



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
2012 -02- 2 3
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12104-11 E

SÖKANDE

One Nordic AB, 556075-7287
 Box 50529
 202 50 Malmö

Ombud:

Advokat Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 2 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 1 november 2011

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förklarar avtalet mellan Simrishamns kommun och Krafringen Service AB avseende ”Skötsel och underhåll av kommunens offentliga belysning, inom Simrishamns kommun” ogiltigt.

Förvaltningsrätten avvisar One Nordic AB:s yrkande om rättelse enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Simrishamns kommun har med ett öppet förfarande enligt LOU genomfört en upphandling av ”Skötsel och underhåll av kommunens offentliga belysning, inom Simrishamns kommun”. Av tilldelningsbeslut daterat den 12 december 2012 framgår att Krafringen Service AB:s (nedan Krafringen) anbud utsetts till vinnande anbud och att avtal planerades tecknas med Krafringen omkring den 23 december 2011.

Den 21 december 2011 inkom One Nordic AB med en ansökan om överprövning av upphandlingen till förvaltningsrätten vari bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så vis att en ny utvärdering skulle göras med bortseende av Krafringens anbud. Den 23 december 2011 tecknade kommunen enligt egen uppgift avtal med Krafringen. Kommunen hade då inte vetskap om att en ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten innebärande att avtalsspärr fortfarande gällde. One Nordic AB har därefter justerat sin talan och yrkar att förvaltningsrätten ska förklara det ingångna avtalet ogiltigt och att förvaltningsrätten dessutom, i enlighet med vad som anförs i ansökan om överprövning, ska förordna om rättelse.

Simrishamns kommun bestrider att anbudet från Krafringen särbehandlats och anser att det inte föreligger skäl för ingripande i form av rättelse.

Förvaltningsrätten har den 16 januari 2012 förordnat att avtalet mellan Simrishamns kommun och Krafringen inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

PARTERNAS ARGUMENTATION

One Nordic AB: Eftersom One Nordic AB inkommit med ansökan om överprövning inom tiden för den ursprungliga avtalsspärren gäller förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten. Ett avtal ska förkla-

ras ogiltigt om det ingåtts i strid med gällande avtalsspärr om den sökande leverantören lidit eller kunnat komma att lida skada. Avtalet ingicks i strid med avtalsspärr. One Nordic AB har kommit tvåa i upphandlingen och eftersom Krafringens anbud rätteligen skulle ha diskvalificerats samt One Nordic AB rätteligen skulle ha tilldelats kontrakter har bolaget lidit skada. Skälen till att Krafringens anbud rätteligen skulle ha diskvalificerats är följande:

Av punkten U 7 i de administrativa föreskrifterna framgår att det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att samtliga å-priser som efterfrågas ska anges i anbudet. Krafringen har inte prissatt grupp B3 pos 42 och 44. Prisuppgifter i ett anbud är en väsentlig materiell del i anbudet, i synnerhet då priset är föremål för utvärdering. Bristande prisuppgifter är därmed en direkt grund för att utesluta Krafringens anbud, vilket borde ha skett. Samtliga övriga anbudsgivare har fyllt i samtliga prisuppgifter innebärande att Krafringen särbehandlats. Simrishamns kommun har gjort en egen komplettering genom att kommunen tagit det högsta priset från övriga anbudsgivare för respektive saknad position och lagt till Krafringens anbud. Kommunen har inte någonstans i anbudet angivit att det är tillåtet att avstå från att offerera positioner med konsekvens att påslag ska göras i utvärderingen. Eftersom den principiella metodik som kommunen nyttjat inte beskrivs i förfrågningsunderlaget har det förelegat hinder för kommunen att nyttja densamma. Förfarandet strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Av de inledande delarna av de administrativa föreskrifterna framgår att som obligatoriskt villkor i upphandlingen gäller att standardavtalet ABFF 04 ska tillämpas. Krafringens anbud uppfyller inte detta. I anbudet anges uttryckligen att som villkor för anbudet gäller "(U)tförandeentreprenad enligt AB04". Simrishamns kommun har felaktigt låtit Krafringen ändra sitt anbud i denna del. Huruvida det är en felskrivning och då en uppenbar

sådan ska bedömas objektivt. Det kan då konstateras att uppgiften om ABFF:s tillämplighet är mycket tydlig i förfrågningsunderlaget. Vidare ska noteras att Krafringen uttryckligen i sitt anbud använder begreppet "utförandeentreprenad", d.v.s. skrivningen i anbudet är inte driftsentreprenad enligt AB04 (utförandeentreprenad är det sedvanliga begreppet vid tillämpning av AB04). Om det vore en felskrivning är det inte troligt att begreppet "utförandeentreprenad" använts. Simrishamns kommun skulle rätteligen ha förkastat Krafringens anbud eftersom bolaget som villkor för sitt anbuds giltighet ställer upp avtalsvillkor i strid med de obligatoriska villkor som gäller för upphandlingen.

För upphandlingen gäller att garantitiden i ABT 06 ska tillämpas. Garantitiden enligt ABT 06 är fem år för i entreprenaden ingående arbeten och för av beställaren särskilt föreskrivet material två år. Krafringen har tydligt i sitt anbud angivit att garantitiden är tre år. Krafringens anbud avviker således tydligt från kravet om en femårig garantitid. Simrishamns kommun har godtagit Krafringens anbud efter att ha accepterat Krafringens påstående om att uppgiften om garantitid är en uppenbar felskrivning. Krafringen är en van aktör i branschen med god kännedom om innehållet i ABT 06, d.v.s. det torde inte råda något tvivel om att Krafringen mycket väl vet om att garantitiden i ABT 06 är fem år. Om anbudsgivaren avser följa det obligatoriska villkoret om ABT 06:s tillämpning finns ingen anledning att göra en egen skrivning avseende garantitiden på det sätt Krafringen gjort. Det är inte fråga om en uppenbar felskrivning och inte heller kan det anses vara ett förtydligande eftersom det är en direkt saklig ändring avseende ett obligatoriskt krav.

Simrishamns kommun: Enligt inhämtad uppgift från Thorn har båda produkterna enligt position B3/42 (Thorn 7861) och B3/44 (Thorn 7417) utgått sedan mer än fem år tillbaka. De finns heller inte med i 2011-års prislista från Thorn. Hur övriga anbudsgivare kunnat prissätta produkterna har

Simrishamns kommun ingen förklaring till, någon reservation från övriga anbudslämnare avseende att produkterna inte längre finns tillgängliga på marknaden kopplat till ett pris lämnat på alternativa produkter föreligger inte. Alternativet att förkasta samtliga anbud diskuterades vid utvärderingen, eftersom de övriga anbudslämnarna offererat produkter (B3/42 och B3/44) som inte längre finns på marknaden, men detta bedömdes vid utvärderingen vara väl drastiskt och omotiverat. I detta fall skulle upphandlingen få göras om från början. En liknande modell, som den valda, att helt stryka de båda produktgrupperna diskuterades också vid utvärderingen med den skulle innebära att de anbudsgivare som lämnat lägre pris för B3/42 och B3/44 än "högsta pris" skulle missgynnas. Genom att istället nollställa anbudet enligt vald modell, på så sätt att högsta pris från övriga anbudsgivare avseende dessa båda produkter lagts till Krafringens anbudssumma, ges Krafringen inte någon prisfördel gentemot övriga anbudslämnare. Att Krafringen ska straffas genom att anbudet förkastas när bolaget helt öppet i anbudet talar om att produkterna utgått och därför inte kan prissättas är enligt Simrishamns kommun inte särskilt rättvist. Simrishamns kommun anser inte att Krafringen särbehandlas gentemot övriga anbudsgivare genom denna nollställning. Tvärtom har bolaget belastats med de högsta priserna, vilket kan sägas vara missgynnande för bolaget.

Att Krafringen skulle mena att AB 04 skulle gälla parallellt med ABT 06, samtidigt som ABFF 04 inte skulle gälla för entreprenaden, uppfattar inte Simrishamns kommun som sannolikt. Detta eftersom efterfrågat uppdrag har sin tyngdpunkt som driftsentreprenad. Att Krafringen som van aktör i branschen, "som reservation" skulle ersätta ABFF 04 med AB 04 hade inneburit att Krafringen helt hade missuppfattat hela uppdraget. Simrishamns kommun tolkar inte anbudet i övrigt från Krafringen som att en sådan missuppfattning föreligger. På anbudets ifyllda anbudsformulär har Krafringen Service AB inte heller angett några reservationer avseende utförandeentreprenad AB 04 kontra ABFF 04 utan tydligt med bokstäver

skrivit "nej" på frågan om det föreligger förbehåll/reservationer. Därför har Simrishamns kommun tolkat förväxlingen mellan utförandeentreprenad AB 04 och ABFF 04 som en uppenbar felskrivning, att skyllas på den mänskliga faktorn vid anbudstextens "klippa/klistra framtagning med anbudsmallar". Simrishamns kommun har gjort bedömningen att detta kan rättas utan att anbudslämnaren särbehandlas. Någon påverkan av anbudets prissättning har inte skett avseende denna punkt. Detta innebär att någon annan anbudslämnare inte heller har missgynnats.

ABT 06 gäller för efterfrågad driftsentreprenad, avseende vissa arbeten av installationsentreprenadkaraktär. Krafringen har i sin anbudsskrivelse angett tre års garantitid, vilket inte överensstämmer med ABT 06. Bolaget har dock inte angett några reservationer avseende ABT 06 eller garantitider utan har tydligt med bokstäver skrivit "nej" på frågan om det föreligger förbehåll/reservationer. Simrishamns kommun har vid beaktande av helheten kommit fram till att en felskrivning har gjorts, vilket också bekräftats av Krafringen. Simrishamns kommun har tolkat anbudets text "3 år" som en uppenbar felskrivning, att skyllas på den mänskliga faktorn vid anbudstextens "klippa/klistra framtagning med anbudsmallar", som får rättas utan att anbudslämnaren därmed särbehandlas. Någon påverkan av anbudets prissättning har inte skett avseende denna punkt. Detta innebär att någon annan anbudslämnare inte heller har missgynnats. Det kan även noteras att 3 års garantitid generellt hade varit till nackdel för Krafringen avseende betydande omfattning av de uppdrag inom driftsentreprenaden som omfattas av ABT 06, eftersom beställaren föreskrivit fabrikat på nästan allt ingående material och garantitiden endast är 2 år på av beställaren föreskrivit fabrikat enligt ABT 06.

Utvärderingsgrunden är lägsta pris. Endast anbudet med lägsta priset har kontrollerats avseende "Prövning av Anbudsgivare". Eftersom detta lägsta pris anbud är godkänt vid prövningen är det vinnande anbud. Detta inne-

bär att anbudet från One Nordic AB inte per automatik är rangordnat som nummer två i upphandlingen, utan att detta anbud prismässigt är nummer två i upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 6 § LOU får en upphandlande myndighet inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats, om underrättelsen skickats elektroniskt.

Enligt 16 kap. 9 § LOU fortsätter avtalsspärr att gälla under handläggningen i förvaltningsrätt (förlängd avtalsspärr) om en ansökan om överprövning har gjorts.

I 16 kap. 10 § LOU stadgas att när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

Av 16 kap 11 § LOU framgår att en ansökan om överprövning av en upphandling ska ha inkommit till förvaltningsrätten före utgången av gällande avtalsspärr.

Enligt 16 kap. 13 LOU § får en överprövning av upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av 16 kap. 14 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning ingår avtal i strid med bl.a. 9 och 10 §§ ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 15-17 §§.

Enligt 16 kap. 15 § ska ett avtal förklaras ogiltigt bl.a. om det slutits i strid med reglerna om avtalsspärr i 6, 8 eller 9 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Av handlingarna i målet framgår att Simrishamns kommun har, om än utan uppsåt, tecknat avtal i strid med reglerna om avtalsspärr sedan One Nordic AB inkommit med en ansökan om överprövning av nu aktuell upphandling till förvaltningsrätten. One Nordic AB har, i enlighet med vad som anges i förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 174) medgetts möjlighet att justera yrkandet om överprövning av upphandlingen till att yrka överprövning av avtals giltighet.

2012 -02- 23

Såsom framgår av återgiven lagtext krävs för att ett avtal ska ogiltighetsförklaras när ett sådant tecknats i strid med reglerna om avtalsspärr dessutom att upphandlande myndighet även på annat sätt handlat i strid LOU och att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. One Nordic AB gör gällande att vinnande anbud skulle ha förkastats och att One Nordic AB lidit eller riskerat att lida skada av att så inte har skett.

Ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska krav och villkor som gäller för en upphandling får inte antas. Av förfrågningsunderlaget till nu aktuell upphandling framgår att det är obligatoriskt att ange samtliga efterfrågade å-priser i anbudet. Av frågor och svar den 2 november 2011 framgår dock att grupp B1, position 14 och grupp B3, position 43 utgår och inte ska pris-sättas. För nu aktuella positioner i grupp B3, positionerna 42 och 44, har någon ändring emellertid inte skett. Kravet på att priser ska anges för dessa har alltså inte eftergivits. Det är ostridigt att Krafringen inte angett å-priser för dessa positioner. Anledningen till att kommunen inte har förkastat bolagets anbud är att Krafringen uppgett att de efterfrågade produkterna inte längre finns på marknaden, vilket bekräftats av tillverkaren Thorn, och att ingen anbudsgivare således kan offerera dessa produkter. Övriga anbudsgivare har emellertid prissatt nu aktuella produkter. Kommunen uppger sig inte veta hur övriga anbudsgivare kunnat göra detta och har inte heller tagit reda på hur övriga anbudsgivare kan offerera dessa produkter. Att under dessa förhållanden godkänna Krafringens anbud och göra en uppräknings av anbudet på så sätt som kommunen gjort, vilket varit helt oförutsebart för anbudsgivarna, är enligt förvaltningsrättens bedömning inte förenligt med LOU.

Enligt förfrågningsunderlaget gäller ABFF04 och ABT 06 för det som upphandlas. Enligt ABT 06 gäller en garantitid om fem år för i entreprenaden ingående arbeten. Krafringen har i sitt anbud skrivit ”nej” på frågan

om det föreligger förbehåll/reservationer. Bolaget har dock även angett att garantitiden är tre år samt att det är en utförandeentreprenad enligt AB04. Motstridiga uppgifter har således lämnats i anbudet. Simrishamns kommun har bedömt att det rör sig om uppenbara felskrivningar och har tillåtit Krafringen att rätta sitt anbud i dessa avseenden. Bestämmelsen om att tillåta rättelse av uppenbara felskrivningar måste tillämpas restriktivt för att inte ge upphov till särbehandling. Förvaltningsrätten anser att det visserligen inte framstår som osannolikt att Krafringen felaktigt, till följd av slarv vid anbudsupprättandet, angivit att garantitiden är tre år och att det är en utförandeentreprenad enligt AB04. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det emellertid inte anses röra sig om sådana uppenbara felskrivningar i anbudet som upphandlande myndighet får tillåta att anbudsgivaren rättar. Simrishamns kommun har därmed handlat i strid med LOU genom att tillåta aktuella rättelser istället för att förkasta Krafringens anbud.

Eftersom utvärderingsgrunden i upphandlingen är lägsta pris och One Nordic AB har lämnat det näst lägsta priset får bolaget anses i vart fall löpa teoretisk risk att lida skada, även om anbudet inte kontrollerats av upphandlande myndighet avseende ”Prövning av Anbudsgivare”.

Förvaltningsrätten finner alltså att rekvisiten för att ogiltighetsförklara avtalet mellan Simrishamns kommun och Krafringen är uppfyllda. One Nordic AB yrkande om att förvaltningsrätten ska förklara det ingångna avtalet ogiltigt ska därmed bifallas.

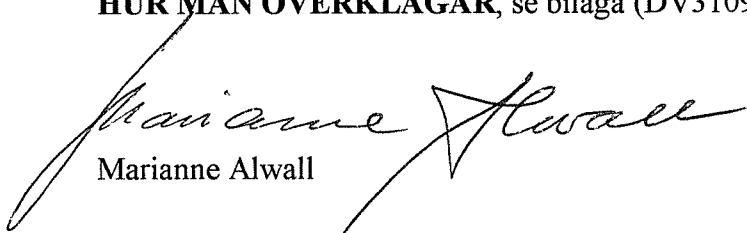
One Nordic AB yrkar, förutom att förvaltningsrätten ska förklara avtalet ogiltigt, att rätten ska besluta om rättelse på visst sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att det av lagtexten följer att en överprövning inte får ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (se även Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 6035-11). Eftersom avtal slutits i förevarande fall kan förvaltningsrätten inte förordna om att

2012 -02- 23

upphandlingen ska rättas på visst sätt då detta är något domstolen, enligt 16 kap. 5 § LOU i målet tillämplig lydelse, kan besluta om vid en överprövning av en upphandling. Yrkandet om rättelse ska därför avvisas.

Därmed upphör det interimistiska beslutet att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)


Marianne Alwall



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU

