



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013-08-08
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4431-13

SÖKANDE

Arbetskraft Öresund AB, 556652-8534

Ombud: Miriam Laksman
 Wistrand Advokatbyrå Malmö AB
 Hyllie Stationstorg 21
 215 32 Malmö

MOTPART

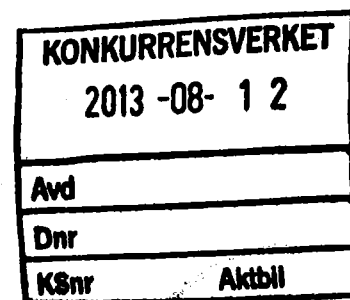
Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför upphandling avseende musselodling. Upphandlingen har genomförts med urvalsförfarande. Tilldelningsbeslut fattades den 25 april 2013 och SEA-U tilldelades kontraktet.

Arbetskraft Öresund AB, nedan Arbetskraft, har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att SEA-U utesluts samt att den del av upphandlingen som avser kvalificering och utvärdering ska göras om. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om i dess helhet. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Upphandlingen strider mot principerna om likabehandling, förutsägbarhet och öppenhet då anbudsgivarna inte ges samma förutsättningar att lämna anbud. SEA-U ges en avgörande fördel genom att denne genomfört det pilotprojekt som ligger till grund för upphandlingen samt varit ledare för pilotprojektet. SEA-U har således gjort en analys av och har tillgång till information om det projekt som nu ska genomföras. Övriga anbudsgivare har inte på motsvarande sätt haft tillgång till samma uppgifter. Det arbete som nu upphandlas är en fortsättning på det arbete som redan inletts av SEA-U och de har därmed haft dubbla funktioner i upphandlingen. Det faktum att SEA-U innehåft information, som övriga anbudsgivare inte har haft tillgång till, styrks av att SEA-U har lämnat ett anbudspris på den omfattning av uppdraget som anges i förfrågningsunderlaget men har sedermera använt sig av information om uppdraget som varken stämmer överens med den omfattning som ska användas för beräkning av anbudspriset eller som på annat sätt angivits i förfrågningsunderlaget. SEA-U har därmed en otillbörlig konkurrensfördel och SEA-U har kunnat anpassa sitt anbud för att på ett lämpligt sätt stämma överens med Malmö stads önskemål. SEA-U:s uppdragsbeskrivning och tidsplan har dessutom ingen bäring på objektet för upphandlingen eller samband med den uppdragsbeskrivning som lämnats av Malmö stad. SEA-U har lämnat en uppdragsbeskrivning

för någonting som helt saknar samband med upphandlingen. Malmö stad har, genom att acceptera SEA-U:s uppdragsbeskrivning, accepterat en påhittad uppdragsbeskrivning som saknar samband med objektet för upphandlingen. SEA-U har dessutom i sitt anbud inte redogjort för vilka metoder som ska användas för datainsamling, analys, utvärdering, rapport eller liknande.

Kommunen har i upphandlingsmeddelandet angivit att arbetsbåt utgör ett obligatoriskt krav samt angivit att Arbetskraft saknar sådan båt. Av förfrågningsunderlaget anges dock inte att anbudsgivaren måste inneha en snabbgående båt vid anbudslämnandet och detta kan således inte anses utgöra ett sådant obligatoriskt krav som kan utesluta en anbudsgivare från utvärderingen. Av Arbetskrafts anbud framgår dessutom att Arbetskraft innehar en snabbgående båt och att anpassning av denna båt kan ske med hänsyn till det behov som uppstår.

Anbudsgivaren skulle dessutom lämna en redogörelse över hur uppdraget kommer att genomföras med en sammanställning över tidsplan och aktiviteter. Det framgår dock inte vad som ska ingå i denna tids- och aktivitetsplan, således torde Malmö stad acceptera vilken typ av beskrivning som helst. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att det kommer att ske en bedömning av den uppdragsbeskrivning som lämnas eller vilka faktorer som kan komma att ge mervärde. Ett skall-krav kan aldrig utgöra grund för jämförelser mellan anbud, vilket tycks vara fallet i upphandlingen. Uppdragsbeskrivningen i sig ska således inte vara föremål för någon utvärdering, utan endast det faktum att en uppdragsbeskrivning har lämnats ska vara tillräckligt för att anbudsgivare ska anses ha uppfyllt skall-kravet. Arbetskraft har funnit det omöjligt att inge en specificerad tids- och aktivitetsplan, då uppdraget i sig inte är tillräckligt specificerat samt då det saknas start- och slutdatum för uppdragets utförande. För att göra en tids- aktivitetsbeskrivning krävs dessutom information om vilken typ av nät som

kommer att användas, var näten kommer läggas ut, vilken typ av tillsyn näten kräver och vilken kvantitet musslor som ska skördas. Härutöver behövs information om hur många och hur ofta gäster, journalister och fotografer ska transporteras samt hur ofta studiebesök ska göras. Arbetskraft har likväl ingivit en tids- och aktivitetsplan genom ingivande av att en exakt tidsplan och sammanställning av aktiviteter kommer att bestämmas gemensamt med beställaren. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad beskrivningen ska innehålla och då en uppdragsbeskrivning utan samband med föremålet för upphandlingen har accepterats måste även Arbetskrafts uppdragsbeskrivning accepteras. Allt annat får anses stå i strid med principen om likabehandling och transparens. Resultatet av otydligheten avseende uppdragsbeskrivningen är dessutom att Malmö stads utrymme för godtyckliga bedömningar är stort, vilket medför att det inte är möjligt för en anbudsgivare att förutse hur Malmö stad bedömer tids- och aktivitetsplanerna. Detta medför att kraven på öppenhet och transparens inte kan anses uppfyllda, liksom ett allt för stort utrymme för godtycke innebär att anbudssökandena riskerar att inte behandlas likvärdigt. Med hänsyn till att det inte framgår vilket innehåll eller vilken utformning uppdragsbeskrivningen ska ha är det inte förutsägbart hur anbudet ska utformas för att ha största möjlighet att antas. Upphandlingen uppfyller således inte kraven på förutsägbarhet och transparens.

Med hänsyn till de stora skillnaderna som föreligger mellan de ingivna anbuden och att samtliga anbudsgivare är normalt upplysta om muselodling i det aktuella området kan förfrågningsunderlaget inte anses varit utformat på ett sätt så att rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan tolka det på samma sätt. Anbuden har inte heller utvärderats på ett sådant förutsebart sätt som upphandlingsreglerna föreskriver. Anbuden har enbart bedömts utifrån anbudsgivarens subjektiva bedömningar av en fråga som i praktiken utgör bedömning av hur väl anbudsgivaren beskriver utförandet av ett uppdrag som inte har med den efterfrågade tjänsten att

göra. Anbudsgivaren har saknat möjligheten att säkerställa vad som är av betydelse för Malmö stad. Det är således inte heller möjligt att närmare bedöma och förutsäga konkurrenskraften i det egna anbudet. Förutsättningarna att tolkat tilldelningskriterierna har därmed inte varit desamma, varför Malmö stad har brustit i kravet på affärsmässighet.

Malmö stad anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Formuleringen på kravet gällande tids- och aktivitetsplan ger, gemensamt med uppdragsbeskrivningen, leverantören möjlighet att utforma en tidsplan och till den relaterade aktiviteter delvis utifrån egna förutsättningar. Det anges inget krav avseende specificeringsgrad eller detaljnivå. Arbetskraft har inte redovisat de av Malmö stad efterfrågade uppgifterna, vilket medför att kravet inte är uppfyllt. Eftersom Arbetskraft inte uppfyller ett obligatoriskt krav kan deras anbud inte antas. Den bristande kravuppfyllelsen leder följaktligen till att Arbetskraft inte riskerar lida eller lider någon skada. Uppdragets omfattning och uppskattade volymer beskrivs i förfrågningsunderlaget där det även framgår att utvärderingen baseras på förfrågningsunderlagets uppskattade volymer, vilka kan skilja sig från de som redovisas då uppdraget avslutas. Det är transparent och förutsägbart att det är anbudsgivarens prissatta volymer som konkurrensutsätts. Uppdragsutförandet ger anbudsgivare nödvändig och tillräcklig ledning om hur anbudssvar avseende redogörelse, i form av en sammanställning, kan utformas. Upphandlingens tilldelningsgrund är lägsta pris. Det sker inte någon jämförelse av anbudsgivares lämnade anbudssvar då endast uppfyllande av obligatoriska krav prövas.

Genom uppdragsbeskrivningen framgår dessutom att leverantören ska utföra olika delar av uppdraget med båt. Att leverantören har tillgång till en båt är därför en grundläggande förutsättning men denna förutsättning har inte utformats som ett obligatoriskt krav. Potentiella och intresserade leve-

rantörer har kunnat ställa frågor till kommunen om eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget.

Tilldelad leverantör SEA-U har inte deltagit som konsult, medarbetare, informationsförmedlare, lobbyist eller likvärdigt under något skede i samband med upphandlingsprocessen. SEA-U har inte på något sätt medverkat i upphandlingsarbetet och har inte haft någon information eller kunskap om förfrågningsunderlagets innehåll före publicering. Den tidigare erfarenhet som SEA-U använder sig av i lämnad uppdragsbeskrivning kan likställas med den erfarenhet som en leverantör får genom ett tidigare samarbete med en avtalspartner. Konkurrensfördelen kan inte anses vara otillbörlig utan är en ofrånkomlig följd av den frekventa konkurrensutsättningen som sker vid tillämpning av LOU. Samtliga potentiella och intresserade anbudsgivare har således givits och har haft samma förutsättningar allt lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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 § LOU framgår bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Samtliga krav som ställs på det som ska upphandlas

ska finnas med i förfrågningsunderlaget och det ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte uppfyller dessa krav måste läggas åt sidan.

Bristande kravuppfyllelse

I förfrågningsunderlaget framgår att det är ett obligatoriskt krav att leverantören ska lämna en redogörelse över hur uppdraget kommer att genomföras med en sammanställning över tidsplan och aktiviteter. Uppdragets utförande ska vara anpassat till upphandlingens innehåll och omfattning samt beställaren och dess behov. Kräver uppdraget datainsamling, analys, utvärdering, rapport eller liknande ska redogörelsen innehålla en redogörelse över dessa metoder och tillvägagångssätt. Enligt utvärderingsprotokollet uppfyllde Arbetskraft inte det ställda kravet. Arbetskraft har i anbudets fritextfält angett att en exakt tidsplan och sammanställning av aktiviteter kommer att bestämmas gemensamt med beställaren, för att på bästa sätt finna lösningar som de uppgifter som specificerats kräver. Enligt förvaltningsrätten går det inte av Arbetskrafts svar att utläsa någon redogörelse för hur uppdraget kommer att genomföras. Förvaltningsrätten anser inte heller att Arbetskrafts svar innehåller någon sammanställning över tidsplan och aktiviteter. Arbetskraft uppfyller därmed inte det ställda skall-kravet och Malmö stads åtgärd att utesluta bolaget från utvärderingen i upphandlingen har således varit riktig.

Enligt förvaltningsrättens mening kan en anbudsgivare som rätteligen fått sitt anbud förkastat i kvalificeringsfasen normalt sett inte anses lida, eller riskera att lida, skada till följd av felaktigheter i ett upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten har ovan funnit att Arbetskrafts anbud inte uppfyller de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Arbetskraft har dock även anfört att det föreligger allvarliga brister i förfrågningsunderlaget och

att ottydligheten avseende uppdragsbeskrivningen ger Malmö stad stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Detta medför enligt Arbetskraft att anbudssökandena riskerar att inte behandlas likvärdigt samt ottydligheten innebär att kraven på öppenhet och förutsägbarhet inte kan anses vara uppfyllda. Förvaltningsrätten konstaterar att det aktuella skall-kravet avseende tidsplan och aktiviteter visserligen inte innehåller någon närmre beskrivning av vad som ska redogöras, utan hänvisar enbart till upphandlingens innehåll och omfattning samt beställarens behov. Påståendet om att kravets utformning kan få till följd att det är svårt för en anbudsgivare att veta vilka uppgifter som ska anges har därmed visst fog. Emellertid har det inte ställts något krav avseende specificerings- eller detaljnivå utan kravet inskränker sig till att anbudsgivaren redovisar hur uppdraget kommer att genomföras med en sammanställning över tidsplan och aktiviteter. Kravet får därför anses vara klart och tydligt. Utifrån det som Arbetskraft anfört går det inte heller att göra bedömningen att kravet att redovisa en sammanställning över tidsplan och aktiviteter kan leda till att upphandlande myndighet får fri prövningsrätt. Det framgår inte annat än att det på objektiva grunder går att se om de inlämnade anbuderna uppfyller det ställda kravet. Kravets utformning kan därmed, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses ge ett stort utrymme för godtycklighet. Att en anbudsgivare kan beskriva och utforma uppdraget på olika sätt får genom utformningen av kravet inte heller någon betydelse i utvärderingen. Kravet brister inte i förutsägbarhet och transparens. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten därmed att det som Arbetskraft anfört inte visar att det aktuella kravet inte uppfyller kraven enligt 1 kap. 9 § LOU eller de principer som bär upp lagen.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. I förevarande upphandling utvärderades dock endast ett anbud. Arbetskraft kan mot bakgrund härav

riskera att lida skada om även SEA-U:s anbud borde ha förkastats och upphandlingen inte skulle avslutats (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10).

SEA-U:s anbud

Arbetskraft har anfört att SEA-U:s uppdragsbeskrivning och tidsplan inte har någon bäring på objektet för upphandlingen samt att SEA-U i sitt anbud inte har redogjort för vilka metoder som ska användas för datainsamling, analys, utvärdering, rapport eller liknande. Arbetskraft anser därmed att SEA-U inte uppfyller de obligatoriska kraven och således borde ha förkastats. Av utredningen i målet framgår dock att SEA-U inlämnat en redogörelse för hur uppdraget kommer att genomföras och att de har angett tids- och aktivitetsplan. SEA-U har även i anbudet angivit att uppdraget kräver datainsamling. Mot bakgrund av att det inte ställts något krav avseende specificerings- eller detaljnivå anser förvaltningsrätten att det svar som SEA-U inlämnat måste anses uppfylla det ställda kravet. Skäl att förkasta SEA-U på denna grund föreligger därmed inte.

Arbetskraft har gjort gällande att SEA-U har haft en otillbörlig konkurrensfördel, eftersom SEA-U genomfört det pilotprojekt som ligger till grund för upphandlingen samt varit ledare för pilotprojektet. Arbetet som nu upphandlas är dessutom en fortsättning på det arbete som redan inletts av SEA-U och de har därmed haft dubbla funktioner i upphandlingen. Det finns inte några bestämmelser i LOU som reglerar jävssituationer. Situationen där en konsult bistått en upphandlande myndighet med att bl.a. utforma förfrågningsunderlaget och senare medverkar i upphandlingen får istället bedömas utifrån de grundläggande principerna för offentlig upphandling, främst likabehandlingsprincipen. Av EU-domstolens praxis framgår att en leverantör som medverkat vid förstudier inför en upphandling eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte kan utestängas

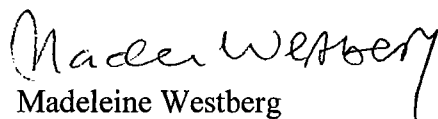
från deltagande i upphandlingen, om leverantören kan visa att dennes tidigare medverkan inte har inneburit en otillbörlig konkurrensfördel eller att det uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen (jfr Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot Belgien). Kammarrätten i Stockholm har genom dom den 11 februari 2010 i mål 6986-09 ansett att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts i en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare har fått en konkurrensfördel (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 december 2011 i mål 2458-11). Kammarrätten i Stockholm har funnit att det i en situation där samma person som företräder den vinnande anbudsgivaren har medverkat i framtagandet av underlag för upphandlingen, finns en stark presumtion för att dessa dubbla funktioner har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen. Kammarrätten har därför i den situationen funnit skäl att frångå huvudprincipen att det är sökanden som måste visa de omständigheter som denne grundar sin ansökan på i mål om offentlig upphandling. Huvudprincipen kvarstår dock. Förvaltningsrätten finner att den situation som föreligger i nu aktuellt mål inte kan likställas med den som förelåg i kammarrättens mål. Någon presumtion för att SEA-U:s deltagande i förstudien har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen föreligger således inte. Istället åligger det Arbetskraft att visa att så är fallet.

Av utredningen i målet framgår att SEA-U deltagit i förstudien och bidragit till att ta fram en metod för musselodling i Öresund. SEA-U:s förutsättningar att lämna anbud kan till viss del ha påverkats av SEA-U deltagit i projektet och därmed skaffat sig kunskap om verksamhetsområdet. SEA-U har dock inte deltagit som konsult, medarbetare, informationsförmedlare, lobbyist eller likvärdigt under något skede i samband med upphandlingsprocessen. Förvaltningsrätten finner att Arbetskraft genom det som lagts fram i målet inte har förmått visa att SEA-U:s deltagande i pilotprojektet

har medfört en snedvridning av konkurrensen i den aktuella upphandlingen. SEA-U:s anbud ska därför inte uteslutas på denna grund. Vid ett sådant förhållande kan inte Arbetskraft anses ha lidit någon skada.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Arbetskraft anfört och åberopat inte visar att Malmö stad i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen och att detta medfört att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte, varför Arbetskrafts ansökan om överprövning ska avslås.

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


Madeleine Westberg

Alexander Rappe har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions. It emphasizes that this is crucial for ensuring the integrity of the financial statements and for providing a clear audit trail.

2. The second part of the document outlines the various methods used to collect and analyze data. It describes how different types of information are gathered and how they are processed to identify trends and anomalies.

3. The third part of the document focuses on the results of the analysis. It presents the findings in a clear and concise manner, highlighting the key areas of concern and the potential risks involved.

4. The final part of the document provides recommendations for improving the system. It suggests several measures that can be taken to enhance the accuracy and reliability of the data, as well as to streamline the reporting process.