



SÖKANDE

AB Karl Hedin Bygghandel, 556114-1812
Box 2008
737 02 Fagersta

Ombud: Advokaten Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå, Eskilstuna
Kungsgatan 16, 3 tr
632 20 Eskilstuna

MOTPARTER

1. Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
Eskilstuna Kommun
631 86 Eskilstuna

2. Eskilstuna kommun, 212000-0357
631 86 Eskilstuna

3. Eskilstuna Kommunfastigheter AB, 556499-5909
Box 5035
630 05 Eskilstuna

4. Parken Zoo i Eskilstuna AB, 556104-4727
631 86 Eskilstuna

5. Torshälla Fastighets AB, 556061-2912
Brogatan 13
644 32 Torshälla

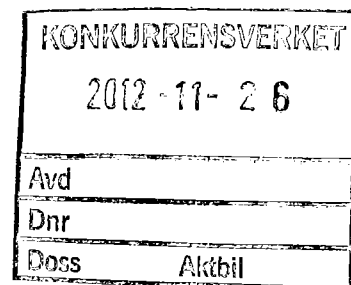
Ombud för 1-5: Stadsjuristen Owe Brännberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.



BAKGRUND

Eskilstuna Kommunfastigheter AB, Eskilstuna kommun, Torshälla Fastighets AB, Parken Zoo i Eskilstuna AB samt Eskilstuna Energi & Miljö AB (nedan myndigheterna) genomför en upphandling avseende ramavtal för leverans av trä- och byggnadsmaterial, transporter, lageryta, utmätnings-service samt information och utbildningssamarbete. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga pris. Upphandlingen administreras av Eskilstuna Kommunfastigheter AB, som även är ombud för övriga myndigheter.

Eskilstuna Kommunfastigheter AB meddelade den 25 september 2012 ett tilldelningsbeslut enligt vilket leverantörerna Byggma Gruppen AB (nedan Byggma), Beijer Byggmaterial AB (nedan Beijer) samt AB Karl Hedin Bygghandel (nedan bolaget) hade kvalificerats till anbudsutvärderingen. Kontrakt tilldelades Byggma vars anbud bedömdes vara det mest ekonomiskt fördelaktiga.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att bolaget ska tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Myndigheterna bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Myndigheterna har i punkterna 2.8.2 och 2.9 i förfrågningsunderlaget som skall-krav uppställt att anbudsgivarna skulle ange fem referenser. Varken

Byggma eller Beijer har uppfyllt detta skall-krav och deras respektive anbud borde därför rätteligen ha förkastats. Myndigheterna har genom att utvärdera anbuden i fråga brutit mot sina egna i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Myndigheternas agerande strider därmed mot likabehandlings-, icke-diskriminerings-, förutsebarhets- samt öppenhetsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU.

Myndigheterna har vidare i punkten 2.9 ställt krav att rabattsatser angivna enligt anbudsformulär ska "täcka in" samtliga byggnadsmaterial enligt anbudsgivarens bruttoprislista. Byggma har inte följt anvisningarna och redovisar inga rabattsatser, varför anbudet borde ha förkastats. Vad beträffar Beijers anbud har Beijer redovisat rabattsatser i intervall 10–35 procent. Anbudet kan därmed inte utvärderas på ett för leverantörerna konkurrensneutralt sätt och skulle rätteligen ha förkastats av myndigheterna. Vidare har myndigheterna accepterat en otillåten komplettering av anbudet och Beijer har inte redovisat priserna i anbudet utan hänvisat till en internet-tjänst. Även i detta avseende strider myndigheternas förfarande mot likabehandlings-, icke-diskriminerings-, förutsebarhets- samt öppenhetsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU.

Av anbuden från Byggma och Beijer framgår vidare att informella kontakter har genomförts mellan respektive leverantör och Eskilstuna Kommunfastigheter AB, som myndigheterna inte har redovisat.

I anbudsformuläret anges under rubriken *Prövning av krav som ska uppfyllas av anbudsgivare* bl.a. att anbudsgivaren är fri från hinder enligt 2.8.1 punkten A, att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande arbeten enligt 2.8.1 punkten C, samt att miljöpolicy och kvalitetsledningssystem eller beskrivning av detta bifogas enligt 2.8.1 punkten D. Det framgår emellertid inte av utvärderingen eller av tilldelningsbeslutet att myndigheterna granskat de skall-krav som uppställts. Vidare är det inte möjligt att återfinna

punkten 2.8.1 eller några av underrubrikerna som myndigheterna hänvisar till i sitt underlag. Förfrågningsunderlaget brister därför i transparens och förutsebarhet och uppfyller inte kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Sammanfattningsvis vidlådes upphandlingen ett stort antal fel och avsteg från LOU. Utvärderingen av anbuden har inte skett på sätt som angetts i förfrågningsunderlaget och myndigheterna har valt att bortse från de skallkrav som uppställts där. Om myndigheterna valt att utvärdera anbuden på föreskrivet sätt skulle bolaget ha tilldelats kontraktet eftersom bolagets anbud uppfyller alla ställda krav. Kommunens beslut att tilldela kontraktet en leverantör som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav innebär att bolaget skadats eller riskerar att skadas på sätt som anges i 16 kap. LOU.

Myndigheterna

Genomförd skallkravsverifiering visade att samtliga kvalificerade anbudsgivare i alla delar uppfyllde samtliga skallkrav. Bolaget har gjort gällande att Byggmas och Beijers anbud ska förkastas, varvid bolagets anbud är det mest ekonomiskt fördelaktiga och bolaget bör tilldelas kontraktet. Vid sådant förhållande, då det endast återstår en lämplig anbudsgivare, kan emellertid någon effektiv konkurrens inte åstadkommas varför upphandlingen på sakliga grunder sannolikt hade avbrutits. Enbart på denna grund ska bolagets ansökan avslås då skaderekvisitet inte kan anses uppfyllt.

Myndigheterna har tillåtit samtliga anbudsgivare att komplettera sina anbud med erforderligt antal referenser. Det är enligt myndigheternas mening en med grunderna i LOU och konventionsrätten tillåten komplettering då en upphandlande myndighet enligt 9 kap. 8 § LOU får tillåta en anbudsgivare att rätta en uppenbar felskrivning, felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudunderlaget. Vidare får myndigheten enligt denna bestämmelse begära att ett anbudunderlag förtydligas eller kompletteras om det

kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, samt att en anbudsgivare förtydligar eller kompletterar intyg, bevis eller liknande handlingar som ingivits. Myndigheternas förfarande i denna del strider således inte mot principerna för offentlig upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU.

Av punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget framgår att beräkning av jämförelsepris ska ske mot nettopris. Nettopris kan lämnas antingen som bruttopris minus rabatt eller som ett nettopris. Byggma har i sitt anbud angivit nettopris enligt nettoprislista, vilket också myndigheterna efter fråga, försäkrat sig om är korrekt uppfattat. Lämnat nettopris har utgjort grunden för utvärdering av anbudet. Beijer har i sitt anbud lämnat bruttopris och erbjudna rabattsatser, vilket utgjort grund för utvärdering av anbudet. Båda anbud har således på ett för anbudsgivarna rättvisande och konkurrensneutralt sätt kunnat utvärderas.

Myndigheterna anser att förfrågningsunderlaget motsvarar i LOU och konventionsrätten ställda krav på affärsmässighet, konkurrensneutralitet, proportionalitet och transparens. Av förfrågningsunderlaget framgår med all önskvärd tydlighet vad myndigheterna tillmäter avgörande betydelse vid upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som slutligen kommer att användas är utformad.

Bolaget har inte i tillräcklig grad kunnat visa att upphandlingsförfarandet brister i transparens och likabehandling eller på annat sätt står i strid med konventionsrätten eller någon bestämmelse i LOU.

Bolagets genmäle

Den omständigheten att det bara finns ett anbud att anta innebär inte i sig att konkurrensen i upphandlingen har varit bristfällig. I upphandlingen har

myndigheterna all den information som krävs för att garantera konkurrensen. Myndigheterna saknar således sakliga skäl att avbryta den pågående upphandlingen.

Myndigheterna har gjort gällande att anbudsgivarna har med stöd i 9 kap. 8 § LOU haft rätt att komplettera sina anbud. Enligt denna bestämmelse kan komplettering av handlingar som getts in ske endast i kvalificeringsfasen, dvs. enligt 10 och 11 kap. LOU. Ingen av anbudsgivarna har redovisat rätt antal referenser och någon komplettering är därför inte heller möjlig att göra enligt 9 kap. 8 § LOU. Dessutom har myndigheterna ställt upp kravet på referenser som skall-krav. Sådana krav kan aldrig kompletteras på sätt som myndigheterna påstår i efterhand.

Det vinnande anbudet från Byggma följer inte anvisningarna i förfrågningsunderlaget och däri redovisas inga rabattsatser. Vad gäller Beijers anbud redovisas rabattsatser i intervall. Varken Byggmas eller Beijers anbud uppfyller således kravet enligt punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget.

Myndigheternas genmäle

Syftet med LOU är att myndigheterna på bästa sätt ska använda sina offentliga medel. Detta ska ske genom att myndigheterna uppsöker och drar nytta av den konkurrens som finns på aktuell marknad för att på så sätt inom given budgetram teckna det ekonomiskt mest fördelaktiga affärskontraktet avseende varor och tjänster. Kommunen har även att följa de grundläggande principerna enligt 1 kap. LOU. Grundläggande härvidlag är bl.a. att förfrågningsunderlaget, så långt som möjligt, ska vara entydigt i fråga om kvalificeringskrav, upphandlingsföremål, utvärderingsmodell och kommersiella och formella villkor.

Myndigheterna kan numera vitsorda och medge vad bolaget anfört angående förfrågningsunderlaget, dvs. att det brister i transparens och förutsebarhet genom att inte vara entydigt utan i delar missvisande.

Eftersom förfrågningsunderlaget uppvisar klara brister och för det fall att förvaltningsrättens bifaller bolagets yrkande om att myndigheternas komplettering är otillåten, återstår det endast en anbudsgivare. Vid sådant förhållande anser myndigheterna att upphandlingen inte kan slutföras på ett affärsmässigt och ekonomiskt godtagbart sätt vilket står i strid med de grundläggande bestämmelserna i LOU och konventionsrätten. Upphandlingen ska därför i första hand göras om.

Bolagets genmäle

LOU innehåller skyddsregler som har ställts upp för leverantörerna och inte för de upphandlande myndigheterna. Regelverket i LOU anvisar detaljrikt hur anskaffningar ska genomföras i syfte att principerna i 1 kap. 9 § ska kunna upprätthållas. Vad myndigheterna påstår om att på bästa sätt använda offentliga medel stannar vid hur förfrågningsunderlaget är utformat.

Myndigheterna vitsordar att förfrågningsunderlaget har sådana allvarliga brister som bolaget gjort gällande i målet. Att myndigheterna ändå vidhåller sitt yrkande om att bolagets ansökan ska avslås är därför förvirrande. Mot bakgrund av vad bolaget anfört och myndigheternas vitsordat hemställs att förvaltningsrätten bifaller bolagets yrkande.

Anbud har lämnats av tre anbudsgivare. Grunden för att de övriga två anbud ska diskvalificeras beror enbart på slarv hos anbudsgivarna att ange rätt antal referenser som ställts upp som skall-krav. Detta påverkar dock inte konkurrenssituationen i upphandlingen. Enligt praxis behöver dess-

utom en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet göras när myndigheten bedömer huruvida en acceptabel konkurrens uppnåtts. Någon sådan prövning har myndigheterna inte gjort i det aktuella fallet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har till grund för sin talan bl.a. gjort gällande att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsebarhet och inte uppfyller kraven i 1 kap. 9 § LOU.

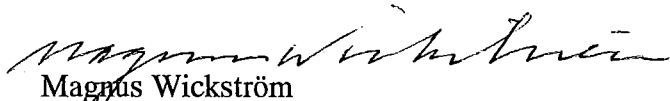
Att förfrågningsunderlaget uppvisar klara brister genom att inte vara entydigt utan i delar missvisande har vitsordats av myndigheterna. Parterna har således en gemensam uppfattning i denna fråga men är inte överens i fråga om vilket åtgärd förvaltningsrätten bör besluta om. Bristerna har medfört risk för skada för bolaget.

Vad gäller valet av åtgärd är rätten inte bunden av det sökanden yrkat i frågan (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26). Vidare följer det av rättspraxis (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1693-12) att utgångspunkten är att parternas gemensamma uppfattning ska gälla.

Då förvaltningsrätten vid det förhållandet har att utgå ifrån att förfrågningsunderlaget brister i transparens och en sådan brist avser upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

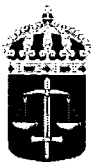
Vid denna utgång i målet saknar förvaltningsrätten anledning att pröva bolagets övriga invändningar mot upphandlingen.

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



Magnus Wickström

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 var till 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 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 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 uppge 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 3109/1D LOU