



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-05-25
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1007-16 E

SÖKANDE

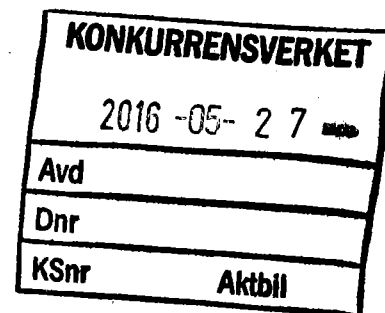
Ellextre Entreprenad AB, 556551-1515
Gärdevägen 5
856 50 Sundsvall

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 108676

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför upphandling av generalentreprenad för om- och tillbyggnad av Skönsmons skola. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och med tilldelningsgrunden lägsta pris. Av utvärderingsprotokollet framgår att kommunen ansåg att det inte kom in några lämpliga anbud inom anbudstiden, då anbuden överskred budgeten för projektet. Att avbryta upphandlingen ansågs dock inte vara ett alternativ då behovet att genomföra projektet kvarstod. Det beslutades därför att man skulle övergå till förhandling vilket genomfördes med samtliga tre leverantörer som lämnat anbud. Den 21 mars 2016 meddelade kommunen att man beslutat att efter förhandling anta anbudet från Nåiden Bygg AB (Nåiden).

YRKANDEN M.M.

Ellextre Entrepren AB (Ellextre) begär överprövning av upphandlingen, yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Det har begåtts fel vid utvärderingen. Enligt förfrågningsunderlaget AFB.4 tillämpas "sluten anbudsöppning". Det anges vidare att endast beställarens representanter får närvara vid anbudsöppningen, vilket är riktigt men då måste man även upplysa leverantörerna om att de har rätt att på egen bekostnad kräva att en representant för handelskammaren är närvarande vid anbudsöppningen. I förfrågningsunderlaget anges att alla anbud ska avges via e-avrop vilket man frångått vid ändring till förhandlad upphandling utan att ändra i förfrågningsunderlaget. Det är de inkomna slutanbudena den 19 februari 2016 som ska ligga till grund för utvärdering och tilldelning, alternativt ska hela upphandlingen göras om.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. I 9 kap. 7 § LOU anges att på begä-

ran av en anbudsgivare ska en av handelskammaren utsedd person närvara. Den hänvisning som gjorts till LOU bör vara tillräcklig för att kommunen ska anses ha uppfyllt principen om transparens.

Vad gäller kravet på elektroniska anbud har det följts. Då inga lämpliga anbud kom in övergick kommunen till förhandlat förfarande. Förhandlingar ägde rum i tre omgångar. Med anledning av systemets tekniska begränsningar dokumenterades kommunikation och anbud skriftligen under förhandlingsperioden, vilket samtliga anbudsgivare informerades om. Slutliga anbud togs in den 4 mars 2016. Dessa ligger till grund för utvärdering och tilldelning.

Ellextre här härefter anfört bl.a. följande utöver vad som tidigare anförts. Samma upphandlingsenhet gör olika tolkningar av LOU i sina förfrågningsunderlag vilket är frustrerande för leverantörerna. Man kan hålla hur många förhandlingar som helst men bara en slutförhandling. Slutförhandlingen har hållits den 16 februari 2016. Då bestämdes det att slutanbud skulle lämnas senast fredagen den 19 februari 2016 av samtliga anbudsgivare. Vid anbudsutvärderingen av slutanbuden konstaterade Ellextre att man lämnat det lägsta anbudet, vilket också framgår av utvärderingsprotokollet. Nåden tilldelades projektet trots att köpmålet på 101 miljoner kronor inte är nått, och då kan man undra varför Ellextres anbud på 104,5 miljoner kronor inte antogs på grund av att köpmålet inte var nått. Vid slutförhandlingarna framförde Ellextre att man ville att slutanbuden skulle lämnas via e-avrop för att säkerställa en korrekt upphandling. Att dokumentera kommunikation, mailfrågor och protokoll m.m. skriftligt under förhandlingsperioden är korrekt men anbuden måste lämnas via det elektroniska upphandlingsverkstyget för att klara sekretessen och rättssäkerheten. Kommunen har angett som skäl för att inte använda det elektroniska upphandlingsverkstyget att det har tekniska begränsningar, vilket man vill ha en förklaring till.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet 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 (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Ellextre som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

Angående Ellextres invändning om att det saknades en uttrycklig hänvisning till den lagstadgade möjligheten för leverantör att begära att en representant för handelskammaren skulle delta vid öppningen av anbuden, konstaterar förvaltningsrätten att det inte medför att kommunen vid genomförandet av

upphandlingen brustit i fråga om likabehandling, transparens eller någon annan grundläggande princip eller bestämmelse i LOU. Vad Ellextre anfört i denna del medför därför inte att det finns grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Vad sedan gäller Ellextres invändningar med avseende på att kommunen övergick till ett förhandlat förfarande gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§ (4 kap. 1 § 1-2 styckena LOU). Förfarandena förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering, är således undantagsförfaranden som endast får användas när de förutsättningar som gäller för dessa föreligger. Eftersom det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att skäl för undantagsförfarandet föreligger är det mycket viktigt att dokumentera skälen för val av ett sådant förfarande. Förvaltningsrätten finner att kommunen i utvärderingsprotokollet redogjort för hur prövningen av de inkomna anbuden har gjorts, och varför tilldelning inte ansågs kunna göras utifrån de inkomna anbuden.

Av 4 kap. 5 § 1 stycket p 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Kommunen har alltså i förvarande upphandling försökt med en öppen upphandling med föregående annonsering men de anbud som lämnades ansågs inte vara lämpliga. Då kommunen ställdes inför valet att av budgetskäl avbryta upphandlingen eller att inleda förhandling med de leverantörer som lämnat anbud, valde kommunen

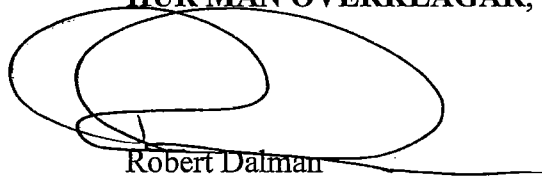
således att inleda ett förhandlat förfarande. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad Ellextre anfört om att upphandlingen övergick till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, då det inte skett någon förändring av förfrågningsunderlaget som medför några väsentliga förändringar i de ursprungliga villkoren för kontraktet.

Av utvärderingsprotokollet och övriga handlingar i målet framgår att kommunen vid förhandlingsomgång nummer två erbjöd leverantörerna att komma in med slutanbud senast den 19 februari 2016. Kommunen ansåg dock att de anbud som då kom in fortfarande låg för högt för att något av dem skulle kunna antas. Kommunen bjöd därför in anbudsgivarna till ytterligare en förhandlingsomgång, och underrättade samtidigt anbudsgivarna om vilket inköpsmål kommunen hade för entreprenaden. Nytt datum för slutanbud sattes till den 4 mars 2016. Härefter antog kommunen det anbud som innebar lägst pris.

En självklar förutsättning för förhandling i en upphandling är att den upphandlande myndigheten iakttar de principer för upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU. Av vad Ellextre anfört har det inte kommit fram att kommunen vid förhandlingen agerat på ett sätt som strider mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Ellextre har därför inte visat att man lidit eller riskerat att lida skada på grund av hur kommunen förfarit under förhandlingen eller vid upphandlingen i övrigt. Det finns därmed inte grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen och ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.