



SÖKANDE

Pia Andersson Fastighetsbyrå AB, 556635-2760
Box 2014, 144 02 Rönninge

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613, 701 16 Örebro

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-09-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Pia Andersson Fastighetsbyrå AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Örebro läns landsting (landstinget) har inlett en offentlig upphandling avseende patienthotell, dnr 12OLL2268. Enligt upphandlingsrapport daterad 21 juni 2012 uppfyllde Pia Andersson Fastighetsbyrå AB:s (härefter PAFAB) anbud inte kravet på en hyresavtalstid som omfattar hela avtalsperioden inklusive förlängningsperioder, varför anbudet inte gick vidare till prisutvärdering. Vid denna prisutvärdering valdes ett av de båda andra anbuderna som leverantör.

PAFAB yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, varvid PAFAB ges tillfälle att förtydliga sitt anbud med ytterligare bevis om en hyrestid som uppfyller landstingets krav. PAFAB yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

PAFAB anför bl.a. följande.

Av punkten 1.1.7 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska få tydlig information innan anbudstidens utgång om inte de obligatoriska kraven var uppfyllda. Detta har PAFAB överhuvudtaget inte fått innan anbudstidens utgång varför man inte haft någon som helst möjlighet att komplettera eller förtydliga anbudet.

PAFAB:s hyresavtal löper under en treårsperiod, åtminstone fram till den 31 maj 2015. PAFAB har därför under alla omständigheter ett giltigt hyresavtal som omfattar hela den angivna avtalsperioden fram till den 31 oktober 2014. Förutom att PAFAB efter hyrestidens slut genom hyresnämndens försorg kunnat erhålla ett uppskov med avflyttning upp till två år och därmed haft hyresrätt även under den eventuella förlängningsperioden, så borde bevisbördan för att PAFAB eventuellt inte hade någon hyresrätt under den aktuella förlängningsperioden åvila landstinget, eftersom PAFAB i anbudet angett att man hade sådan hyresrätt som även omfattade eventuell förlängningsperiod. Därvid måste PAFAB ha tillåtits en möjlig kommunikering kring detta.

I PAFAB:s till anbudet bifogade hyresavtal anges att avtalstiden är "den 1 juni 2012 till den 31 maj 2015, om inte uppsägning sker förlängs avtalet med 3 år i taget". Det anges inte uttryckligen att hyresvärden tillmättes rättighet att kunna säga upp hyresavtalet. Denna rätt-

tighet kan även avse enbart en part, i detta fall hyresgästen, även om inte heller denne uttryckligen anges i förevarande punkt. Däremot anges hyresvärden uttryckligen, men note bene inte hyresgästen, i hyresavtalets punkt 16. Där anges att hyresvärden får säga upp hyresavtalet vid avtalsbrott från hyresgästens sida. Oaktat olika tolkningar av hyresavtalet har hyresvärden, i egenskap av kontaktperson för PAFAB, i anbudet svarat ja till att PAFAB har hyresrätt till de aktuella lokalerna under hela avtalsperioden inklusive eventuell förlängningsperiod.

Det kan ifrågasättas om förlängningen av ett huvudavtal, som leverantören uppfyller samtliga krav vid, kan behandlas som ett skallkrav, när detta krav kanske inte ens blir realiserat.

PAFAB har genom hyresvärdens svar bevisat att PAFAB innehaft sådan hyresrätt även för en eventuell förlängningsperiod. PAFAB har därmed uppfyllt landstingets beviskrav i detta avseende eftersom det i förfrågningsunderlaget inte exakt specificeras hur detta ska styrkas.

Landstinget anser att ansökan ska lämnas utan bifall och har i svar anfört huvudsakligen följande.

Enligt kravet 1.2.6 ska anbudsgivaren styrka om denne äger verksamhetslokal/fastighet. PAFAB har svarat nej på denna fråga. Om anbudsgivaren inte äger nämnd lokal, ska denne bifoga bevis/intyg avseende hyresrätt till verksamhetslokal eller fastighet. PAFAB har skrivit i formuläret: "Hyreskontrakt bifogas". I systemet ska sedan Landstinget bekräfta om kravet är uppfyllt. Detta krav är således inte en fråga som kan besvaras jakande eller nekande utan ska kontrolleras av Örebro läns landsting.

I upphandlingen ställdes krav på PAFAB att bifoga bevis/intyg om hyresrätt till verksamhetslokal. PAFAB hade angett att hyreskontrakt bifogats och uppfyllde därmed kravet. Att det elektroniska anbudssystemet i nästa steg skulle bedöma värdet av hyresavtalets adekvans, d.v.s. eventuell uppfyllelse av kravet avseende hela avtalsperioden inklusive förlängningar, torde inte vara rimligt, om ens möjligt rent tekniskt. En sådan bedömning kan och får endast landstinget göra.

Vidare tillåter inte LOU att kommunicera ett fastställt inte uppfyllt skallkrav med anbudsgivaren under en utvärdering. Det är inte möjligt att innan anbudstidens utgång informera om eventuell uppfyllelse av ett skallkrav eller att begära komplettering eller förtydligande då Landstinget först i samband med anbudstidens utgång får möjlighet att utvärdera anbud.

PAFAB har angett att PAFAB borde ha getts möjlighet till komplettering eller förtydligande avseende brist kring hyresavtalets avtalstid. Någon tvingande regel om att upphandlande myndighet måste ge möjlighet till detta finns inte. I det förevarande fallet skulle en komplettering eller ett förtydligande av PAFAB:s hyresavtal innebära en väsentlig förändring av det ursprungliga anbudet och därigenom innebära en särbehandling som inte är tillåten enligt rättspraxis.

Landstingets bedömning är att hyresvärden har en möjlighet att säga upp hyresavtalet efter den 31 maj 2015, trots det indirekta besittningsskyddet. Landstinget har inte haft någon anledning att ifrågasätta tydligheten kring hyresavtalets avtalstid. Således uppfyller inte hyresavtalet begärd avtalstid då det saknas ett år och fem månader, om uppsägning sker.

PAFAB har tillagt bl.a. följande.

Genom att Landstinget uppställt ett skallkrav gällande bevis för innehav av hyresrätt till de för verksamheten aktuella lokalerna, under förlängningsperiod, så har man brutit mot principerna om diskriminering och likabehandling och därmed otillbörligt gynnat vissa anbudsgivare. Anbudsgivare som inte är ägare till aktuella verksamhetslokaler kan således tvinga ingå oskäligen hyresavtal för att förlänga hyresavtalen så att de även omfattar ifrågavarande förlängningsperiod. Anbudsgivare diskrimineras beroende på om anbudsgivaren är hyresgäst och inte hyresvärd.

Eftersom Landstinget i förfrågningsunderlaget tydligt angett att anbudsgivare ska svara ja eller nej gällande frågan om denna innehar hyresrätt till de aktuella verksamhetslokalerna så har Landstinget överlåtit till anbudsgivaren att uppfylla detta krav. Det är alltså anbudsgivaren som svarar för att detta villkor uppfylls. I annat fall strider kravet mot principerna om transparens och förutsägbarhet.

Ifrågavarande hyresavtal kan i vart fall anses likställt med ett hyresavtal som omfattar den av Landstinget krävda tidsperioden, när det indirekta besittningsskyddet i praktiken förhindrar hyresvärden från att företa en ordinär uppsägning. Det är ytterst ovanligt med uppsägning av en hyresgäst med indirekt besittningsskydd, varför PAFAB:s rullande hyresavtal torde vara ett högst tillräckligt ändamålsenligt krav från landstinget. Att ställa högre krav strider mot proportionalitetsprincipen.

DOMSKÄL

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 skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Skall-kravets tolkning och uppfyllande

PAFAB:s anbud har förkastats på grund av PAFAB inte ansetts uppfylla ett s.k. skall-krav som gäller varaktigheten av anbudsgivarens tillgång till verksamhetslokal. Detta krav anges enligt följande, i punkten 1.2.6 i förfrågningsunderlaget.

Leverantören ska under hela avtalsperioden inklusive förlängningsperioder, ha hyresrätt/nyttjanderätt till de verksamhetslokaler där leverantören avser att bedriva verksamheten.

Leverantör ska, om inte leverantör själv är ägare till de aktuella verksamhetslokalerna, till anbud bifoga intyg/bevis från fastighetsägaren som styrker ställt krav.

Beträffande avtalsperioden anges i punkt 1.1.4 i förfrågningsunderlaget följande.

Ramavtal med avtalsstart per den 1 november 2012, eller från ömsesidig avtalsunderskrift. Avtalet löper till och med den 31 oktober 2014. Landstinget har rätt att förlänga avtalet med upp till två år.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning innebär skullkravet att en anbudsgivare, om han hyr verksamhetslokalerna, ska ha ett hyresavtal som ger honom rätt att behålla verksamhetslokalerna under dels den ordinarie avtalsperioden för upphandlingen (t.o.m. 31 oktober 2014), dels under den förlängningsperiod som kan komma ifråga (upp till två år). Skullkravet omfattar därmed perioden fram till den 31 oktober 2016.

Av det hyresavtal PAFAB bifogat sitt anbud framgår att PAFAB hyr ett hotell i Örebro. I hyresavtalet anges i relevanta avseenden följande.

2. Avtalstid

1 juni 2012 - 31 maj 2015, om inte uppsägning sker förlängs avtalet med 3 år i taget.

6. Uppsägning & uppsägningstid

För detta hyresavtal tillämpas en uppsägningstid om 9 kalendermånader.

16. Avtalsbrott

Om hyresgästen bryter mot någon punkt i detta hyresavtal eller bestämmelse i lag har hyresvärden rätt att säga upp detta avtal med omedelbar verkan.

Det är normalt anbudsgivaren som ska visa att anbudet uppfyller ett skullkrav, i den mån detta ifrågasätts. Som ovan framgått har landstinget också i detta fall ställt krav på styrkande av hyrestiden. Förvaltningsrätten anser inte att det PAFAB anfört motiverar att bevisskyldigheten skulle vara omkastad i detta fall. Förvaltningsrätten kan inte heller se att landstinget genom förfrågningsunderlagets utformning överlätit till anbudsgivarna att bestämma om skullkravet är uppfyllt eller ej.

Hyresavtalet anger inte närmare vem som kan företa uppsägning enligt punkterna 2 och 6. Det finns enligt förvaltningsrättens mening knappast anledning att tolka avtalet på annat sätt än vad som är gängse och som stämmer överens med den s.k. hyreslagen (12 kap jordabalken), vilket innebär att både hyresgästen och hyresvärden har rätt att säga upp avtalet till

upphörande den 31 maj 2015. Att det är hyresvärden som har uppsägningsrätt enligt punkt 16 är naturligt eftersom det här är fråga om avtalsbrott från hyresgästens sida. Det är enligt punkt 16 fråga om uppsägning med omedelbar verkan, till skillnad från uppsägning enligt punkt 6 där det är fråga om en uppsägningstid om 9 månader. Punkt 16 kan enligt förvaltningsrättens mening lämnas därhän i detta sammanhang. Det väsentliga är att hyresvärden har rätt att säga upp hyresavtalet till den 31 maj 2015, utan att det behöver vara fråga om något kontraktsbrott eller dylikt från hyresgästens sida.

Hyreslagen innebär i och för sig ett s.k. indirekt besittningsskydd för hyresgästen även efter det att avtalad hyrestid gått ut (12 kap 56 § ff jordabalken). Detta innebär dock (till skillnad från det direkta besittningsskyddet för bostadshyresgäster) inte någon rätt att ha kvar den hyrda lokalen, utan endast en rätt till viss ekonomisk ersättning om hyresavtalet inte förlängs.

Som PAFAB anført kan hyresnämnden bevilja en hyresgästen uppskov med avflyttningen (12 kap 59 § jordabalken). Nämnden kan bevilja skäligt uppskov högst två år. Det är alltså inte fråga om någon självklar rätt för hyresgästen att ha kvar lokalen under två år utöver hyrestiden, utan denna möjlighet beror på en skälighetsbedömning från nämndens sida.

PAFAB för ett resonemang om man normalt kan utgå från "rullande" hyresavtal som förlängs om inget särskilt inträffar. Även om detta skulle vara det vanliga kan man knappast automatiskt utgå från detta, med det skalkrav som landstinget här ställt. PAFAB:s hyresvärd kan ju tänkas ha helt andra planer för hur lokalen ska användas efter den 31 maj 2015, och därmed vilja utnyttja sin uppsägningsrätt.

Sammantaget anser förvaltningsrätten inte att PAFAB genom hyresavtalet visat någon rätt att ha kvar verksamhetslokalen längre än till den 31 maj 2015. PAFAB uppfyller därmed inte det aktuella skall-kravet.

Hyresvärdens agerande vid sidan av hyresavtalet

I förvaltningsrätten har PAFAB åberopat en handling utfärdad av hyresvärden rubricerad "Bekräftelse". Där anges att hyresavtalet ej kan sägas upp av hyresvärden annat än vid avtalsbrott (punkt 16), och att enbart hyresgästen kan säga upp avtalet enligt punkt 2. Som ovan framgått anser förvaltningsrätten inte att denna tolkning har stöd av hyresavtalet. En annan sak är att hyresgästen PAFAB möjligen kan åberopa bekräftelsen gentemot hyresvärden vid en eventuell tvist, som stöd för en rätt att ha kvar lokalen även efter den 31 maj 2015. Rättsläget kan alltså ha förändrats till hyresgästens fördel genom bekräftelsen. Emellertid innebar skallkravet att PAFAB till sitt anbud skulle bifoga intyg/bevis som styrkte en tillräckligt lång hyrestid. Eftersom bekräftelsen inte bifogats anbudet, utan tillkommit först sedan PAFAB begärt överprövning i förvaltningsrätten, kan detta eventuellt ändrade rättsläge inte beaktas till PAFAB:s fördel.

PAFAB har vidare åberopat att samma person (Mia Ek) dels skrivit under hyresavtalet på hyresvärdens vägnar, dels uppträtt som PAFAB:s ombud gentemot landstinget under upphandlingen. Det framgår också av några e-mail att landstinget korresponderat med Mia Ek rörande PAFAB:s anbud. Det framgår däremot inte att Mia Ek på hyresvärdens vägnar gjort några utfästelser rörande hyresavtalet, som gett landstinget anledning att utgå från att hyresförhållandet hade annan innebörd än som framgår av det skriftliga hyresavtalet. Förvaltningsrätten anser inte heller annars att Mia Eks uppträdande under upphandlingsärendet kan ges någon betydelse.

Kravet godtagbart?

Det är enligt förvaltningsrättens mening naturligt att landstinget velat försäkra sig om att anbudsgivarna haft möjlighet att fullgöra sina förpliktelser genom att ha tillgång till verksamhetslokaler. Skall-kravet fyller alltså ett legitimt syfte.

Det kan i och för sig vara riktigt att den som äger sina verksamhetslokaler har lättare att uppfylla ett sådant krav än den som hyr verksamhetslokaler. Att olika företag på grund av sin storlek, ekonomiska styrka m.m. kan ha olika lätt att uppfylla olika skall-krav ligger dock i sakens natur, och innebär inte automatiskt att sådana krav är diskriminerande på något sätt som upphandlingslagstiftningen är avsedd att motverka. Det aktuella kravet har enligt förvaltningsrättens uppfattning inte oskäligt begränsat konkurrensen på ett sådant sätt att det ska underkännas.

Ett krav på fyra års garanterat innehav av en verksamhetslokal kan knappast uppfattas som så betungande att det står i strid med proportionalitetsprincipen. Att fyraårstiden omfattar dels en ordinarie avtalstid om två år och sedan en möjlig förlängning om två år anser förvaltningsrätten inte ha någon avgörande betydelse i detta sammanhang. Förvaltningsrätten anser inte heller i övrigt kravet som oproportionerligt i förhållande till upphandlingens syfte, eller att det annars finns skäl att underkänna det.

Bristande information m.m.

PAFAB åberopar bristfällig information om skall-kravet, och att PAFAB borde ha fått förhandsinformation för det fall dess anbud inte ansetts uppfylla skall-krav. PAFAB åberopar därvid punkt 1.1.7 i förfrågningsunderlaget, vari anges bl.a. följande.

Anbudsinlämning

Landstinget använder i denna upphandling elektronisk anbudsgivning via upphandlingssystemet TendSign.

Anbudsgivare får genom TendSign: Tillkommande information. Kontroll av att frågor ställda i förfrågningsunderlaget är besvarade vid avlämnandet. En tydlig information om inte obligatoriska krav (ska-krav) är uppfyllda.

Har ni frågor eller behöver support kring hanteringen av systemet t.ex. hur anbud lämnas etc. går det bra att kontakta TendSigns support.

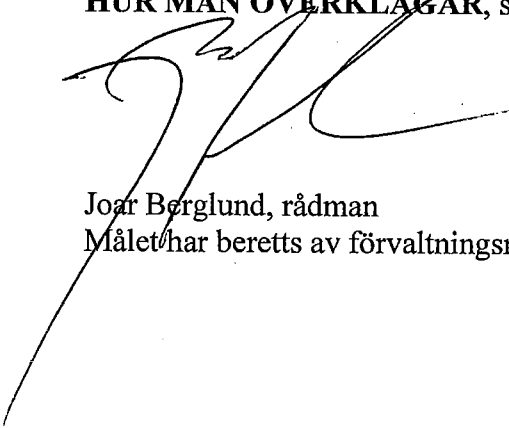
Punkten avser granskning av anbudet vid anbudsinlämning genom upphandlingssystemet TendSign, och inte något slags mer omfattande förhandsgranskning av anbuden av någon handläggare. Det ligger i sakens natur att en automatisk datamässig kontroll av att en anbudsblankett är korrekt ifylld inte omfattar någon juridisk granskning av inlämnade handlingar, såsom i detta fall hur klausuler om hyrestid ska tolkas.

Landstinget får vidare inte enligt 9 kap. 7 § LOU ta del av innehållet i anbuden förrän tidsfristen för att komma in med anbud har gått ut. Det har följaktligen inte ålegat Landstinget att genom TendSign eller på annat sätt ge PAFAB upplysningar om att PAFAB inte uppfyllt ett skallkrav. Förfrågningsunderlaget framstår inte i detta avseende som otydligt eller oförutsägbart i en sådan mening att det står i strid med upphandlingslagstiftningens grundläggande principer. Ifråga om rättelse av fel, förtydligande och komplettering av anbud uttrycks detta i 9 kap. 8 § LOU som en möjlighet (inte en skyldighet) den upphandlande myndigheten har. Det är för övrigt tveksamt om landstinget ens haft möjlighet att i detta fall begära några kompletteringar, med hänsyn till de inskränkningar bestämmelsen innehåller av hänsyn till konkurrenter i upphandlingen. Landstinget har i vart fall inte haft någon skyldighet att kommunicera med PAFAB rörande skall-kravet innan landstinget gick till beslut om upphandlingens resultat.

Slutsats

Landstinget har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas därmed grund för ingripande enligt LOU. PAFAB:s ansökan ska därför avslås.

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



Joar Berglund, rådman

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin.