



SÖKANDE

S:t Eriks AB, 556203-4750
Industrivägen 4
245 34 Staffanstorp

Ombud: Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad

MOTPART

Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-01-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för betongvaror, dnr KS 2018/00329. Två bolag lämnade anbud – S:t Eriks AB (S:t Eriks) och Starka Betongindustrier kommanditbolag (Starka). Båda anbuden uppfyllde de av kommunen uppställda kraven men eftersom Starkas anbud var något lägre (1 463 906 kr) jämfört med S:t Eriks anbud (1 466 031 kr) antogs Starkas anbud. Detta framgår av tilldelningsbeslutet som meddelades den 17 augusti 2018.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som S:t Eriks har anfört.

YRKANDEN M.M.

S:t Eriks

S:t Eriks ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse, varvid upphandlingen inte får avslutas förrän ny utvärdering skett av Starkas anbud med beaktande av de brister som finns i detta.

Utifrån den goda kännedom som S:t Eriks har om Starkas produkter har noterats att Starkas anbud innehåller produkter som vid jämförelse med Starkas egen prislista för VA-system, vilken bifogats anbudet, inte återfinns i Starkas sortiment. Eventuellt kan Starka få leverans av vissa produkter som saknas, men inte samtliga. Starka har således offererat pris på produkter, utan att ha dem tillgängliga för leverans. Utifrån Starkas ingivna anbudsunderlag har Starka alltså offererat produkter som inte återfinns i det egna sortimentet. Följden av detta torde vara att anbudet ska förkastas såsom inte uppfyllande samtliga i upphandlingen ställda krav. Enligt punkten 3.2 i förfrågningsunderlaget har Starka åtagit sig att leverera så kallade standardprodukter inom en arbetsdag efter beställning, vilket inte

torde kunna uppfyllas då produkterna inte finns i Starkas eget sortiment. Utifrån detta uppfyller således inte heller anbudet från Starka det i punkten 4.2 uppställda kravet, trots att så angetts. Följden av detta torde också bli att anbudet ska förkastas såsom inte uppfyllande samtliga i upphandlingen uppställda krav.

Såsom anges i punkten 3.2 avses med standardprodukter de produkter som offererats i produktspecifikationen, bland annat rör med PG-fog. PG står i detta fall för prefabricerad glidfog och MG för medlevererad glidfog, vilket avser tätningen mellan de enskilda rören i ett vatten- och avloppsledningsnät. Systemen är inte kompatibla med varandra. För det fall Starka skulle tillåtas att i utvärderingssyfte offerera aktuella produkter med MG-fog skulle en likabehandling av anbudsgivarna även ge S:t Eriks möjlighet att offerera produkter med MG-fog istället för PG-fog. Detta skulle i så fall ha gett ett pris där S:t Eriks utvärderingssumma skulle ha understigit Starkas. Utifrån detta föreligger således brister i anbudet från Starka som skulle ha medfört att detsamma skulle ha förkastats.

Kommunen har tilldelat och rangordnat anbudet från Starka trots att detta står i strid med LOU. Vid en korrekt utvärdering av Starkas anbud, i förhållande till de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget, skulle Starkas anbud ha förkastats och kontraktet ha tilldelats S:t Eriks, varför sökanden kan komma att lida skada om rättelse inte vidtas.

Kommunen

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen delar inte S:t Eriks påstående att det föreligger brister i Starkas anbud. Något brott mot likabehandlingsprincipen har inte förelegat. Starkas anbud har utvärderats korrekt enligt den produktspecifikation som tillhandahållits i förfrågningsunderlaget. Något krav på att produkterna i produktspecifikationen ska finnas i anbudsgivarens prislista som denne har

gjort tillgänglig på t.ex. sin webbsida har inte ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det finns inte heller angivet att en sådan kontroll kan komma att genomföras. Kommunens utredningsskyldighet har således inte sträckt sig till att kontrollera vilka produkter Starka faktiskt har i sitt sortiment. S:t Eriks påståenden om aktuella produkter – påståenden som inte på något sätt har verifierats – utökar inte denna utredningsskyldighet.

Det ska även betonas att det generellt inte finns någon skyldighet för en upphandlande myndighet att kontrollera att lämnade uppgifter i ett anbud är riktiga, om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Utredningsskyldigheten sträcker sig inte längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som anges i förfrågningsunderlaget. Enbart den omständigheten att en produkt inte finns eller har en annan egenskap i t.ex. anbudsgivarens webbsortiment innebär inte att anbudsgivaren inte kan tillhandahålla produkten ifråga (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms mål nr 4060-14). Att göra en kontroll av offererade produkter utan att det framgår av förfrågningsunderlaget skulle strida mot transparensprincipen.

S:t Eriks

Angående utredningsskyldigheten så är det kommunen som valt ut vilka produkter som skulle ingå i produktspecifikationen utifrån att dessa utgör några av de mest frekventa produkterna. Kommunen har haft tillgång till bruttoprislista, där det tydligt framgår att aktuella produkter inte finns med i Starkas sortiment – ett sortiment som enligt förfrågningsunderlagets krav ska vara brett, varvid kommunen borde ha skapat sig en närmare kännedom om innehållet i prislistan och därvid noterat avsaknaden av aktuella produkter. Det får alltså anses utgöra ett minimum av anbudsgranskning att den upphandlande myndigheten tar del av det underlag som ges in, samt har kompetens för att dra nödvändiga slutsatser såsom att efterfrågad och ingiven VA-prislista inte innehåller efterfrågade produkter.

I vart fall har kommunen, genom de uppgifter som nu kommit fram, haft en skyldighet att närmare förhöra sig om det aktuella förhållandet hos anbudsgivaren, vilket uppenbarligen inte skett. Det ska noteras att upphandlingen ännu inte är avslutad och att ett ställningstagande där kommunen inte avser att kontrollera det nu aktuella förhållandet medför ett avsteg från likabehandlingen av anbudsgivarna.

Vad gäller påståendet om att det är tillräckligt att Starka vid avtalsstart kan leverera nu aktuella produkter är avgörandet från Kammarrätten i Stockholm, som kommunen hänvisar till, inte riktigt applicerbart eftersom kammarrättens avgörande avsåg leverans av generiskt vitt kopieringspapper som tillhandahålls av ett mycket stort antal återförsäljare runt om i Sverige. Tillgången av den produkten är således mycket god och en anbudsgivare kan med lätthet se till att leverans av produkten sker vid avtalsstart. Förhållandena i detta mål är väsentligen annorlunda eftersom de aktuella produkterna endast saluförs av ett mycket fåtal leverantörer i Sverige. Möjligheten att tillhandahålla en produkt som inte finns i anbudsgivarens eget sortiment är i princip obefintlig under de leveransförutsättningar som anges i förfrågan.

Det ska också i linje med hur marknaden ser ut konstateras att det mellan planerad avtalsstart och sista dag för anbud inte finns möjlighet för Starka att inleda produktion av aktuella produkter med hänsyn till de ledtider som finns inom betongindustrin.

Det som skett har varit att Starka offererat produkter som bolaget vid anbudets avgivande varit medvetna om inte skulle kunna leverera under de förutsättningar som angetts i förfrågan. Att trots detta tillåta Starka att delta i upphandlingen, när kommunen tydligt angett att anbud inte kan prövas om kraven inte uppfylls, är inte förenligt med upphandlingslagstiftningen.

Kommunen

Av förfrågningsunderlaget framgår inte att någon kontroll kan komma att genomföras om vilka produkter anbudsgivarna faktiskt har i sina sortiment. En sådan kontroll skulle därför inte vara förutsebar för Starka eller andra anbudsgivare, och följaktligen strida mot transparensprincipen. För det fall Starka efter avtalsstart inte levererar de produkter som kommunen ställt krav på i förfrågningsunderlaget är detta att anse som avtalsbrott. Det är således, givet hur förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling är utformat, inte en fråga som kan bli föremål för prövning.

S:t Eriks

Den nu aktuella frågan hänför sig till en grundläggande brist i anbudet som inte kan läkas. Den upphandlande myndigheten är således inför avtalstecknande och under pågående upphandlingsförfarande medveten om att det finns en brist i förhållande till efterfrågade produkter. En brist som, för det fall Starka hade redovisat korrekta uppgifter, skulle ha inneburit att Starkas anbud inte hade utvärderats. Att inte vidta åtgärder utifrån dessa förhållanden är inte i linje med likabehandlingsprincipen. Det är inte heller rättvist eller förutsebart i förhållande till och för de anbudsgivare som avstått från att lämna anbud av den anledningen att de inte kunnat uppfylla i upphandlingen ställt krav på att ha angivna produkter i sitt sortiment. Utvärdering av anbud i strid med brister i detsamma utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Frågan i målet är om kommunen handlat i strid med LOU genom att inte kontrollera om Starkas anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

S:t Eriks har anfört att kommunen vid anbudsgranskningen borde ha uppmärksammat att den VA-prislista, som Starka har bifogat till sitt anbud,

visar att Starka inte har samtliga offererade produkter i sitt sortiment. S:t Eriks menar att detta utlöst en skyldighet för kommunen att, i linje med likabehandlingsprincipen, inhämta verifikation från Starka att bolaget kan tillhandahålla produkterna inom de tidsramar som anges i upphandlingsunderlaget.

Inledningsvis kan det konstateras att vare sig i LOU, dess förarbeten eller rättspraxis finns stöd för att den upphandlande myndigheten skulle vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Denna skyldighet kan normalt inte sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 8 oktober 2014 i mål nr 4060-14 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 18 november 2016 i mål nr 2256-16 och dom den 21 maj 2013 i mål nr 388-13).

Något krav på att en anbudsgivare ska styrka att denne har tillgång till offererade produkter har inte ställts upp i upphandlingen och någon sådan skyldighet följer inte heller av LOU eller praxis. Kammarrätten i Stockholm har dessutom uttalat att enbart omständigheten att en produkt inte finns eller har en annan volym i anbudsgivarens webbsortiment, inte innebär att anbudsgivaren inte kan tillhandahålla produkten ifråga (se ovan nämnda avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 4060-14). Kammarrätten i Sundsvall har i sin tur, i ovan nämnda mål nr 2256-16, uttalat att endast om det *uppenbart* skulle ha framgått av anbudshandlingarna att anbudet inte uppfyllt ställda ska-krav hade det kunnat komma i fråga att ifrågasätta riktigheten i det lämnade anbudet.

Det har i förfrågningsunderlaget inte framgått annat än att det för anbudsgivaren räcker med att svara ja på frågorna under relevanta avsnitt för att

visa att denne uppfyller obligatoriskt ställda krav i upphandlingen. Det har inte heller angetts att någon form av kontroll av anbuderna utöver detta kan komma att genomföras. Mot bakgrund av att Starka agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att förhållandena inte är sådana att det uppenbart har framgått av anbudshandlingarna att anbudet inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

S:t Eriks har gjort gällande att avgörandet från Kammarrätten i Stockholm inte är tillämpligt eftersom det målet handlade om generiskt vitt kopieringspapper. Enligt S:t Eriks är förhållandena i detta mål väsentligt annorlunda eftersom möjligheten att tillhandahålla aktuella betongprodukter, för det fall de inte finns i anbudsgivarens eget sortiment, i princip är obefintliga. S:t Eriks har dock varken konkretiserat sina uppgifter närmare eller lämnat in någon bevisning till stöd för påståendet. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte framgår, utifrån vad S:t Eriks har anfört i målet, att kommunen har brutit mot LOU genom att inte kontrollera att Starkas anbud uppfyllt samtliga obligatoriskt ställda krav i upphandlingen, utöver den kontroll som sker vid en vanlig anbudsgranskning.

Sammanfattningsvis har S:t Eriks därför inte visat att kommunens förfarande i upphandlingen står i strid med de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Det saknas därför skäl att ingripa i upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Leo Willman.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

