



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2011-05-24
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 885-11E
 D2

KONKURRENSVERKET

2011-05-26

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

SÖKANDE

Sydtotal i Norr AB, 556398-9176
 Torpslingan 10
 973 47 Luleå

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Piteå kommun
 941 85 Piteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 16336

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 41

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
 0920-29 54 98

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-12:00
 13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Piteå kommun har i förfrågningsunderlag (förenklat förfarande) bjudit in till anbudsgivning avseende generalentreprenad, Strömbackaskolan hus 09, projekt Oden, etapp 2. Fyra anbud kom in, varav ett från Sydtotal i Norr AB (bolaget), vilket förkastades. Den 11 april 2011 beslutade kommunen att tilldela Bravida Sverige AB kontraktet.

Den 18 april 2011 beslutade kommunen att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades i tilldelningsbesked den 29 april 2011 med att deltagande anbudsgivare gjort gällande att det inte erhållit samtliga i förfrågningsunderlaget ingående handlingar och därmed inte kunnat lämna ett fullkomligt anbud. Vidare angavs i beskedet att kommunen kommer att göra en ny upphandling.

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara och upphäva beslutet samt förelägga kommunen att slutföra upphandlingen genom att fatta tilldelningsbeslut varvid bolaget ska tilldelas kontrakt.

Bolaget har anfört bl.a. följande. Kommunen har inte haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Beslutet strider därmed mot bestämmelserna i LOU så som dessa har tolkats i rättspraxis och har medfört att bolaget, som om upphandlingen hade slutförts på ett korrekt sätt skulle ha tilldelats kontrakt, har lidit skada.

Bolaget lämnade i likhet med tre andra anbudsgivare anbud i upphandlingen. Bolagets anbud förkastades dock och Bravida Sverige AB tilldelades kontraktet. Efter kontakter med kommunen framkom att kompletteringar

till förfrågningsunderlaget, PM1 och PM2, under anbudstiden av misstag från kommunen sida hade sänts ut till samtliga anbudsgivare utom bolaget. Bolaget hade således lämnat anbud utifrån de förutsättningar som framgick av det ursprungliga förfrågningsunderlaget och därför i sitt anbud inte kommenterat de i PM1 och PM2 tillkommande kraven i upphandlingen.

I upphandlingen har delar av förfrågningsunderlaget inte distribuerats till samtliga anbudsgivare, dvs. olika anbudsgivare har fått olika information, vilket även är anledningen till att kommunen har avbrutit upphandlingen. Detta är visserligen en brist i handläggningen men bristen är inte av det slaget att det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Tvärtom finns det långt mindre ingripande åtgärder för att säkerställa att anbuden blir jämförbara och att upphandlingen kan slutföras, åtgärder som kommunen enligt proportionalitetsprincipen, som innebär att det minst ingripande handlingsalternativet ska väljas, varit skyldig att vidta.

Kommunen skulle t.ex. kunna låta bolaget bekräfta att bolaget accepterar de tillkommande kraven i PM1 och PM2, utan att det påverkat bolagets anbudspris eftersom bolaget anser att PM1 och PM2 inte innebär någon kostnadspåverkan. Bolaget har då offererat ett anbud som kan utvärderas och antas av kommunen. Ett sådant agerande skulle inte heller strida mot den grundläggande principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU eftersom bolaget inte får någon konkurrensfördel jämfört med andra anbudsgivare. Bolaget har snarare lämnat anbudspris utifrån sämre förutsättningar än övriga anbudsgivare.

Vidare bör framhållas att upphandlingen är genomförd som ett förenklat förfarande, dvs. som ett förfarande enligt vilket förhandlingar alltid är tillåtna. Att låta bolaget justera sitt anbud i marginell utsträckning, genom att låta de tillkommande kraven i PM1 och PM2 rymmas inom det offererade

anbudspriset skulle vara helt i enlighet med det förhandlingsutrymme som finns vid ett förenklat förfarande.

Bolaget har offererat lägsta pris i upphandlingen och skulle därför om dess anbud hade utvärderats ha placerats på första plats i anbudsutvärderingen. Om kommunen agerat enligt LOU och inte avbrutit upphandlingen skulle bolaget således ha tilldelats kontrakt. Det står därmed klart att bolaget har lidit skada av beslutet.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. Vid anbudskvalificering konstaterade kommunen att bolagets anbud inte omfattade PM1 och PM2 och förkastades. Övriga anbudsgivare klarade kvalificeringen och utvärderades. Bolaget kontaktade kommunen när ett justerat beslut i upphandlingen var till hands och därmed en offentlig handling. Inget tilldelningsbesked var utskickat. Kommunen meddelade att bolagets anbud hade förkastats eftersom det var ofullständigt. Bolaget svarade att det inte fått ta del av någon komplettering av förfrågningsunderlaget och därmed lämnat ett ofullständigt anbud och inte fått samma förutsättningar som övriga anbudsgivare. Varför bolaget inte erhållit något meddelande om att förfrågningsunderlaget var kompletterat har inte kunnat spåras i upphandlingssystemet. Kommunen beslutade att avbryta upphandlingen. Skälet för det var likabehandlingsprincipen. Anbudsgivarna ska ha samma förutsättningar att lämna anbud. Att inleda förhandling var omöjligt när samtliga anbudspriser var kända för bolaget och övriga anbudsgivare. Om bolaget i efterhand tillåtits att den tidigare lämnade anbudssumman även skulle omfatta PM1 och PM2 hade det inneburit en konkurrensfördel och ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget

Bolaget har yttrat sig och anfört bl.a. följande. De tillkommande kraven i PM1 och PM2 har så marginell påverkan att priset i praktiken inte påverkas. Att låta bolagets redan offererade anbudssumma innefatta kraven i PM1 och PM2 skulle således inte i realiteten innebära någon konkurrensfördel för bolaget. Oavsett om bolaget känt till övriga anbudsgivares priser eller inte skulle bolaget inte ändrat sitt offererade pris. Brott mot likabehandlingsprincipen hade därför inte förelegat om bolaget fått bekräfta innehållet i sitt anbud på detta sätt. Bolaget vidhåller att kommunen i vart fall genom en begäran om förtydligande borde ha låtit bolaget komma in med en sådan bekräftelse. Bolaget vidhåller att kommunen inte haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att den, när den fattar ett sådant beslut, kan presentera sakliga skäl för beslutet och att den iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling.

Det som förvaltningsrätten ska pröva är om avbrytandebeslutet är sakligt grundat, dvs. om det är lagligt och förenligt med gemenskapsrätten. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det förelegat sakligt godtagbara skäl.

Det är i målet ostridigt att kommunen under anbudstiden kompletterat förfrågningsunderlaget genom två olika PM samt att bolaget inte fått del av kompletteringarna. Då kompletteringarna innehöll ska-krav blev följden för bolagets del att dess anbud förkastades.

I LOU finns inga detaljerade regler för när ett förfrågningsunderlag får ändras. Väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget får dock inte göras. En ändring i ett ska-krav bör normalt ses som en väsentlig förändring. Av praxis följer att upphandlingen i sådana fall ska göras om (se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-19). Av praxis följer även att en anbudsgivare på grund av risken för särbehandling som regel inte får komplettera anbudet avseende ska-krav i efterhand. Vidare får inte förhandling föras på ett sådant sätt att förfrågningsunderlaget väsentligt förändras, bl.a. avseende ska-krav.

De två PM som kommunen kompletterat förfrågningsunderlaget med innehåller såväl tillkommande ska-krav som ändrade ska-krav. Tilläggen och ändringarna är att anse som väsentliga. Som nämnts är komplettering av anbud avseende ska-krav som regel inte tillåtet. Att tillåta bolaget att komplettera sitt anbud på det sätt bolaget gjort gällande skulle på grund av risken för särbehandling vara oförenligt med 1 kap. 9 § och 15 kap. 12 § LOU.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att kommunen haft saklig grund för att avbryta upphandlingen. Beslutet kan inte anses strida mot gemenskapsrättsliga regler (jämför Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2010 i mål nr 1706-10). Ansökan ska därför avslås.

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



Eva Beselin