är att bedöma som olämpligt är det i andra hand UmU:s uppfattning att man kunna övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 och 6 §§ LOU då MSE:s anbud är ogiltigt enligt 4 kap. 2 § 1 h) LOU.

4 kap. 2 § första stycket punkten 1 LOU

Av 4 kap. 2 § 1 h) följer att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om ett anbud som lämnats vid ett öppet förfarande är ogiltigt eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 12 kap. om tilldelning av kontrakt. I doktrinen (Falk, Lagen om offentlig upphandling, 3:e uppl., s. 162) anförs att denna punkt är tillämplig om ett anbud innehåller ett onormalt högt pris eller ett onormalt lågt pris eller när anbudet inte motsvarar enhetens förväntningar.

Inför upphandlingen företog UmU en marknadsundersökning genom att besöka skjutbanor som använts för polisutbildningar för att bl.a. få en prisbild. Utifrån denna prisbild har UmU satt en budget med utgångspunkt i vad som får anses vara ett normalt marknadspris. Anbuden från Odin och Comtri höll sig inom denna budget medan anbudet från MSE var mer än fyra gånger så dyrt. UmU kunde inte anta MSE:s anbud på grund av det, i jämförelse med vad som kommit fram vid marknadsundersökningen, onormalt höga priset som vida översteg den förväntade prisbilden. Anbudet var helt enkelt inte godtagbart. UmU avbröt därmed upphandlingen då det fanns två ogiltiga anbud och ett icke godtagbart anbud. Då samtliga tre anbud uppfyllde kraven i 10 och 11 kap. LOU samt de formella kraven förelåg förutsättningar för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 6 § LOU.

Ingen väsentlig ändring av villkoren har skett

I kravspecifikationen punkt D 12 anges att leverantören ska leverera tavelbelysning inklusive belysning för siluettmålen. Detta var alltså ett skall-krav enligt det annonserade förfrågningsunderlaget vid det öppna förfarandet och ingen ändring har skett. Vidare framgår av kravet i D 12 att det ska vara möjligt att dimra. Inget i förfrågningsunderlaget har med andra ord ändrats vid övergången från det öppna förfarandet till det förhandlade förfarandet.

Comtris uppfyllelse av de tekniska kraven

Det aktuella skall-kravet i punkten 1.4 är följande: "För att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område, skall anbudsgivaren styrka den tekniska kapaciteten genom en förteckning över ett (1) till tre (3) fullgjorda, slutförda åtaganden som motsvarar föremålet för upphandlingen, dvs. skjutbana för polisiär utbildning alt. militärt eller på liknande sätt."

Föremålet för upphandlingen har alltså preciserats i kravet och avser polisiär eller militär utbildning och inte en skjutbana som ska kunna användas för vapen av kaliber 5.56x45 Nato (222 Remington).

Comtri har skickat in ett referensobjekt som uppfyller kravet. Några relevanta omständigheter som ger anledning att ifrågasätta att Comtri uppfyller kravet i denna del har inte framkommit.

De invändningar Odin har är inte relevanta för att avgöra kravuppfyllelsen. Därmed har handlingarna heller inget bevisvärde för bedömningen och domstolen behöver dem inte för sin granskning.

Förhandling har genomförts med de inbjudna leverantörerna

Odin menar att ingen egentlig förhandling har skett. UmU har bjudit in samtliga tre leverantörer som deltog i det öppna förfarandet och har haft

dialog med samtliga leverantörer om deras tidigare anbud och förhandlat med dem utifrån de ställda kraven i förfrågningsunderlaget. Odin har bjudits in till det förhandlade förfarandet och har haft möjlighet att komplettera och förtydliga sitt anbud samt ställa frågor, se bifogad logg över händelser där inbjudan till förhandling samt Odins inkomna handlingar i det förhandlade förfarandet framgår. Förhandling har således skett med Odin.

Tvingande hänsyn till allmänintresse

Om förvaltningsrätten skulle finna att UmU använt ett felaktigt förfarande och att det föreligger förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet bör avtalet kvarstå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Comtri anför bl.a. följande.

Comtri uppfyllde kvalificeringskraven i det första förfarandet, bl.a. genom att styrka sin tekniska kapacitet med ett referensobjekt motsvarande upphandlingsföremålet, dvs. "skjutbana för polisiär utbildning alt. militärt på liknande sätt". Comtri har byggt skjutbanor för bl.a. svensk polis och militär sedan 1992 och har totalt byggt ett 50-tal skjutbanor. Det fanns inget krav på att leverantörer skulle ha byggt en karbinbana för en viss kaliber och UmU har som beställare tolkningsföreträdare. Den tolkning som Odin förespråkar saknar dessutom stöd i LOU, eftersom det inte är tillåtet att ställa krav som utesluter likvärdiga referenser.

Comtri uppfyllde vidare de formella kraven i det första förfarandet trots att anbudet var ogiltigt enligt 4 kap. 2 §. Det är visserligen oklart vad som avses med de "formella kraven i upphandlingen" i 4 kap. 6 §, men eftersom bestämmelsens tillämplighet förutsätter antingen ogiltiga anbud eller icke-godtagbara anbud är det rimligt att anta att skrivningen är tänkt att avse endast formkrav som ställts på anbudets utformning.

Comtri uppfyllde således såväl kvalificeringskraven som de formella kraven i den första upphandlingen.

Frågan om det var rätt eller fel av UmU att bjuda in Comtri till den andra upphandlingen har dessutom ingenting att göra med förutsättningarna för att avstå från annonsering, vilket är en förutsättning för ogiltighet, och saknar därför relevans för det aktuella målet.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. (16 kap. 13 § första stycket p 1 LOU)

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas bl.a.

om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga (p 1) eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 12 kap. om tilldelning av kontrakt (p 1 h). Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt. (4 kap. 2 § första stycket 1 h och andra stycket LOU)

I de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande eller i en konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta. (4 kap. 6 § LOU)

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.
(4 kap. 5 § första stycket 1 LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att i målet aktuellt avtal inte föregåtts av någon annonsering. UmU menar att det funnits förutsättningar för att, i enlighet med bestämmelserna i 4 kap. LOU, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Odin däremot menar att det inte föreligger sådana förutsättningar och att det därför är fråga om en otillåten direktupphandling.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Undantagen från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar ska vidare tolkas restriktivt.

Förvaltningsrätten avser att först pröva huruvida omständigheterna är sådana att förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 1 LOU fått användas. Om så är fallet uppkommer frågan om förutsättningarna i 4 kap. 6 § LOU för att få avstå från annonsering är uppfyllda.

4 kap. 2 § första stycket punkten 1 LOU

UmU menar att två anbud är ogiltiga och det tredje anbudet icke godtagbart.

De två anbud som ansetts som ogiltiga har inte bedömts uppfylla samtliga skall-krav i det tidigare öppna förfarandet. Förvaltningsrätten kan härvidlag

konstatera att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget är att betrakta som ogiltiga enligt aktuell bestämmelse, se bl.a. Rosén Andersson m.fl., Lagen om upphandling – en kommentar (Zeteo, version 30 juni 2014, kommentaren till 4 kap. 2 §).

UmU anför att det tredje anbudet hade ett onormalt högt pris som innebar att budgeten skulle överskridas med mer än fyra gånger. Frågan är om anbud med onormalt högt pris utgör icke godtagbara anbud och därmed omfattas av den aktuella bestämmelsen. Odin menar att så inte är fallet.

Falk uttalar, beträffande punkten 1 h), att anbud, utan att vara ogiltiga, ändå kan vara olämpliga att anta, t.ex. då anbud innehåller ett onormalt högt pris eller ett onormalt lågt pris (Falk, Lagen om offentlig upphandling, 3:e uppl., s. 162).

I det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) har förtydligats vad som avses med ogiltiga och oacceptabla anbud. I artikel 26.4 b anges bl.a. att i synnerhet ska anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras, och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds anses vara oacceptabla.

Mot bakgrund av Falks kommentar och förtydligandet i direktivet anser förvaltningsrätten att anbud med onormalt högt pris bör omfattas av begreppet icke godtagbara anbud i 4 kap 2 § 1 LOU. Att något takpris inte angetts i förfrågningsunderlaget föranleder inte någon annan bedömning. Det viktiga måste vara att en budget beslutats innan upphandlingsförfarandet inleds. Att se anbud med onormalt högt pris enbart som olämpliga anbud enligt 4 kap. 5 § skulle också strida mot ändamålet med 4 kap. 2 §, som avser förhandlat förfarande med föregående annonsering, och 4 kap. 5 §, som avser förhandlat förfarande utan föregående annonsering och medföra märkliga konse-

kvenser som t.ex. att i ett fall som detta skulle varken ett förfarande enligt 4 kap. 2 § eller 5 § LOU kunna tillämpas. Även med beaktande av att undantagsbestämmelser ska tolkas restriktivt talar övervägande skäl för att anbud med onormalt högt pris bör omfattas av bestämmelsen ifråga. De anbud som getts in i det öppna förfarandet har således varit ogiltiga eller inte kunnat godtas i enlighet med 4 kap. 2 § första stycket punkten 1.

Har villkoren för kontraktet ändrats väsentligt?

En ytterligare förutsättning för att kunna tillämpa 4 kap. 2 § första stycket punkten 1 är att villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt i förhållande till den tidigare upphandlingen.

Vad som avses med väsentliga förändringar framgår inte av lagen eller det bakomliggande direktivet, utan får bedömas utifrån den praxis som utvecklats. Som Odin anført brukar ändringar av obligatoriska krav som regel anses vara väsentliga.

Odin menar att UmU efter övergången uppställt fler tekniska skall-krav på kontraktetsföremålet än vad som tidigare gjorts i det öppna förfarandet. Förvaltningsrätten noterar att det, beträffande de aktuella kraven, angetts följande i den ursprungliga upphandlingens Kravspecifikation;

D Teknik/Funktion

12. Leverantören ska leverera tavelbelysning inklusive belysning för siluettmålen. Dessa ska sinsemellan vara möjliga att dimra oberoende av varandra.

G Övriga tjänster

18. Antagen leverantör skall även vara rådgivande i belysningsfrågor i hela lokalen. Om det inte är möjligt att leverera tavelbelysning ska företaget även lämna konsultation i utformningen av sådan.

Det framgår således tydligt av punkten D 12 att leverantören ska leverera tavelbelysning inklusive belysning för siluettmålen och att det ska vara möjligt att dimra. Vad som anges i punkten G 18 kan möjligen ses som lite motsägelsefullt jämfört med vad som anges i punkten D 12. Denna omständig-

het kan enligt förvaltningsrättens mening dock inte förta betydelsen av de tydligt utformade kraven i punkten D 12. Kraven fanns således redan vid det öppna förfarandet. Härmed följer att villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt i förhållande till den tidigare upphandlingen.

Är förutsättningarna i 4 kap. 6 § LOU uppfyllda?

En upphandlande myndighet får enligt nämnda bestämmelse avstå från annonsering, såvida den i ett förhandlat förfarande endast bjuder in de anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kapitlet och som i den tidigare upphandlingen uppfyllt de formella kraven.

Odin ifrågasätter om Comtri uppfyllt samtliga krav som uppställts i enlighet med 11 kap. LOU, närmare bestämt Krav 1.4, och samtliga formella krav i upphandlingen.

Krav på bilaga 1.4 lyder, i för detta mål relevanta delar, enligt följande:

För att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område, skall anbudsgivaren styrka den tekniska kapaciteten genom en förteckning över ett (1) till tre (3) fullgjorda, slutförda åtaganden som motsvarar föremålet för upphandlingen, dvs. skjutbana för polisiär utbildning alt. militärt eller på liknande sätt.

Odin ifrågasätter om Comtri har erfarenhet av att bygga skjutbana dimensionerad för 5.56x45 Nato (222 Remington) på samtliga kulfång. I Krav på bilaga 1.4 avses erfarenhet av slutförda åtaganden som motsvarar föremålet för upphandlingen, vilket i kravet har angetts som skjutbana för polisiär eller militär utbildning. Odins invändning i denna del är därför inte relevant. Det finns inget i målet som ger någon som helst indikation på att det referensobjekt som ingetts av Comtri inte skulle uppfylla kravet på det sätt som det har beskrivits i Krav på bilaga 1.4. UmU har också, i det tidigare öppna förfarandet, bedömt att kravet uppfylls. Det var skall-krav avseende innehåll och utförande som inte bedömdes uppfyllda i det öppna förfarandet. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns något som tyder

på annat än att Comtri uppfyller krav 1.4. De invändningar som förts fram av Odin är inte av relevans för denna prövning, varför det inte finns något behov av att begära in efterfrågade handlingar varken utifrån förvaltningsrättens utredningsskyldighet eller utifrån Odins begäran om edition.

Vad gäller anbudsgivarnas uppfyllande av de formella kraven är det oklart vad som avses med ”de formella kraven” i den aktuella bestämmelsen. För att bestämmelsen ska ha ett ändamålsenligt tillämpningsområde är det rimligt att anta att ”formella krav” är tänkt att ha ett snävare tillämpningsområde än ”ogiltiga” anbud, med ”formella krav” torde endast avses de formkrav som den upphandlande myndigheten ställt upp på anbuden, jfr Helena Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar (Zeteo, version 30 juni 2014, kommentaren till 4 kap. 6 §) och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, s. 178). Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte finns något i målet som indikerar att någon av de tre anbudsgivarna som inbjöds till det förhandlade förfarandet inte skulle ha uppfyllt formkraven i den tidigare upphandlingen. Inte heller av denna anledning finns därför något behov av att begära in handlingar i målet.

Genomförande av förhandling med inbjudna leverantörer

Odin menar att ingen egentlig förhandling har skett. Mot bakgrund bl.a. av den av UmU bifogade loggen över händelser finner förvaltningsrätten dock inte stöd för det påståendet.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att förutsättningarna i såväl 4 kap. 2 § LOU som 4 kap. 6 § LOU är uppfyllda, varför UmU haft fog för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det avtal som är föremål för förvaltningsrättens prövning har således inte tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Det har vidare inte framkommit att det förhandlade förfarandet skulle ha genomförts på ett sätt som strider mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner vidare inte skäl att förelägga UmU att inge av Odin efterfrågade handlingar.

På grund av det anförda ska

- Odins ansökan om överprövning av giltigheten av det avtal som tecknats den 3 maj 2016 mellan UmU och Comtri avslås, och
- Odins yrkande om att förvaltningsrätten ska förelägga UmU att inge handlingar beträffande Comtris uppfyllande av tekniska och formella krav avslås.

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



Carolin Persson Munther
Tf. rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.