



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-02-02
Meddelad i
Göteborg

Sida 1 (8)

Mål nr
15277-11 E, 17014-11 E
17015-11 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507
Box 799
191 27 Sollentuna

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

Partille kommun
433 82 Partille

Lerums kommun
443 80 Lerum

Partillebo AB
Box 87
433 22 Partille

Ombud för Lerums kommun och Partillebo AB;
Partille kommun
433 82 Partille

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller TDC Sverige AB:s ansökan och beslutar att
upphandlingen skall göras om.

KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 0 2	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 127512

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Partille kommun, Lerums kommun och Partillebo AB har genomfört en upphandling avseende operatörsberoende kommunikationstjänster avseende växeltjänst och telefonitjänster (dnr KS/2011:144).

Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Av upphandlingsföreskrifterna framgår att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Av upphandlingsföreskrifterna framgår vidare att anbud skall vara upphandlarens ombud tillhanda senast den 1 november 2011. Det framgår också att kommunerna kan komma att förtydliga förfrågningsunderlaget under anbudstiden och i samband med förhandling.

Anbudsöppning ägde därefter rum den 2 november 2011 och av skrivelse som upprättades i samband med öppningen av anbuderna framgår att två bolag lämnat anbud – TDC Sverige AB (TDC) och TeliaSonera Sverige AB (Telia).

I en skrivelse, daterad den 15 november 2011, uppmanade Partille kommun samtliga anbudsgivare att komplettera sitt anbud med en reviderad prisbilaga i anledning av att en rättningsbegäran inkommit avseende av misstag felaktigt angivna priser. Den reviderade prisbilagan skulle vara kommunen tillhanda senast den 18 november 2011.

Av tilldelningsbeslut den 21 november 2011 framgår att kommunen beslutade att anta Telias anbud.

YRKANDEN M.M.

TDC:s ansökan om överprövning

TDC yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen skall rättas på så sätt att en ny utvärdering skall företas, varvid Telias otillåtna komplettering avseende anbudspris inte skall beaktas, innebärande att Telias anbud skall utvärderas utifrån det ursprungligen angivna priset om 3 000 kr per enhet. Till stöd för sin talan anför TDC i huvudsak följande.

Telias ursprungliga prisuppgift för "nyttjande av kommunikations-tjänst/telefonist uppgick till 3 000 kr per enhet. I den ändrade prisbilagan som Telia gav in efter att kommunens kompletteringsförfrågan sändes ut uppges motsvarande pris till 1 500 kr per enhet. Av uppgifter från kommunens handlingar framgår att händelseförloppet avseende Telias prisändring i anbudet gick till så att en person från Telia tog kontakt med kommunen den 15 november och begärde att få ändra priset för den aktuella kategorin från 3 000 kr till 1 500 kr. Därefter, samma dag sände kommunen ut en kompletteringsförfrågan till de båda anbudsgivarna, varefter Telia kom in med sin ändrade prisbilaga.

Kommunens beslut att låta Telia ändra sitt anbudspris i upphandlingen efter anbudstidens utgång strider mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Av bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Förtydligande eller kompletterande av handlingar som getts in tillåts också. Endast klargörande av uppgifter som redan angivits i anbudet får således och annat än marginella sakuppgifter får inte tillföras anbudet.

Telia har lämnat en helt ny prisuppgift som inneburit en halvering av bolagets anbudspris för den aktuella kategorin, dvs. en väsentlig förändring som dessutom medförde att Telia vann upphandlingen. Av handlingarna framgår dessutom att initiativet till prisändring kom från Telia och inte från kommunen. Kommunen borde ha lämnat Telias begärda prisändring utan avseende. Grund föreligger därför för att upphandlingen skall rättas. Om Telias prisändring inte hade beaktats hade TDC vunnit upphandlingen med stor marginal, varvid det står klart att TDC kan komma att lida skada.

Partille kommuns inställning

Partille kommun (kommunen) anser att förvaltningsrätten skall lämna TDC:s talan utan bifall samt anför i huvudsak följande. Kommunen har behandlat alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande och öppet sätt samt genomfört upphandlingen affärsmässigt och i enlighet med gällande rätt.

Den upphandlande myndigheten har rätt och möjlighet att förhandla med anbudsgivarna. Av LOU framgår inte uttryckligen vad en förhandling får innefatta eller hur en förhandling skall gå till.

När en av anbudsgivarna begärt rättning av en del av det lämnade priset kunde den upphandlande myndigheten konstatera att det fanns affärsmässiga skäl att begära nya prisuppgifter. Den prisjustering som Telia anmält avsåg en mindre del av priset och utgjorde således inte en väsentlig del av det totala kontraktsvärdet. Vid sådant förhållande bör myndigheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat för att få fram det bästa anbudet. Samtliga anbudsgivare gavs möjlighet att lämna nya prisuppgifter och de fick samma tid på sig för att ge in en reviderad prisbilaga. Samtliga anbudsgivare har således behandlats lika och utan ovidkommande hänsyn. Det framgår även av rättspraxis att upphandlande myndighet av

affärsmässiga skäl kan inleda prispförhandling med leverantörerna. Det är kommunens uppfattning att det funnits affärsmässiga skäl för att inleda en prispförhandling med leverantörerna.

TDC:s bemötande

Kommunens påstående om att en förhandling enligt bestämmelserna i LOU skulle ha genomförts är en ren efterhandskonstruktion av kommunen. Det händelseförlopp som TDC beskrev i sin ansökan har inte bestritts av kommunen, vilket medför att detta får betecknas som ostridigt i sak. Av den skrivelse som kommunen skickade ut framgår inte på något sätt att en förhandling var under genomförande utan endast att det var fråga om en möjlighet för anbudsgivarna att komplettera sitt anbud på grund av eventuella felaktigt angivna priser.

Begreppet affärsmässighet har uttrangerats ur lagstiftningen avseende offentlig upphandling, varför det alltså inte finns något stöd i den nu gällande lagstiftningen för att den tidigare gällande principen om affärsmässighet skall beaktas vid genomförandet av en upphandling, såsom kommunen gjort gällande.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 2 kap. 9 § LOU framgår att med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att vid offentlig upphandling skall öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2 – 9 §§.

Enligt 16 kap. 5 § LOU skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts för det fallet att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta Förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 69 slagit fast att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt skall ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Högsta Förvaltningsdomstolen har vidare uttalat att förvaltningsrätten bara bör pröva de grunder som sökanden tar upp.

TDC har gjort gällande att kommunen inte genomfört någon förhandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Kommunen har i sin skrivelse till förvaltningsrätten i allmänna termer uttalat sig om att en upphandlande myndighet har rätt och möjlighet att förhandla med anbudsgivare samt, som det får förstås, även gjort gällande att en sådan förhandling ägt rum med Telia angående deras pris. Något bevis för att en sådan förhandling ägt rum saknas, utöver kommunens vaga uttalanden under skriftväxlingen i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I**DOM**Sida 7
15277-11

förvaltningsrätten. I stället finns det enligt förvaltningsrätten omständigheter som talar för motsatsen, dvs. att det inte skett någon förhandling. TDC har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten redogjort för hur de uppfattat händelseförloppet och nämnda beskrivning har inte ifrågasatts av kommunen och den beskrivningen innefattar inte något förhandlingsmoment. Vidare har kommunen 13 dagar efter det att man öppnade anbuden skickat ut en kompletteringsförfrågan där anbudsgivarna gavs möjlighet att inkomma med en revideras prisbilaga i anledning av att en rättningsbegäran inkommit avseende felaktigt lämnat pris. Nämnda förhållande utgör, enligt förvaltningsrätten, bevis för att det inte förekommit någon förhandling på sätt som kommunen gjort gällande. I sammanhanget kan det även noteras att kommunen i upphandlingsföreskrifterna angett att man kunde komma att anta anbud utan föregående förhandling. Sammantaget medför detta enligt förvaltningsrättens bedömning att TDC, som har bevisbördan, har visat att någon förhandling inte skett.

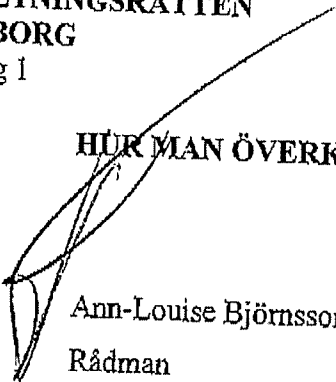
Huvudregeln då en upphandling genomförs är att den upphandlade myndigheten skall välja antingen ett öppet förfarande eller ett selektivt förfarande. Ett förhandlat förfarande kan endast användas i undantagsfall och om vissa i lagen angivna specifika förhållanden föreligger. I lagförarbetena anförs att avsikten med det förhandlade förfarandet är att anbuden skall anpassas till den upphandlande myndighetens krav och få fram det bästa anbudet, se prop. 2006/07:128 sid. 323. Det finns alltså ingen möjlighet, såsom kommunen synes mena, då man valt det förhandlade förfarandet att välja bort förhandlingsmomentet. Kommunen har därmed frångått sitt eget val av upphandlingsförfarande då man underlåtit att förhandla. Till följd härav anser förvaltningsrätten att det redan på denna grund finns skäl för ett ingripande med stöd av LOU. Förfarandet har medfört att TDC riskerat att lida skada. Med hänsyn till att det är fråga om så stora och grundläggande brister anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att besluta om rättelse utan att upphandlingen måste göras om.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 8
15277-11

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



Ann-Louise Björnsson
Rådman



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. 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 telefonnumret 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 uppgive 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 3109/1B LOU