



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2015-09-24
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2580-15

Sida 1 (19)

SÖKANDE

Indus Sverige AB, 556107-7370

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Falkenbergs kommun

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Indus Sverige AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen ska rättas.

Tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2015-09-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 347486

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Falkenbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av *Stafsinge förskola m. fl. – Tillfälliga förskolelokaler* och i tilldelningsbeslut den 13 februari 2015 anges att Indus Sverige AB har vunnit upphandlingen. Kommunen har därefter den 18 februari 2015 återkallat tilldelningsbeslutet eftersom det uppstått tveksamheter om Indus anbud uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen. I en skrivelse den 6 mars 2015 meddelar kommunen bl.a. följande. Eftersom inga rena anbud har kommit in väljer kommunen att med stöd av 4 kap 5 § första stycket 1 LOU tillsammans med 15 kap. 3 § LOU att övergå till direktupphandling. Direktupphandlingen kommer att gå till så att samtliga anbudsgivare kommer att ges möjlighet att inom viss tid komma in med uppgifter till avhjälpande av de uppgifter som saknades i de ursprungliga anbuden. Därefter kommer en ny prövning att ske i enlighet med vad som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Tilldelningsbeslut med utförligt angivande av grunden för övergång till direktupphandling kommer att tillställas samtliga anbudsgivare. Förvaltningsrätten har den 13 mars 2015 beslutat att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts.

YRKANDEN M.M.

Indus Sverige AB (Indus eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att kommunens beslut att övergå till direktupphandling upphävs och att den pågående direktupphandlingen inte får slutföras samt att kommunen ska tilldela Indus kontrakt i enlighet med felaktigt återkallat tilldelningsbeslut. Om förvaltningsrätten anser att upphandlingen inte kan rättas yrkar Indus att upphandlingen ska göras om. Indus anför i huvudsak följande.

Enligt kommunen innehåller bolagets anbud en otillåten reservation som ska bestå av att en generell produktbeskrivning av modulsystem har bifogats anbudet och att beskrivningen enligt kommunen innehåller uppgifter som kan tolkas som att i upphandlingen ställda krav inte uppfylls. Indus anbud innehåller ingen otillåten reservation och uppfyller alla obligatoriska krav. I anbudet finns inte någon information om att de offererade modulerna inte skulle uppfylla kommunens kravspecifikation. Indus har tvärtom i anbudsformuläret förbundit sig att utföra entreprenaden i överensstämmelse med de krav som kommunen har ställt upp i förfrågningsunderlaget. Formuläret innehåller inga uttryckliga reservationer eller förbehåll. Den bifogade "Produktbeskrivning Modulsystem F27" är endast en generell tilläggsinformation om Indus grundmoduler. Produktbeskrivningen visar de moduler som i entreprenaden ska anpassas efter kommunens kravspecifikation enligt vilken Indus i anbudsformuläret tydligt angett att de kan leverera. Sådana moduler måste regelmässigt anpassas till beställarens speciella behov och krav. Detta, liksom att en produktbeskrivning avser en modul i grundutförande, måste rimligen stå klart för kommunen. Produktbeskrivningen ingår inte i den information som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och är inte nödvändig för att Indus ska uppfylla ställda krav. Det är därför oproportionerligt att kommunen ger informationen en så pass avgörande betydelse vid utvärdering av anbudet. Syftet med att bifoga produktbeskrivningen var att kommunen skulle få en uppfattning om hur de offererade modulerna i sitt grundutförande ser ut. Även om kommunen har uppfattat den generella produktbeskrivningen som en reservation vore det en oproportionerlig åtgärd att, trots att anbudet uppfyller alla krav, förkasta anbudet endast på den grunden att Indus har bifogat mer information än förfrågningsunderlaget kräver.

Den direktupphandling kommunen avser genomföra är otillåten redan eftersom kommunen saknar saklig grund för återkallande av tilldelningsbeslut enligt vilket Indus tilldelas kontrakt. Även om förvaltningsrätten skulle

anse att Indus anbud är orent och att återkallandet av tilldelningsbeslutet var riktigt är inte heller detta grund för att övergå till direktupphandling. 4 kap 5 § första stycket 1 LOU som kommunen hänvisar till som stöd för övergång till direktupphandling hanterar endast olämpliga anbud. När det, som i förevarande fall, inte kommit in några giltiga anbud är den aktuella bestämmelsen som medger övergång till direktupphandling inte tillämplig.

Indus har till följd av det felaktigt återkallade tilldelningsbeslutet lidit skada eftersom Indus hade tilldelats kontraktet om tilldelningsbeslutet inte hade återkallats. Indus riskerar också att lida skada om kommunen genomför den otillåtna direktupphandlingen eftersom bolaget då riskerar att inte alls tilldelas kontraktet eller att tilldelningen sker till för bolaget sämre villkor än enligt det felaktigt återkallade tilldelningsbeslutet.

Kommunen bestrider Indus yrkanden och anför i huvudsak följande.

Kommunen är av uppfattningen att Indus anbud innehöll reservationer mot föreskrivet utförande i så måtto att den beskrivning av offererat utförande som bifogats anbudet innehöll uppgifter om utförande vilka står i strid med uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Det är således korrekt att kommunen beslutat att övergå till direktupphandling jämlikt 15 kap. 3 § andra stycket LOU med dess hänvisning till 4 kap 5 § första stycket 1 LOU. Kommunens grund till att övergå till direktupphandling var att inga lämpliga anbud kommit in i det avseendet att inga av de angivna anbuden överensstämde med de krav som uppställts i upphandlingen i olika avseenden. Avseende vissa anbud förelåg brister avseende ställda krav på anbudets form och innehåll medan andra anbud, såsom Indus, innehöll vad avser den offererade lösningen, avvikelser från ställda krav på utförande, t.ex. avseende tillgänglighet.

Det synes vara ostridigt att de handlingar som fogats till Indus anbud i

form av produktbeskrivningen de facto innehåller avvikelser från i den annonserade upphandlingen ställda kraven. De avvikelser som förelåg i förhållande till förfrågningsunderlaget krävt utförande avsåg att det inte av produktbeskrivningen framgick att nedanstående föreskriven ingående utrustning ingick i Indus anbud genom följande skrivningar i produktbeskrivningen:

- a) installationer, värme: som tillval levereras modulerna färdiga med luftvatten värmepump typ CTC EcoAir komplett med elpanna CTC EcoEl
- b) Inredning: ingår i entré, allrum/hemvist samt lekrum enligt ritning
- c) Tillval: trappa med räcke, ramp och räcke, dörrautomatik på ytterdörrar, värmepump, diskmaskin, tvättmaskin och torktumlare, torkskåp, kapp-
rumsinredning m.m.

Produktbeskrivningen har ostridigt fogats till anbudet och ska ses som en del av detta, denna uppfattning vinner brett stöd i praxis, jfr exempelvis Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 6969-10 och 7483-13. Produktbeskrivningen ingår alltså i anbudet och utgör en del av den offere-
rade prestationen. Vid avvikelser i denna jämfört med ställda krav ska an-
budet förkastas. Det förhållandet att Indus generellt i anbudsformuläret
erbjudit sig att utföra entreprenaden i överensstämmelse med förfrågnings-
underlaget innebär inte att kommunen kan bortse från andra delar av anbu-
det som innehåller avvikelser från föreskrivet utförande såsom i föreva-
rande fall, jfr exempelvis Kammarrättens i Göteborg dom i mål
nr 4660-10. Det framgår inte någonstans i Indus anbud att produktbeskriv-
ningen skulle utgöra generell tilläggsinformation om Indus grundmoduler
och att avsikten var att anpassa dessa efter kommunens kravspecifikation.
Ett sådant antagande, när det inte explicit anges i anbudet, kan inte kom-
munen utgå ifrån och ett sådant agerande skulle stå i direkt strid med de
grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likbehandling och
transparens. I detta avseende ska ingen proportionalitetsprövning göras
såsom framförs i Indus ansökan. Produktbeskrivningen ingår som en del av
anbudet, innehåller inskränkande avvikelser i förhållande till ställda krav

på omfattning och kommunen har därmed inte kunnat ta upp Indus anbud till prövning.

Återkallandet av tilldelningsbeslutet den 18 februari 2015 skedde på helt legitima grunder efter det att kommunen uppmärksammats på bristerna i Indus anbud. Eftersom Indus anbud lagligen inte kunde tas upp till prövning har Indus inte lidit skada av kommunens beslut att återkalla meddelat tilldelningsbeslut. Kommunen stod vid detta tillfälle i den situationen att inga giltiga anbud lämnats in i det annonserade förenklade förfarandet och kommunen beslöt därför att avbryta det förenklade förfarandet och övergå till direktupphandling.

Enligt rättspraxis (Kommissionen ./, Grekland – mål 250/07) innebär det förhållandet att ett anbud inte uppfyller ställda krav i tekniskt avseende inte enkom att det bara och uteslutande är att anse som ogiltigt, utan även kan vara att anse som olämpligt – i den mening som avses i 4 kap 5 § första stycket 1 LOU – i så måtto att det inte i betydande utsträckning möter den upphandlande myndighetens krav i detta avseende. Enligt kommunens uppfattning är Indus anbud och även de övriga anbuden inte blott ogiltiga utan även olämpliga (se Sue Arrowsmith – The law of public utilities procurement (första volymen tredje upplagan - 2014) s. 1083 – 1087).

För det fall förvaltningsrätten inte skulle finna att kommunen har haft rätt att övergå till direktupphandling på åberopad grund gör kommunen gällande att Indus inte har lidit eller riskerat att lida skada. Indus har liksom de andra anbudsgivarna i det resultatlösa förenklade förfarandet bjudits in att korrigera bristerna i anbudet och alla anbudsgivare har behandlats lika.

Yrkandet om rättelse avseende att beslutet att övergå till direktupphandling ska upphävas kan lagligen inte bifallas av förvaltningsrätten. Ett beslut om underkännande av valt upphandlingsförfarande är att hänföra till det kon-

kurrensuppsökande skedet och inte ett förhållande som kan rättas utan upphandlingen ska i så fall göras om. Det förenklade förfarandet är avbrutet eftersom inga giltiga anbud kommit in och förordnande om rättelse i dessa delar kan inte ske, om inte Indus avsett att klaga på beslutet att avbryta upphandlingen.

Avseende yrkandet att kommunen ska tilldela Indus kontraktet i enlighet med det återkallade tilldelningsbeslutet kan inte heller detta lagligen bifallas. Under alla omständigheter är ett bifall till ett sådant yrkande olämpligt (se Asplund m.fl. Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 216 f.).

Indus har inte anfört några grunder till varför upphandlingen skulle göras om. Sammanfattningsvis har kommunen inte agerat i strid med upphandlingslagstiftningen eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling och Indus har inte lidit någon skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Indus anför i yttrande i huvudsak följande.

Kommunen anför att domstolen inte lagligen kan bifalla yrkandet om rättelse eftersom det förenklade förfarandet är avbrutet. Med hänsyn härtill noterar Indus att det är ostridigt att kommunens meddelande om övergång till direktupphandling innefattar ett beslut att avbryta den ursprungliga upphandlingen. Vid överprövning av avbrytandebeslut finns ingen regel om vad domstolen kan förordna. Oavsett hur domstolen väljer att formulera sitt domslut är det den av Indus yrkade rättsföljden som avses. Yrkandet förutsätter och innebär förstås att avbrytandebeslutet inte längre är giltigt. För övrigt noteras att Indus yrkat att beslutet att övergå till direktupphandling upphävs, vilket torde innebära att avbrytandebeslutet ogiltigförklaras. Följden av domslutet blir oavsett hur domstolen formulerar rätts-

följden att den avbrutna upphandlingen återupptas och Indus tilldelas kontrakt enligt det felaktigt återkallade tilldelningsbeslutet. Om förvaltningsrätten skulle anse att yrkandet inte kan bifallas yrkar Indus alternativt att beslutet om övergång till direktupphandling, innefattande avbrytande av det förenklade förfarandet, ska ogiltigförklaras och att den ursprungliga upphandlingen ska slutföras genom att Indus tilldelas kontraktet. Om Indus yrkande att den pågående upphandlingen inte får slutföras så avser det inte ett interimistiskt yrkande. Yrkandet avser i stället ett förordnande från domstolen, för det fall den skulle anse att kommunens förkastande av Indus anbud varit korrekt, om att direktupphandlingen inte över huvud taget får slutföras. Grunden för det yrkandet är att det saknas lagliga förutsättningar för att tillämpa direktupphandling på det vis kommunen har gjort. Det interimistiska yrkandet syftade till att förhindra att kommunen avslutar upphandlingen genom att teckna avtal med någon leverantör innan domstolen fått tillfället att avgöra målet.

Att den angivna utrustningen ingår i anbudet framgår av anbudsformuläret eftersom Indus där uttryckligen bekräftar att bolaget kan utföra entreprenaden i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. I AFB.31 i förfrågningsunderlaget anges vilka handlingar som ska innefattas av begreppet anbud och därmed ingå i anbudet. Produktbeskrivningen är inte en del av de uppräknade handlingarna. En sådan handling har således inte efterfrågats som bevisning av kommunen. Den syftar inte heller till att visa att krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Produktbeskrivningen är därför inte en del av anbudet och kan inte vara grund för kommunen att förkasta anbudet. De handlingar kommunen ska grunda sin bedömning på är i stället anbudsformuläret och de efterfrågade bilagorna, av vilka det framgår att Indus anbud uppfyller alla obligatoriska krav. Indus har till anbudet bifogat och numrerat alla de i AFB.31 efterfrågade bilagorna. Produktbeskrivningen har däremot inte numrerats. Det visar ytterligare att produktbeskrivningen inte varit en del av anbudet.

Beträffande *installationer och värme* konstateras att det aktuella kravet följer av AFD.2 och att Boverkets Byggregler, BBR, gäller för entreprenaden. Dessa innebär vissa givna regler för uppvärmning och energiförbrukning i paviljongen. Genom att bekräfta att Indus kan utföra entreprenaden i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget har Indus förstås att leverera paviljonger som uppfyller kraven i BBR vad gäller värme och energi. Detta kan ske på en rad olika sätt. Det faktum att produktbladet anger att en värmepump och en elpanna av visst märke utgör ett tillval innebär inte att Indus reserverar sig mot kravet enligt förfrågningsunderlaget. Detta innebär att även om domstolen skulle anse att produktbeskrivningen är en del av anbudet innebär den inte en reservation i detta avseende.

Gällande *inredning* noterar Indus att produktbeskrivningen hänvisar till en ritning. De enda ritningar som bifogats anbudet är anbudets bilaga 3 och 4, vilka tydligt visar att den inredning som förfrågningsunderlaget ställer krav på ingår i offererade moduler. Inte heller här innehåller alltså produktbeskrivningen någon reservation.

När det gäller *tillval* konstaterar Indus att alla av kommunen omnämnda delar inte utgör krav enligt AFD.1, exempelvis dörrautomatik. Av de ritningar som Indus bifogat till sitt framgår emellertid att samtliga kravställda delar ingår i den offererade modulen. Även om domstolen skulle anse att produktbeskrivningen utgör en del av anbudet förefaller det självklart att kommunen gör sin bedömning av anbudet efter den detaljerade och kravställda beskrivningen av Indus grundversion av en modul.

Indus tolkar det som att kommunen påstår att en proportionalitetsbedömning inte ska göras eftersom det, enligt kommunen, skulle bryta mot lika-behandlingsprincipen att anta Indus anbud. Påståendet är felaktigt. Den upphandlande myndigheten måste alltid göra en proportionalitetsbedömning innan myndigheten förkastar ett anbud. Om felet i anbudet inte är re-

levant för upphandlingen och rimligen av oväsentlig betydelse strider det både mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna att förkasta anbudet, se Kammarrätten i Jönköpings mål nr 897-14. Den produktbeskrivning som medfört att kommunen förkastat anbudet är enligt Indus inte relevant för upphandlingen och är av oväsentlig betydelse. Mot den bakgrunden strider det mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet. Även om domstolen skulle anse att produktbeskrivningen är en del av anbudet vore det orimligt och oproportionerligt att fästa avgörande betydelse vid den icke kravställda, generella produktbeskrivningen i stället för de detaljerade och kravställda ritningarna i anbudets bilagor 3 och 4. Detta särskilt med hänsyn till att eventuella skillnader mellan innehållet i produktbeskrivningen och innehållet i anbudet i övrigt, och därvid särskilt de kravställda ritningarna, är marginella.

Kommunen anger att Indus anbud är olämpligt enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Samtidigt anger kommunen att anbudet inte uppfyllde vissa obligatoriska krav. Kommunen medger till och med att inga giltiga anbud har lämnats in. Denna begreppsförvirring gör kommunens resonemang svårbegripligt. Det av kommunen hänvisade avgörandet C-250/07 Kommissionen mot Grekland avgjordes enligt försörjningsdirektivet. De i målet aktuella kraven var krav som gällde enligt lagar och regler, dvs. om de kraven inte uppfylldes kunde inte upphandlande enhet genomföra sin verksamhet lagenligt. EU-domstolen uttalade att i den specifika situationen kan ouppfyllda, tekniska och lagreglerade krav medföra att anbudet är olämpligt. Kommissionen mot Grekland rör en annan typ av krav, en annan situation och en annan lag än den nu aktuella. Avgörandet är därför inte relevant. Kammarrättens praxis är entydig och klargör att ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav är ogiltigt, inte olämpligt. Om förvaltningsrätten skulle anse att anbudet innehåller en reservation är det ogiltigt. Detsamma gäller enligt kommunen också övriga inkomna anbud. Kommunen har därför inte rätt att med åberopande av 15 kap. 3 § och

4 kap. 5 § 1 p LOU övergå till direktupphandling.

Indus skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet enligt det felaktigt återkallade tilldelningsbeslutet. Indus har därför lidit skada av övergången till direktupphandling. Om domstolen skulle finna att kommunen gjort en korrekt bedömning av Indus anbud saknas ändå laglig möjlighet att tillämpa direktupphandling på det vis kommunen har gjort. Kommunen skulle i stället ha avbrutit den ursprungliga upphandlingen och genomfört en ny annonserad upphandling. I en sådan, som hade kunnat innehålla andra krav, hade Indus kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. Det följer bl.a. att de offererade priserna är kända för anbudsgivarna i direktupphandlingen. Indus riskerar således, även i fall domstolen skulle finna att Indus anbud innehöll en otillåten reservation, att lida skada om den pågående direktupphandlingen får avslutas.

Kommunen anför i yttrande tilläggsvis i huvudsak följande.

Produktbeskrivningen var en del av anbudet och den offererade prestationen. Genom att ge in den har Indus gjort reservationer och ett förbehåll i förhållande till förfrågningsunderlaget. Det finns inga uttryckliga bestämmelser om reservationer och förbehåll i LOU utan ledning får tas från avtalslagen. Av 6 § avtalslagen följer att för det fall ett anbud ges in av en anbudsgivare till den upphandlande myndigheten i rätt tid men är orent gäller det som avslag i förening med ett nytt anbud. I nu aktuellt mål är det ostridigt att produktbeskrivningen innehåller inskränkande avvikelser i förhållande till ställda krav på omfattningen och kommunen har därför inte, enligt likabehandlingsprincipen, kunnat ta upp Indus anbud till prövning. En reservation eller ett förbehåll utgör en oren accept. Indus har bifogat en produktbeskrivning som en del av bolagets anbud. Produktbeskrivningen innehåller inskränkande avvikelser i förhållande till ställda ska-krav som innebär att utrustning och inredning inte innefattas i Indus anbud.

Därvid är Indus anbud orent och kommunen har inte kunnat ta upp det till prövning eftersom detta hade varit i direkt strid mot likabehandlingsprincipen, och även transparensprincipen. Enligt Terminologicentrums definition av anbudshandling innebär att en till anbud bifogad handling, t.ex. en produktbeskrivning, utgör en del av anbudet. Indus anbud är att betrakta som en oren accept. En privat beställare har i dessa situationer att överväga om denne vill acceptera det ändrade avtalsinnehåll som offereras. En upphandlande myndighet har däremot ytterst begränsade möjligheter att göra så mot bakgrund av reglerna i LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen.

Enligt AFB.22 gäller anbudshandlingarna före såväl anbudsformulär som förfrågningsunderlag, för det fall dessa innehåller motstridiga föreskrifter. Eftersom den aktuella upphandlingen är en entreprenad som baseras på standardkontraktet ABT 06 innebär de reservationer Indus har gjort i sitt anbud att det får betydande konsekvenser för vilket arbete och material som hade omfattats av parternas kontrakt för det fall kommunen hade accepterat reservationerna. Det framgår av produktbeskrivningen att viss utrustning inte ingick i Indus anbud. När kommunen vill ha byggnaderna utrustade med den önskade utrustningen hade detta inte ingått i parternas kontrakt att Indus skulle tillhandahålla detta material och utföra det tillhörande installationsarbetet. Det innebär att inköp av den aktuella utrustningen och installationen hade varit av arten ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten. Därmed hade Indus fått ytterligare ersättning utöver anbudssumman för att tillhandahålla material och utföra arbete som övriga anbudsgivare hade inkluderat i sina respektive anbudssummor. Återigen blir det tydligt att för det fall kommunen skulle ha accepterat Indus anbud hade det medfört ett uppenbart åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Kommunen har givetvis prövat om avvikelserna i Indus anbud kunde sägas vara irrelevanta och oväsentliga för upphandlingsföremålet eller dess ge-

nomförande, och om så var fallet inte skulle leda till förkastande. Kommunen kom till slutsatsen att avvikelserna i anbudet är direkt relevanta och väsentliga i upphandlingen. Vidare är det givetvis av stor betydelse att byggnaderna har den utrustning, inredning och inventarier som efterfrågas, vilket dessutom är att betrakta som minimiutrustning för att det ska vara möjligt att bruka byggnaderna till förskoleverksamhet.

Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 897-14 är inte relevant för nu aktuellt mål och ger inte stöd för att en produktbeskrivning med reservationer skulle ignoreras av kommunen. Tvärtom slås det fast att utgångspunkten alltså är att samtliga handlingar en anbudsgivare lämnar in med sitt anbud omfattas av begreppet anbud.

Angående övergång till direktupphandling är Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4076-14 av central betydelse. Eftersom det i det fallet bedömdes att inte några anbudsgivare uppfyllde samtliga krav övergick upphandlingen i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kammarrätten fastslog att den upphandlande myndigheten förvisso brustit vid övergången till förhandlat förfarande men att detta inte föranledde något ingripande i upphandlingen eftersom skaderekvisitet inte var uppfyllt. På samma sätt förhåller det sig i nu aktuellt mål. Indus har under inga omständigheter visat på vilket sätt bolaget lidit skada genom att först ge in ett anbud som inte uppfyller alla ska-krav varefter kommunen avbröt det förenklade förfarandet och övergick till en direktupphandling jämlikt 15 kap. 3 § andra stycket LOU med hänvisning till 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Därmed har Indus inte uppfyllt skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU.

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 § 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 gjorts.

Enligt 4 kap 5 § första stycket 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Utredningen

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

AFB.22 Förteckning över förfrågningsunderlag

Anbudet ska baseras på nedan angivna handlingar.

Innehåller handlingarna mot varandra stridande föreskrifter gäller de sinsemellan i nedan angiven ordning:

01 Kontrakt, i form av kontraktsskrivelse/uppgörelseprotokoll (bifogas ej)

02 Ändringar i ABT 06 som är upptagna under AFD.111

03 ABT 06 (bifogas ej)

05 Anbudshandlingar

05.1 Anbudsformulär

06 Förfrågningsunderlag

06.1 Administrativa Föreskrifter, Sweco Management AB, 2015-01-13

06.2 Ritningsbilaga Del 1, Arvidstorp 1:36

06.3 Ritningsbilaga Del 2, Fredsvännen 1

07 Övriga handlingar

07.1 Kretsloppsanpassad avfallshantering, Region Halland

...

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud ska lämnas i enlighet med bifogat anbudsformulär.

Anbud ska avges skriftligt och författas på svenska språket.

Anbud avgivet per fax, telegram eller e-post accepteras ej.

Anbudet ska vara uppdelat i huvuddelar, Del 1 och Del 2 (option).

Anbudet ska till sitt anbud bifoga:

Registreringsbevis från Bolagsverket, inte äldre än en månad gammalt från datum för anbudets ingivande

Redovisning kvalitets- och miljöledningssystem

Ritningar redovisande paviljongsplacering och tänkt transportväg för mot-tagningskök samt planlösning

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse

i lagen. En förutsättning för ett sådant ingripande enligt LOU är att överträdelsen har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen den 6 mars 2015 i skrivelse meddelat att kommunen anser att inga rena anbud har kommit in och att kommunen därför beslutar att gå över till direktupphandling. Något formellt avbrytandebeslut av upphandlingen har inte fattats. Även om kommunen beslutat att upphandlingen ska övergå i annan upphandlingsform anser förvaltningsrätten att vad som kommit fram i målet inte visar att upphandlingen skulle vara formellt avbruten.

Kommunen har anfört att bolagets anbud innehåller en otillåten reservation som består av en generell produktbeskrivning av modulsystem som har bifogats anbudet och att beskrivningen innehåller uppgifter som kan tolkas som att i upphandlingen ställda krav inte uppfylls. Kommunen anser därför att Indus anbud är orent och inte uppfyller samtliga ställda krav samt att inte heller övriga inkomna anbud i upphandlingen gör detta. Indus har bl.a. anfört att bolaget i anbudet har förbundit sig att utföra entreprenaden i överensstämmelse med ställda krav, att bolaget uppfyller samtliga krav och att bolagets anbud inte innehåller någon otillåten reservation. Indus anser att den produktbeskrivning som bolaget har lämnat in är en generell tilläggsinformation som endast visar offererade moduler i grundutförande och som ska anpassas efter kommunens ställda krav.

Frågan är om den av Indus bifogade produktbeskrivningen kan anses vara en del av anbudet och i så fall om den innehåller sådana otillåtna reservationer som gör att bolaget inte kan anses ha uppfyllt samtliga ställda krav i upphandlingen.

Om ett förfrågningsunderlag inte ger någon närmare vägledning om vilka handlingar som innefattas i begreppet anbud ska samtliga handlingar som anbudsgivaren lämnat in till den upphandlande myndigheten, för uppfyllande av förfrågningsunderlaget, anses omfattas av begreppet, jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 28 februari 2014 i mål nr 7483-13. I det avgörandet hade anbudslämnaren kommit in med ett flertal handlingar och också hänvisat till dessa handlingar vid beskrivningen av hur anbudslämnaren uppfyllt ett visst krav. Kammarrätten i Stockholm har i ett tidigare avgörande den 26 april 2011 i mål nr 6969-10 uttalat att begreppet anbud i just det målet måste anses innefatta de dokument som anbudsgivaren gett in till stöd för att uppfylla ställda obligatoriska krav. I det målet hade anbudslämnaren gett in och åberopat bilagor på engelska trots ett krav på att anbudet skulle lämnas på svenska. Uppgifterna hade i vart fall i ett av dokumenten som bilagts anbudet använts för att bedöma om anbudslämnaren uppfyllt ställda krav och anbudslämnaren ansågs därför inte ha uppfyllt det aktuella språkkravet.

Indus har till sitt anbud bifogat en produktbeskrivning av det modulsysteem som offererats. I beskrivningen anges bl.a. att modulerna är byggda för att klara de senaste BBR-kraven och att de dessutom är BR1-klassade vilket innebär att de kan monteras i två våningar eftersom de klarar av de högt ställda brandkraven som gäller vid förskolor. Vidare anges att vid montage i två våningar finns det trapphusmodeller som kan utrustas med invändig hiss för att underlätta kommunikationen mellan våningsplanen. Förvaltningsrätten anser att det redan av dessa formuleringar får anses framstå som klart att produktbeskrivningen har karaktären av en generell beskrivning av ett modulsysteem som kan komma att anpassas efter olika behov.

I förfrågningsunderlaget AFB.22 anges vilka handlingar som anbudet ska baseras på. Produktbeskrivning anges inte i det aktuella kravet. Det framgår inte heller av handlingarna i målet att Indus någonstans i sitt anbud

skulle ha hänvisat till den ingivna produktbeskrivningen för att på så sätt visa att bolaget uppfyllt ställda krav i upphandlingen. Indus har vidare i anbudsformuläret angett att bolaget erbjuder sig att utföra rubricerad entreprenad i överensstämmelse med de under AFB.22 angivna handlingarna. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är visat att Indus inte skulle ha uppfyllt samtliga ställda krav och att kommunen därför inte har haft fog för sin bedömning att Indus anbud skulle vara orent.

I 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det bl.a. inte har kommit in några lämpliga anbud. Kammarrätten i Stockholm har i avgörande den 10 december 2014 i mål nr 4076-14 uttalat bl.a. följande. I LOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud och anbud som inte är lämpliga. I doktrinen framhålls att skillnaden är av avgörande betydelse eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga anbud. Ett anbud kan vara olämpligt om det exempelvis är för dyrt eller omfattar ett olämpligt alternativt utförande. Även ett anbudspris som är onormalt lågt kan vara olämpligt. Att ett anbud inte är lämpligt, innebär inte att det på rent formella grunder är ogiltigt. Med ogiltiga anbud avses bl.a. anbud som inte motsvarar förfrågningsunderlaget eller anbud som inte klarar uppställda kvalificeringskrav eller diskvalificeringsgrunder.

Kommunen har beslutat att använda förhandlat förfarande med anledning av att den ansett att inga rena anbud har kommit in och att samtliga anbud har brister och saknar uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Det var därför enligt förvaltningsrättens mening fråga om att det i upphandlingen endast lämnats ogiltiga anbud och inte att de inlämnade anbuden var olämpliga (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 juli 2014 i mål nr 522-14). Eftersom bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU om förhandlat förfarande utan föregående annonsering avser olämpliga anbud har denna inte varit tillämplig.

Kommunen har således genom att använda förhandlat förfarande trots att förutsättningarna enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU inte har varit uppfyllda förfarit i strid med lagstiftningen. För att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot upphandlingen krävs dessutom att Indus har lidit eller riskerat att lida skada. Av utredningen i målet framgår att Indus i tilldelningsbeslut den 13 februari 2015 tilldelades kontrakt. Kommunen har därefter återkallat tilldelningsbeslutet och, som förvaltningsrätten ovan konstaterat, på felaktig grund gått över till förhandlat förfarande. Indus har därför lidit skada av kommunens agerande. Den aktuella bristen är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet utan består i ett felaktigt agerande från kommunens sida. Förvaltningsrätten anser att det därför är tillräckligt att förordna om att kommunen ska rätta upphandlingen på så sätt att en ny prövning av de ursprungliga anbuden ska ske.

Tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Markus Zander.



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 väkt 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-/organisationsuppgifter, 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.