



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2017-11-30

Meddelad i Stockholm

Mål nr

11106-17

11108-17

SÖKANDE

Dahl Sverige AB, 556287-0229

Ombud: Martin Göransson

och Mikael Rendahl

Prosent AB

Kungsgatan 13 B

352 31 Växjö

MOTPARTER

1. Nacka vatten och avfall AB

Ombud: Jonas Finnsson

Juridik- och kanslienheden, Nacka kommun

131 81 Nacka

2. Onninen AB, 556371-9474

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson och jur.kand. Per Karlsson

Advokatfirman Nordia

Kungsportsavenyn 1

411 36 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2017-11-30 01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Dahl Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 881989

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Nacka vatten och avfall AB (nedan Nacka kommun) genomför en upphandling avseende Hanteringslösning VA-förrådet med diarienummer NTN 2016/591. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2017 framgår att det vid anbudstidens utgång fanns två anbudsgivare som lämnat anbud och att kommunen har för avsikt att anta anbud från Onninen AB (nedan Onninen).

Dahl Sverige AB (nedan Dahl) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid anbudet från Onninen inte får beaktas. I andra hand yrkar Dahl att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför Dahl bl.a. följande.

Nacka kommun har brutit mot 1 kap. 24 § LUF genom att tilldela kontraktet till Onninen, trots att Onninens anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Onninens anbud innehåller ett flertal reservationer genom att Onninen i sitt anbud har hänvisat till sina allmänna försäljnings- och leveransbestämmelser vilka också har bifogats till anbudet. Onninens anbud innehåller dels avvikande villkor, dels tillägsvillkor. Att bifoga och hänvisa till egna avtalsvillkor utgör en otillåten reservation. Enligt rättspraxis från kammarätterna är det ett brott mot 1 kap. 24 § LUF att godta ett anbud som innehåller avvikande villkor än de obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget.

Onninen har efter sista anbudsdag per e-post och i motsats till vad som angetts i anbudet, accepterat kommunens villkor. Därmed framgår att Onninen först efter tiden för att lämna anbud har accepterat villkoren i förfrågningsunderlaget. Onninens komplettering och rättelse har lett till att Onninen har kunnat antas som leverantör istället för Dahl. Begäran om förtydligande skickades först efter det att kommunen fått kännedom om att Dahl ansökt om överprövning. Kommunen har således begärt förtydligande i syfte att kunna försvara valet av leverantör. Med hänsyn till att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att kontrakt skulle kunna komma att antas utan förhandling har det inte heller funnits någon skyldighet för kommunen att förhandla med anbudsgivarna. Dahl har inte blivit inbjuden till att förhandla om de kontraktsvillkor som nu är i fråga och någon förhandling angående Onninens bifogade allmänna försäljnings- och leveransbestämmelser har inte skett. EU-domstolen har i dom i mål nr C-561/12 slagit fast att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att vid förhandlat förfarande förhandla med anbudsgivare som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

För det fall Onninens anbud rätteligen hade förkastats hade Dahl blivit vinnande leverantör. Därmed lider eller i vart fall riskerar Dahl att lida skada varför ingripande enligt LUF föreligger.

Nacka kommun bestrider bifall till Dahls ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Kommunen har i inbjudan att lämna anbud skickat med det avtalsutkast som gäller i upphandlingen. De uppgifter i vinnande anbudsgivares anbud som Dahl hänvisar till innehåller information som kommunen varken har begärt in eller beaktat i utvärderingen. Avtalet i kombination med vad som anges i förfrågningsunderlaget innebär att endast kommunens krav och villkor *kan* komma att gälla. Systematiken i kommunens förfrågningsunderlag har

utformats på så sätt att tillagda uppgifter som skulle kunna tolkas som reservationer eller tillägg inte ska beaktas. Detta gäller både vid utvärdering och tilldelning enligt LUF, samt de civilrättsliga rättigheterna och skyldigheterna efter ingånget avtal. De aktuella uppgifterna som Dahl hänvisar till i Onninen's anbud har inte heller använts för att bedöma uppfyllelse av krav eller utgjort underlag för förhandlingarna eller på annat sätt beaktats i upphandlingen. Båda anbuden har värderats på lika villkor. Likabehandlingsprincipen har således inte överträtts. Av praxis följer att om uppgifterna inte har påverkat val av leverantör är anbudet inte att anse som orent. Att en mindre förseelse från en anbudsgivares sida, som i detta fall, får som konsekvens att denne förkastas vore oproportionerligt eftersom uppgifterna inte beaktas i upphandlingen. Upphandlingen strider inte mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Bolaget har inte lidit skada eller riskerat att lida skada av upphandlingen.

Onninen AB (nedan Onninen) bestrider bifall till Dahls ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

I första hand menar Onninen att kommunens avtalsutkast inte kan anses utgöra obligatoriska krav och i andra hand att några reservationer inte kan anses ha gjorts. För det fall förvaltningsrätten finner att avtalsutkastet innefattat obligatoriska villkor, samt att Onninen skulle ha reserverat sig mot dessa, anser Onninen att sådana reservationer ändock inte utgjort ett hinder för kommunen att godta anbudet. Under alla förhållanden skulle det strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta Onninen eller att förordna om att upphandlingen ska göras om på nu angiven grund.

I inbjudan till anbudsgivning anges inte att det bifogade avtalsutkastet innehåller obligatoriska villkor. Det framgår tvärtom att kommunen avsett att förhandla om "kontraktsvillkoren". Eftersom kommunen särskilt angivit att förhandling kan ske om "kontraktsvillkor" och således tydligt avsett att

förhandla om dessa villkor, menar Onninen att avtalsutkastet, som återfinns som bilaga till anbudsinvitan, inte kan anses utgöra obligatoriska villkor.

Som kommunen anført i sitt yttrande har förfrågan utformats på så sätt att tillagda uppgifter som skulle kunna tolkas som reservationer inte kommer att beaktas. Av den anledningen återfinns i avtalsutkastet en rangordning som utvisar en klassning av uppgifter som strider mot varandra. Där framgår bl.a. att avtalshandlingarna kompletterar varandra om inte omständigheterna föranleder annat. Om avtalshandlingarna innehåller uppgifter som strider mot varandra ska handlingarna gälla i en given ordning om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat. Leverantörens anbud är placerat längst ned i rangordningen.

Dahl har anført att Onninens bilagda standardvillkor innehåller bestämmelser som strider mot kommunens avtalsutkast. Som följer av rangordningen i avtalsutkastet innebär den att om Onninens allmänna villkor som bilagts anbudet i något avseende skulle strida mot kommunens avtalsförslag så tar det senare över. Någon reservation föreligger därmed inte. Det har aldrig varit Onninens intention att reservera sig mot uppställda villkor och det kan nämnas att varken Onninen eller kommunen har varit av uppfattningen att någon sådan reservation skett. Innebörden av att Onninen bifogat sina standardvillkor är enbart att dessa skulle vara utfyllande på sådana områden som inte reglerats i avtalsutkastet eller annorledes, vilket är ett helt korrekt förfarande med beaktande av att avtalshandlingar är tänkta att komplettera varandra. Fråga är därför inte om otillåtna reservationer.

Betydelse för bedömningen om Onninen gjort otillåtna reservationer har också den omständigheten att det är fråga om ett förhandlat förfarande. Själva syftet med ett förhandlat förfarande är att anbudet löpande kan anpassas och justeras efter förhandling mellan parterna. Upphandlingsunderlaget specificerar att det lämnas utrymme för förhandling gällande

kontraktsvillkor. Inom ett förhandlat förfarande med sådan specifikation kan inte bifogandet av standardvillkor jämföras med att göra en reservation mot förfrågningsunderlaget.

Eftersom förfrågningsunderlaget anger att det finns ett förhandlingsutrymme vad gäller kontraktsvillkoren har det funnits möjligheter att komplettera och justera dessa i efterhand. Kommunen bör då också kunna godta ett anbud med brister eller avvikelser i dessa avseenden, under förutsättning att bristerna inte är så väsentliga att de grundläggande principerna överträds.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Dahl anfört är visat att Nacka kommun brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Dahl lidit eller riskerat att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enhet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande. Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem (2 kap. 9 § LUF). Vid ett förhandlat förfarande ska den upphandlande enheten förhandla med anbudsgivarna om deras anbud, för att anpassa anbuden till de krav som angetts i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet. Även om den

upphandlande enheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat för-
farande, är den dock alltid skyldig att se till att kraven i förfrågnings-
underlaget, som den frivilligt valt att göra tvingande, iakttas (jfr bl.a.
Europeiska unionens förstainstansrätts dom den 28 november 2002 i mål
T-40/01, Scan Office Design SA mot Europeiska unionens kommission).

I 1.6.1 kommunens inbjudan till anbudsansökan framgår att inbjudan även
innefattar ett ska-kravsformulär som ska fyllas i på e-Avrop. I ska-
kravsdokument anges att samtliga obligatoriska krav ska uppfyllas och
accepteras, vilket anbudssökande intygar genom att kryssa i rutan ”ja”.
Ansökningar som inte uppfyller samtliga krav kommer att förkastas.

I 1.4 samma inbjudan anges att kommunen kommer att bjuda in utvalda
anbudssökande till att lämna anbud för att förhandla fram den lösning och
kontraktsvillkor som lämpar sig bäst. Som underlag för förhandling kommer
en kravspecifikation att tillställas de anbudssökande som bjuds in att lämna
anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ska-kravsformulär som anbudsgivarna
fyllt i på e-Avrop inte innehåller några krav avseende vilka kontraktsvillkor
som ska vara gällande mellan parterna. Kommunen har till anbudsinbjudan
bifogat ett avtal men har inte angett att det finns ett krav på anbudsgivaren
att acceptera villkoren. Mot den bakgrunden och särskilt med beaktande av
det som angetts i punkterna 1.4 och 1.6.1 i anbudsinbjudan om att
kommunen kommer att förhandla fram den lösning och kontraktsvillkor som
lämpar sig bäst, anser förvaltningsrätten att kommunens avtalsvillkor inte
utgör ett obligatoriskt krav. Det förhållandet att kommunen sedan valt att
inte förhandla om kontraktsvillkoren föranleder ingen annan bedömning.

Den omständigheten att Onninen hänvisat till och bifogat sina egna
avtalsvillkor innebär därmed inte att Onninen har reserverat sig mot ett

obligatoriskt krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att det Dahl anført i målet inte visar att Nacka kommun har agerat i strid mot likabehandlings- och transparensprincipen vid upphandlingen. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därför inte.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Ulrika Melander

Rådman

Camilla Källmén har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.