



KLAGANDE

Peab Asfalt AB, 556098-6122

Ombud: Bolagsjurist Helena Colliander
Peab Sverige AB
401 80 Göteborg

MOTPART

Dalslandskommunernas kommunalförbund
Dalslands Center
464 72 Håverud

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 18 april 2012 i mål nr 1537-12,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Peab Asfalt AB (bolaget) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att
upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande såvitt avser frågan
om talerätt.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 13 februari 2012 avgjort två mål
(med mål nr 3328-11 och 3129-11) som rör leverantörs talerätt i mål om
offentlig upphandling. Frågan i målen gällde om en leverantör som enbart

KONKURRENSVERKET	
2012-07-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

yrkat rättelse av en upphandling har rätt att överklaga förvaltningsrättens dom om att upphandlingen ska göras om. Inledningsvis hänvisade Högsta förvaltningsdomstolen till tidigare mål där Högsta förvaltningsdomstolen prövat frågor om talerätt (RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref. 29 och HFD 2011 ref. 85). Av denna praxis framgår det enligt Högsta förvaltningsdomstolen att för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Vidare måste frågan om talerätt avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

Den nu överklagade domen har en precis och påtaglig betydelse för bolaget. Förvaltningsrättens förordnande att rättelse ska ske i form av en ny utvärdering så att pris utgör 60 procent och kvalitet 40 procent innebär att domen har gått bolaget emot i avgörande delar då bolaget i första hand yrkade att upphandlingen skulle göras om. En rättelse i enlighet med domen skulle aldrig kunna leda till att bolaget vann upphandlingen och tilldelades kontrakt. Ett förordnande om att upphandlingen ska göras om i enlighet med bolagets förstahandsyrkande innebär däremot att bolaget har en chans att lämna ett konkurrenskraftigt anbud på lika villkor med övriga anbudsgivare och vinna upphandlingen. Domen måste således anses ha gått bolaget emot i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291, FPL).

Den nu aktuella situationen är således en annan än de ovan nämnda domarna av Högsta förvaltningsdomstolen där domstolen förordnat att upphandlingen skulle göras om, trots att klaganden endast yrkat på rättelse. Domarna begränsade eller omöjliggjorde därmed inte klagandenas möjligheter att vinna upphandlingen, utan innebar ”endast” att klagandena inte med automatik tilldelades kontrakt.

Om bolaget inte skulle anses ha talerätt innebär detta att bolaget går miste om sin rätt att få grunderna för sin talan överprövade såvitt avser åberopade grunder avseende brister i upphandlingen som åberopas till stöd för att upp-

handlingen ska göras om med möjlighet att kunna tilldelas kontrakt. Det kan härvid hänvisas till det s.k. rättsmedelsdirektivet (2007/66/EG) samt EU-domstolens praxis som slår fast att nationella processregler inte får medföra att ”det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten”.

Sammanfattningsvis har förvaltningsrättens dom sådan betydelse för bolaget för att bolaget ska anses ha talerätt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I LOU finns inte några särskilda bestämmelser om talerätt. Reglerna i FPL blir därför tillämpliga.

Enligt 33 § andra stycket FPL får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den det angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är därför om förvaltningsrättens dom angår bolaget och går det emot i den mening som avses i paragrafen.

När en domstol förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör utpekats som vinnande, har avgörandet ansetts ha en sådan betydelse för ställningen som anbudsgivare att det angår leverantören och går denne emot i den mening som krävs för talerätt, se HFD 2011 ref. 29. I HFD 2011 ref. 85 slogs fast att slutsatsen i HFD 2011 ref. 29 inte kunde utsträckas till att förstås så, att en leverantör som inte begärt överprövning hade rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse av det slag som var aktuellt i målet. Det ansågs därvid sakna betydelse vad utfallet blev eller kunde bli vid en ny, rättad utvärdering. Förvaltningsrätten hade i detta mål förordnat att den aktuella upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse skett i enlighet med domskälen. I domskälen angavs att förvaltningsrätten funnit att upphandlingen genom rättelse kunde uppfylla kraven i LOU och att utvärde-

ringen av anbuden ska ske på så sätt att utvärderingskriteriet "Ekonomi" utvärderas i sin helhet samt att poängfördelningen ska ske mot totalpriset av delkriterierna gemensamt.


Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 3129-11 och 3328-11 (HFD 2012 ref. 2) behandlat frågan om leverantörers talerätt när förvaltningsrätten har förordnat om att en upphandling ska göras om i stället för att rättas som leverantören yrkat. Högsta förvaltningsdomstolen angav i dessa avgöranden att av domstolens praxis i talerätsfrågan framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att förvaltningsrätten på ansökan av klaganden överprövat upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen angav att förvaltningsrättens förordande om att upphandlingen ska göras om inte kan anses ha en sådan betydelse för klaganden att detta bolag har talerätt, varför kammarrätten gjorde rätt som avvisade överklagandet. Klaganden hade i kammarrätten överklagat förvaltningsrättens beslut om att upphandlingen skulle göras om och yrkat på att upphandlingen i stället skulle rättas.

Av ovan redovisad praxis framgår således att det avgörande för om bolaget ska anses ha talerätt i förevarande mål är om det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för bolaget. Här ska inte vägas in vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Förvaltningsrätten har i aktuellt mål beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av en ny anbudsutvärdering, som ska ske i enlighet med förfrågningsunderlaget så att pris utgör 60 procent och kvalitet 40 procent. Detta innebär inte i sig att bolaget utesluts från det vidare förfarandet eller att en annan leverantör utpekas som vinnande. Kammarrätten finner att förvaltningsrättens förordande om rättelse inte kan anses ha en sådan betydelse för bolaget att bolaget har talerätt. Vidare kan konstateras att bolaget

fått sin ansökan om ingripande enligt LOU prövad. Överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Birgitta Pettersson


Lennart Berglund
referent


/Marie Andersson



SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-6122
c/o Peab Sverige AB
Anders Personsgatan 2
401 80 Göteborg

Ombud: Helena Colliander
Peab Sverige AB
Anders Personsgatan 2
401 80 Göteborg

MOTPART

Dalslandskommunernas kommunalförbund
Dalslands Center
464 72 Häverud

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att rätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av en ny anbudsutvärdering, som ska ske i enlighet med förfrågningsunderlaget så att pris utgör 60 procent och kvalitet 40 procent.

BAKGRUND

Dalslandskommunernas Kommunalförbund (Kommunalförbundet) genomför en "asfaltsupphandling" för kommunerna Bengtsfors, Dals-Ed, Färgelanda, Mellerud och Säffle/Åmål. Av beslut från Kommunalförbundet den 18 januari 2012 framgår att avtal kommer att tecknas med NCC Roads AB.

YRKANDEN M.M.

Peab Asfalt AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen görs om och i andra hand att upphandlingen inte får avslutas förrän ny anbudsutvärdering görs. Bolaget anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att respektive kommun kommer att anta den entreprenör som är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till pris 60 procent och kvalitet 40 procent. I utvärdering anger Kommunalförbundet att utvärderingen är lägsta pris och att NCC var lägst i samtliga kommuner och vinner därför samtliga anbud. Av detta följer att utvärderingen inte prövats mot samtliga kriterier och att utvärderingen därmed skett i strid med förfrågningsunderlaget. Vad avser utvärderingen av kriteriet pris har inte heller denna del skett i enlighet med förfrågningsunderlaget vad avser poängsättning och beräkning av viktal. Bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada då möjligheten att erhålla kontrakt påverkats av den felaktiga tillämpningen av utvärderingskriterierna. Därutöver kan tilläggas att Kommunalförbundets utlämnande av rättelser och kompletteringar om förfrågningsunderlaget kort tid före anbudstidens utgång påverkat möjligheterna för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta särskilt då de aktuella rättelserna/kompletteringarna påverkat prissättningen som varit ett av två utvärderingskriterier. Sista rättelsen/kompletteringen lämnades så sent som tre dagar innan anbudstidens utgång, vilket inte kan anses vara i god tid enligt 8 kap. LOU. Den knappa tiden har påverkat bolagets möjligheter att utarbeta anbudet och lämna ett

konkurrenskraftigt anbud, vilket strider mot de gemenskapsrättsliga principerna om öppenhet/transparens och likabehandling som dessa kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunalförbundet motsätter sig yrkandena och anför bl.a. följande. Det motsätts att upphandlingen görs om men en ny anbudsutvärdering bör göras. I samband med utvärderingen som ledde till det aktuella tilldelningsbeslutet inträffade ett handhavandefel som får tillskrivas den mänskliga faktorn. I samband med upphandlingen gjordes ett antal kompletteringar. Kommunalförbundet kompletterade vid ett tillfälle, den 18 november 2011, tio dagar efter det att anbudet annonserades, med Melleruds kommuns volym och fakturaadress. Detta får anses i god tid. De återstående kompletteringarna kom till efter det att bolaget hade problem med ett antal excelfiler som räknade ner fel eller som det inte gick att skriva i. Att de fyra kompletteringarna kom sent handlar om tidpunkten när de upptäcktes. Bolaget fick all tänkbar hjälp att åtgärda felet.

Bolaget har därefter anført bl.a. följande. Bolaget vidhåller sitt förstahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om. Bolaget justerar sitt andrahandsyrkande på så sätt att bolaget yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering genomförs i enlighet med förfrågningsunderlaget utan beaktande av NCC:s anbud. I tredje hand yrkas att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering genomförs i enlighet med förfrågningsunderlaget. Sistnämnda yrkande har medgetts av Kommunalförbundet. Enligt AFB.52 ska utvärderingen av kriteriet pris ske på så sätt att lägsta totalpris enligt mängdbeskrivningen ska erhålla fem poäng. Av AFB.52 framgår inte att lämnat totalpris ska multipliceras med det entreprenörsarvode som lämnats avseende eventuella Åta-arbeten på sätt som Kommunalförbundet gjort vid utvärderingen av kriteriet pris. Kommunalförbundets förfarande att multiplicera totalpriset med angiven

procentsats för entreprenörsarvodet har påverkat utvärderingen då bolagets totalpris var lägst för kommunen Bengtsfors. Förfrågningsunderlaget strider således mot transparensprincipen. Det kan även ifrågasättas om utvärderingsförfarandet verkligen lett till att det mest fördelaktiga anbudet vunnit eftersom bolagets totalpris var lägst i en kommun. Trots detta vann NCC på grund av att ett påslag gjordes till ett lämnat totalpris med angiven procentsats för eventuella Äta-arbeten, vilka inte är en självklarhet att de kommer att behöva utföras. De fem kompletteringar/ändringar som gjorts under upphandlingen har påverkat bolagets möjligheter att utarbeta anbudet och lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Anbudstidens utgång gick ut den 19 december 2011. De fem kompletteringarna/rättelserna har skett den 18 november, 5 december, 15 december, 15 december och 16 december 2011. Samtliga kompletteringar och rättelser utgör rättelser/kompletteringar av förfrågningsunderlaget och har införts i det digitala upphandlingssystemet Oreo riktat mot samtliga anbudsgivare. Det är således inte fråga om att bolaget fick all tänkbar hjälp för att åtgärda felet. Av förfrågningsunderlaget framgick att anbud skulle lämnas i det digitala systemet Oreo och genom att däri tillhandahållna åprislistor/mängdförteckningar skulle fyllas i. Det vore orimligt att en anbudsgivare ska ha ansvaret att upptäcka fel/brister i tillhandahållna anbudsformulär med följd att krav på god tid enligt LOU inte skulle anses gälla beroende på när fel upptäcks. Det avgörande är om en anbudsgivare med hänsyn till ändringar/kompletteringar får tillräcklig tid på sig för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud och att de gemenskapsrättsliga principerna upprätthålls. Det kan även noteras att sista dag för inkommande av frågor under upphandlingen angetts till sex dagar innan anbudstidens utgång, vilket därmed passerats när tre av kompletteringarna äger rum. Enligt uppgift från Kommunalförbundet har NCC inte lämnat sitt anbud på sätt som framgår av förfrågningsunderlaget utan i form av att en excelfil ingetts. Förfarandet strider mot ett uppställt skall-krav enligt förfrågningsunderlaget. NCC har dessutom lämnat anbud på sådant sätt att det är möjligt

att göra tillägg och ändringar i anbudet efter det att anbudet lämnats in genom att gå in i excelfilen som finns i det digitala systemet Oreo som är åtkomlig för anbudsgivarna. Det sätt som anbudet lämnats kan inte anses jämförbart eller likvärdigt med i förfrågningsunderlaget föreskrivet sätt och det kan ifrågasättas om NCC:s anbud kan anses slutligt lämnat inom anbudstiden. NCC:s anbud borde därför förkastas.

Kommunalförbundet har därefter anfört bl.a. följande. Det framgår klart att det är utvärderingssumman som är den summa som används vid utvärderingen. Det kom inte någon fråga på detta under anbudstiden. Upphandlande myndighet har klart och tydligt beskrivit vilka fält som ska fyllas i (de gula) och även markerat utvärderingsrutan i annan färg så att det tydligt framgår att det är denna summa som ska utvärderas. Beträffande kompletteringar/ändringar av förfrågningsunderlaget menar bolaget att de sena kompletteringarna påverkat företaget att lämna konkurrenskraftigt anbud. De kompletteringar som kom från upphandlande myndighet var inte av sådan karaktär att de ändrade förutsättningarna i upphandlingen utan var identiska excel-dokument men där sammanräkningen och låsning av vissa celler rättats till. Att kompletteringen gjordes så sent som tre dagar innan sista anbudsdag beror på att det var först då som felet med filen uppdagades. Det är svårt att besvara varför det endast var bolaget som hade bekymmer med detta. Anbudet från NCC kom in elektroniskt via Oreo upphandlingssystem korrekt och i rätt tid. För sent inkomna anbud kommer inte in i systemet eftersom detta med automatik stängs det aktuella datumet kl 00.00. Det är inte möjligt för någon anbudsgivare att efter det tiden gått ut, plocka tillbaka och ändra sitt anbud. Det är inte tekniskt möjligt. Enligt förfrågningsunderlaget i AFB.52 är det utvärderingspris som ska utvärderas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69 framgår att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att förvaltningsrätten bör pröva bara de grunder som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget, AFB.34, framgår att anbud ska skickas in elektroniskt via upphandlingsverktyget Oreo. Det har inte framkommit annat än att NCC Roads AB gjort så. Det finns inte skäl att ifrågasätta riktigheten i Kommunalförbundets uppgifter om att det inte går att göra ändringar i avgivna anbud efter att anbudstiden gått ut. Skäl att bifalla bolagets yrkande om utvärdering utan beaktande av NCC:s anbud saknas därför.

För att säkerställa likabehandling av alla leverantörer bör eventuella rättelser och kompletteringar av förfrågningsunderlaget ske i god tid. I upphandlingen har det skett vissa kompletteringar och rättelser. Den viktigaste kompletteringen rör volym på Melleruds mängdförteckning, vilken gjordes den 18 november 2011. Detta får anses vara i god tid då anbud skulle lämnas in den 19 december 2011, det vill säga ca en månad senare. De övriga fyra kompletteringarna/rättelserna rör totalsumma som redovisas och räknas ner, oläst artikelspecifikation, nedräkning av listor samt felsummering. Tre av dessa kompletteringar/rättelser kom visserligen så sent som 3 – 4 dagar innan anbudstiden gick ut men då samtliga fyra ifrågavarande kompletteringar/rättelser berör beräkningsmässiga korrigeringar och inte fakta av avgörande betydelse för anbud utgör dessa inte grund för att göra om upphandlingen, eftersom de inte torde ha påverkat bolagets möjligheter att utarbeta anbudet och lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I vart fall har bolaget inte visat att så varit fallet.

Bolaget menar att utvärdering av deras pris skett på ett felaktigt sätt genom att det skett ett påslag för Åta-arbeten och att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilket pris som ska utvärderas, vilket gör att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Av ett förfrågningsunderlag ska det klart och tydligt framgå hur tilldelning av ett kontrakt kommer att ske. I förfrågningsunderlaget, AFB.52, anges angående pris att det ska utgöra totalpris i sek/kommun och ska framgå av mängdbeskrivningen. I mängdbeskrivningen finns gula rutor att fylla i. Tredje rutan nerifrån anger ”pris total” och därefter anges ”entreprenörsarvode” där det står att procentsatsen ska multipliceras med totalsumman. Längst ner i mängdbeskrivningen anges ”utvärderingssumma” och rutan där är inte gul utan orange. Det torde därför klart framgå att det är summan i rutan för utvärderingssumma som kommer att utvärderas, det vill säga en summa där entreprenörsarbeten lagts på det totala priset. Eftersom mängdbeskrivningen ingår i förfrågningsunderlaget har det klart framgått av förfrågningsun-

derlaget vilket pris som kommer att utvärderas och förfrågningsunderlaget brister inte i transparens. Skäl för åtgärd enligt LOU på denna grund saknas således.

Gällande anbudsutvärderingen anges att lägsta pris vinner, trots att förfrågningsunderlaget anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska vinna och där pris utgör 60 procent och kvalitet 40 procent. Kommunalförbundet har också medgivit att ny anbudsutvärdering bör göras. Förvaltningsrätten delar denna bedömning eftersom utvärdering inte skett enligt förfrågningsunderlaget.

En ny anbudsutvärdering ska alltså göras. I den ska hänsyn tas till vad som anges i förfrågningsunderlaget, det vill säga, såvitt är ifråga, att pris utgör 60 procent och att kvalitet utgör 40 procent.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Lisa Montan.

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.