

KLAGANDE
JEMM Entreprenad AB, 556528-0012
Box 105
280 60 Broby

Ombud: Advokaterna Emma Broddesson och Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART
Bromölla kommun
Box 18
295 21 Bromölla

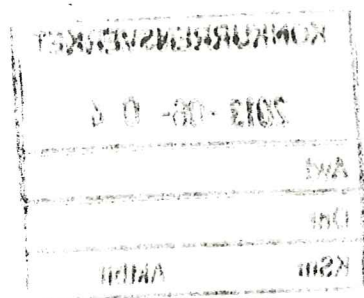
ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 14 januari 2013 i mål nr 12520-12,
se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med ändring av förvaltningsrättens dom beslutar kammarrätten att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en förnyad utvärdering, varvid Bromölla kommun beaktar JEMM Entreprenad AB:s anbud.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 januari 2013 upphör därmed att gälla.



YRKANDEN M.M.

JEMM Entreprenad AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud.

Bromölla kommun (kommunen) anser att överklagandet ska avslås.

Parterna åberopar vad de tidigare anfört och tillägger i huvudsak följande.

Bolaget

Det stämmer inte att en viktig uppgift utelämnats i anbudet. Genom godkännandet av de administrativa föreskrifterna har godtagits att anbudet varit giltigt i 60 dagar, vilket varit tillräckligt för att uppfylla skall-kravet ifråga. Det har således inte varit nödvändigt för kravets uppfyllelse att på visst sätt i visst formulär ange anbudets giltighetstid. Eftersom i förfrågningsunderlaget ställda krav uppfyllts har kommunen felaktigt uteslutit bolagets anbud. För det fall det aktuella kravet inte anses vara uppfyllt har kravet varit oproportionerligt. Det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på att anbudsgivarna på visst angivet sätt ska bekräfta att en ovillkorlig giltighetstid accepteras. Effekten av ett sådant krav blir att anbudsgivare som i anbudet accepterar giltighetstiden utesluts och den effekten står inte i proportion till syftet med kravet, nämligen att anbudet ska vara giltigt till en viss tidpunkt. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada då det, om dess anbud hade utvärderats, hade tilldelats kontraktet.

Kommunen

Det är självklart att en anbudsgivare som väljer att inte använda sig av det anbudsföreläggande som tagits fram måste stå risken om vissa uppgifter inte lämnats. Genom att i sitt anbud inte ange hur länge anbudet var

gällande har en viktig uppgift uteslutits i anbudet. Det var därför riktigt att utesluta anbudet från utvärderingen. En annan bedömning skulle innebära kränkning av likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att anbudsgivare i den aktuella upphandlingen enligt förfrågningsunderlaget getts möjlighet att avfatta sina anbud antingen på till underlaget bifogat anbudsformulär eller att lämna samtliga begärda uppgifter på annat sätt. I anbudsformuläret har lämnats utrymme för att ange anbudets giltighetstid. Samtidigt följer av de administrativa föreskrifterna att ”anbudsgivare är bunden av sitt anbud 60 dagar efter anbudstidens utgång”. Bolaget, som valt att inte använda sig av anbudsformuläret, har i sitt anbud hänvisat till de administrativa föreskrifterna och får därigenom anses ha lämnat den efterfrågade uppgiften avseende anbudets giltighetstid och således uppfyllt skalkravet härom. Kommunen har därmed, genom att utesluta bolagets anbud vid anbudsutvärderingen på den angivna grunden, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt förfrågningsunderlaget ska det anbud som offererar lägst pris antas (AFB.52). Då den anbudsgivare som enligt tilldelningsbeslutet skulle tilldelas uppdraget enligt uppgift från kommunen ska uteslutas från upphandlingen och bolaget lämnat det lägsta anbudet av de som återstår har bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Det finns således grund för åtgärd enligt 16 kap. LOU och överklagandet ska därför bifallas. Kammarrätten finner därvid att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, varvid kommunen vid en förnyad anbudsutvärdering beaktar bolagets anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.


Göran Bodin


Birgitta Henriksson
referent


Anders Cedhagen


/Elin Strand



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2013 -01- 14
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12520-12 E

Sida 1 (7)

SÖKANDE

JEMM Entreprenad AB, 556528-0012
Box 105
280 60 Broby

Ombud: Advokaterna Emma Broddesson och Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Bromölla kommun
Box 18
295 21 Bromölla

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår JEMM Entreprenad AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 139684

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattentalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bromölla kommun genomför en upphandling av luftbehandlingsinstallationer till Dalaskolan. Av tilldelningsbeslut den 29 november 2012 framgår att Bromölla kommun beslutat att anta anbudet från Ventilationservice i Sölvesborg AB.

JEMM entreprenad AB (JEMM) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken JEMM:s anbud beaktas, men Ventilationservice i Sölvesborg AB:s anbud inte beaktas. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Anbuden bör enligt AFB.31 vara avfattade på kommunens anbudsformulär med samtliga begärda uppgifter ifyllda. Om bifogat anbudsformulär inte används ska samtliga begärda uppgifter ingå i lämnat anbud. Enligt AFB.33 är anbudsgivaren bunden av sitt anbud 60 dagar efter anbudstidens utgång, dvs. till den 15 december 2012. Kommunen har uteslutit JEMM på grund av att kommunen anser att JEMM:s anbud saknar uppgift om hur länge anbudet är bindande. JEMM har i sitt anbud angett att arbetena kommer att utföras i överensstämmelse med förutsättningar i AFB.221 och däri förtecknade handlingar. Av AFB.221 framgår vilka handlingar som omfattas, däribland de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. Enligt de administrativa föreskrifterna ställer kommunen som krav att anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud i 60 dagar. JEMM:s anbud uppfyller därmed kraven då de genom sin hänvisning till AFB.221 och däri förtecknade handlingar i sitt anbud uttryckligen accepterar de krav som kommunen ställt bl.a. på anbudets giltighetstid. JEMM:s anbud skulle därmed rätteligen ha utvärderats.

De krav som en upphandlande myndighet uppställer ska vara proportionerliga. Syftet med kommunens krav på att det i anbudet ska anges hur länge anbudet är bindande är att kommunen vill försäkra sig om att anbuderna har

viss giltighetstid. Att ställa krav på att det i anbudet finns information om hur länge anbudet är bindande är en rimlig lämplig åtgärd för att kommunen ska uppnå syftet att försäkra sig om en viss giltighetstid. Men att uppgiften anges i anbudsföreläggandet på angivet ställe är inte nödvändigt för att uppnå detta syfte eftersom det är ett ovillkorligt krav enligt de administrativa föreskrifterna att anbudet ska vara giltigt i 60 dagar efter anbudstidens utgång. Det är inte proportionerligt att utesluta JEMM på grund av att de inte använt sig av formuleringen ”detta anbud är bindande till...” eftersom JEMM genom att acceptera administrativa föreskrifter är bunden av sitt anbud i 60 dagar. Syftet med kommunens krav på att försäkra sig om en viss giltighetstid på anbudet är därmed uppfyllt och skäl saknas att utesluta JEMM. Dessutom får en uteslutning av JEMM:s anbud orimliga konsekvenser eftersom kommunen utesluter en anbudsgivare som lämnat ett giltigt anbud och är bundet av sitt anbud i begärda 60 dagar.

Vinnande anbudsgivare, Ventilationsservice i Sölvesborg AB, har angett att anbudet är bindande till den 12 december 2012. Bolaget har därmed inte accepterat att anbudsgivarna ska vara bundna av sitt anbud i 60 dagar efter anbudstidens utgång. Eftersom Ventilationsservice i Sölvesborg AB inte uppfyller kommunens krav på anbudets giltighetstid skulle anbudet rätteligen inte ha utvärderats. Kommunen har uteslutit JEMM:s anbud trots att anbudet uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav. Kommunen har vidare utvärderat Ventilationsservice i Sölvesborg AB:s anbud trots att det inte uppfyller ställda krav. JEMM har lidit skada eftersom en korrekt utvärdering med bortseende från Ventilationsservice i Sölvesborg AB:s anbud hade resulterat i att JEMM tilldelats kontraktet eftersom JEMM offrerat ett lägre pris än kvarvarande anbudsgivare 1.

Bromölla kommun anför bl.a. följande. Det är riktigt att anbudet från Ventilationsservice i Sölvesborg AB endast är bindande till den 12 december 2012. Ventilationsservice i Sölvesborg AB uppfyller därmed inte vill-

koren i AFB.31. och ska således uteslutas. Detta upptäcktes inte av kommunen vid utvärderingen av anbudet. Tilldelningsbeslutet är alltså felaktigt och ska enligt kommunen upphävas. Kommunen vidhåller att JEMM inte uppfyller kraven som ställs i förfrågningsunderlagets punkt AFB.31. I slutet av första stycket anges följande. ”Anbud bör vara avfattat på bifogat anbudsformulär med samtliga begärda uppgifter ifyllda. Om bifogat anbudsformulär inte används skall samtliga begärda uppgifter ingå i lämnat anbud.” JEMM har valt att inte fylla i anbudsformuläret utan i stället lämna anbud enligt första sidan. JEMM har inte följt bestämmelsen eftersom uppgift om hur länge anbudet gäller inte framgår av det lämnade anbudet. Det räcker enligt kommunens uppfattning inte att hänvisa till punkten AFB.221 när kommunens uttryckligen angett att samtliga begärda uppgifter ska framgå av anbudet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 iakttagas. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

JEMM gör gällande att Bromölla kommun felaktigt förkastat bolagets anbud med hänvisning till att bolaget inte lämnat uppgift om hur länge dess anbud är bindande. I förfrågningsunderlagets punkt AFB.31, ”Anbudets form och innehåll”, anges bl.a. följande.

”Anbud bör vara avfattat på bifogat anbudsformulär med samtliga begärda uppgifter ifyllda. Om bifogat anbudsformulär inte används ska samtliga begärda uppgifter ingå i lämnat anbud. Beställaren kan enligt LOU utan föregående kontakt förkasta ett anbud om detta inte följer anbudsformulär eller saknar däri begärda uppgifter”.

Bromölla kommun har enligt förvaltningsrätten således tydligt uppställt ett formellt krav på att anbuderna ska innehålla de i anbudsformuläret begärda uppgifterna. En av de i formuläret efterfrågade uppgifterna är anbudets giltighet.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav ska förkastas, under förutsättning att kraven som sådana är tillåtna. En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka krav som ska uppställas i en upphandling. Kraven får emellertid inte vara oproportionerliga eller på annat sätt strida mot de gemenskapsrättsliga principerna. Att Bromölla kommun uppställt krav på att uppgift av bundentid ska lämnas i anbudet har rimligen syftat dels till att kommunen därmed kan försäkra sig om att anbudsgivaren uppfattat och accepterat en bundentid av sitt anbud 60 dagar efter anbudtidens utgång (enligt AFB.33), dels att kommunen genom att uppgiften uttryckligen lämnades i anbuderna lätt kunde kontrollera detta. Att begära att uppgiften lämnas i anbudet är ett lämpligt sätt att uppnå detta legitima syfte och det kan inte anses vara betungande för anbudsgivarna, särskilt inte som de givits möjlighet att fylla i ett förtyckt anbudsformulär. Kravet kan mot denna bakgrund inte anses vara oproportionerligt.

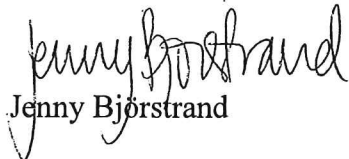
JEMM, som inte har använt det bifogade anbudsformuläret, har lämnat flertalet av de begärda uppgifterna på förstasidan av sitt anbud. Uppgift om hur länge anbudet är bindande saknas dock och har, såvitt framkommit, inte heller uttryckligen angivits någon annanstans i anbudet. Att JEMM i sitt anbud angett att arbetena kommer att utföras i överensstämmelse med förutsättningar i AFB.221 och däri förtecknade handlingar, inkl. de administrativa föreskrifterna, innebär enligt förvaltningsrätten inte att bolaget kan anses ha lämnat den begärda uppgiften om anbudets giltighet. JEMM har alltså inte uppfyllt samtliga formella krav som uppställts i upphandlingen. Bromölla kommun har därmed haft fog för att förkasta JEMM:s anbud. Vad JEMM anför i denna del utgör därmed inte grund för ingripande enligt LOU.

JEMM gör även gällande att vinnande anbud borde ha förkastats eftersom anbudet inte uppfyller villkoren i AFB.31 och Bromölla kommun instämmer i denna bedömning. En förutsättning för att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt är dock, förutom att ett av sökanden påpekat fel i upphandlingsförfarandet har kunnat konstateras, att sökanden lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta. En anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats kan normalt inte anses lida eller riskera att lida skada av att vinnande anbudsgivare också rätteligen borde ha förkastats. Detta eftersom sökanden inte skulle ha tilldelats något kontrakt även om vinnande anbudsgivares anbud hade förkastats. Skadebedömningen blir dock anorlunda när endast en anbudsgivares anbud utvärderas och detta anbud också borde ha förkastats (se bl.a. Kammarätten i Göteborgs domar i mål nr 4660-10 och 6966-11). Detsamma gäller enligt förvaltningsrätten när flera anbud utvärderats, men samtliga dessa också rätteligen borde ha förkastats. I aktuellt fall har två anbudsgivare gått vidare till utvärdering, varav en rätteligen skulle ha förkastats. Det har dock inte framkommit, eller ens gjorts gällande, att den anbudsgivare som förutom vinnande anbudsgivare gick vidare till utvärderingen, d.v.s. Ventilations Teknik Blek-

inge AB, inte uppfyller ställda krav i upphandlingen. Under dessa förhållanden kan JEMM inte anses lida eller riskera att lida skada till följd av att vinnande anbud rätteligen borde ha förkastats. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte heller med anledning av vad JEMM anfört angående brister i vinnande anbudsgivares anbud.

JEMM:s yrkande om ingripande enligt LOU ska därmed avslås.

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


Jenny Björstrand

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer 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 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.

