



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2018-03-22

Meddelad i Göteborg

Mål nr

11620-17

KLAGANDE

SAM Scandinavia Automotive Molds, 730 403 505 301

Box 48

930 55 Jörn

MOTPART

Lerums kommun

443 80 Lerum

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz

Advokat Sara Fogelberg

c/o Front Advokater AB

Kungstorget 2

411 17 Göteborg

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2018-03-23 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ogiltighetstalan.

Dok.Id 521427

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:00

BAKGRUND

Lerums kommun (kommunen) tecknade avtal om hyra av förskolebuss den 10 maj 2016. Kommunen upphandlade därefter hyra av förskolebuss (dnr KS 16.1111), men upphandlingen avbröts den 7 februari 2017. Därefter annonserade kommunen upphandlingen på nytt (dnr KS 16.1111/2). Ett anbud inkom. Tilldelningsbeslut fattades den 12 april 2017 och avtal tecknades den 13 april 2017.

SAM Scandinavia Automotive Molds (nedan SAM) begärde överprövning av upphandlingen. I dom den 12 juni 2017 i mål nr 2015-17 avslog Förvaltningsrätten i Falun bl.a. SAMs ansökan om att avtalet daterat den 13 april 2017 ska förklaras ogiltigt. I domskälen anges bl.a. följande. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte skickade ut något meddelande om tilldelningsbeslut eftersom det bara inkom ett anbud och att någon avtalsspärr därmed inte utlöstes. När kommunen tecknade avtalen den 13 april 2017 gjordes det inte i strid med avtalsspärren. Den omständigheten att kommunen därefter, den 8 maj 2017, har skickat ut ett meddelande om tilldelningsbeslut innebär inte att avtalet är tecknat i strid med avtalsspärren.

YRKANDEN M.M.

SAM yrkar att avtalet ska ogiltigförklaras.

Kommunen anser att ansökan i första hand ska avvisas och i andra hand ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR***SAM****Ansökan inkommen i rätt tid till förvaltningsrätten*

Ansökan om överprövning har getts in i tid. Den budades efter stängning fredagen den 13 oktober 2017 och är ankomststämplad måndagen den 16 oktober 2017 för att domstolen inte tömmer lådan förrän måndag morgon.

Avtalet ska ogiltigförklaras – tecknat trots avtalsspärr

Oavsett om förvaltningsrätten bedömer att kommunen gjort en offentlig underrättelse på elektronisk plattform den 12 april eller den 8 maj 2017, så har avtalet skrivits i strid med avtalsspärren eftersom avtalet undertecknades den 13 april 2017 och kommunen har valt att använda sig av rättigheten att meddela beslut den 12 april 2017, trots att den inte var skyldig att göra det. Hade kommunen avstått från att göra det hade avtalsspärren om tio dagar inte börjat gälla. Förvaltningsrätten i Falun har tidigare endast prövat om upphandlingen kunde överprövas. Nu ska avtalets giltighet prövas.

Avtalet ska ogiltigförklaras – tecknat i strid med obligatoriskt krav

Upphandlingen har föregåtts av en otillåten direktupphandling. Kommunen har till synes gått efter byggspecifikationen för samma fordon, så att enbart den leverantören skulle kunna lägga anbud. I fordonets registreringsbevis anges dock den totala höjden 3,40 m. Det överstiger 3,32 m som anges i upphandlingens kravspecifikation. Kommunen har hänvisat till att det i kravspecifikationen under Chassi, position 1.8 anges ”höjd max 3,32 m”. I bilaga 02 Anbud Terminal G AB sid 55 anges tydligt i position 1.8 Höjd max 3,32 m. Det är således max 3,32 m som gäller för att följa förfrågningsunderlagets krav på bussens höjd. Chassit utgör varken bussens maxlängd, maxhöjd eller maxbredd. Den vinnande leverantören och alla potentiella leverantörer har uppfattat att det inte var fråga om chassits

maxhöjd. Ett underlag ska vara formulerat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade kan tolka dem på samma sätt. Vidare har det vinnande anbudets fordon en enligt kravspecifikationen originalmonterad fjärrstyrd markis som gör maxhöjden till minst 3,40 m. Den ska inte ingå i bedömningen av chassihöjd och är inte heller någon extrautrustning. Öppnad taklucka ingår alltid i fordons höjd. Fordonet har även originalmonterade evakueringsfläktar på taket, vilket påverkar höjden.

Leverantören som tecknat avtal har inte motsatt sig höjdkravet under upphandlingen genom att t.ex. använda Frågor och svar, utan har valt att i anbudet lämna uppgiften om att bussen är 3,32 m enligt byggspecifikationen, men registrerad som 3,40 m med extraljusen. Kommunen har anfört att uppgiften inte fyller någon funktion med hänsyn till hur kraven är formulerade. Om en leverantör under upphandlingstiden hade frågat om det fanns möjlighet att ändra fordonets höjd och kommunen därefter ändrat kravspecifikationen och eventuellt förlängt anbudstiden hade det varit transparent och främjat sund konkurrens. Alla hade då behandlats utifrån likabehandlingsprincipen. Vid upphandling ska höga krav ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Maxhöjd är inte en sådan mindre brist eller oklarhet. Enligt LOU får inte en väsentlig ändring ske från det ursprungliga skalkraven i upphandlingsunderlaget när avtal tecknas. Att frånfalla grundläggande krav såsom maxhöjd är en väsentlig ändring. Med högre maxhöjd hade fler anbudsgivare haft möjlighet att lägga anbud. Angiven maxhöjd kan inte nonchaleras då det ofta anges pga. särskilda skäl, såsom begränsad frihöjd i användningsområdet och där fordonet ska användas. Om en upphandlande myndighet under en upphandling överväger att avvika från ett obligatoriskt krav ska hänsyn tas till de allmänna principerna. En avvikelse ska kommuniceras med alla potentiella leverantörer eller så ska upphandlingen avbrytas. Kommunen har inte gjort det. Genom att ha tecknat avtal på ett oprofessionellt och icke affärsmässigt sätt har

likabehandlingsprincipen inte följts och sund konkurrens har inte kunnat upprätthållas. Tecknandet av avtalet har skadat SAM som därmed har rätt till skadestånd. Det kan också komma att ha skadat andra potentiella leverantörer. Kommunen har inte följt LOU och tillsett att alla potentiella leverantörer behandlas lika samt främjat sund konkurrens genom att avtal tecknas i överensstämmelse med kraven i förfrågningsunderlaget.

Till ansökan har SAM bifogat en skrivelse från polisen i vilken anges bl.a. att överskriden begränsad tillåten höjd medför risk för att fordon skadas eller fastnar och böter utfärdas samt att någon avvikelse i höjd inte tillåts.

Lerums kommun

Ansökan ska avvisas

Ansökan ska avvisas då den kommit in för sent.

Avtalsspärr

SAM hänvisar till en bilaga av den 8 maj 2017. Det är inte ett tilldelningsbeslut utan en automatgenererad efterannons som upphandlingssystemet skickar ut när en upphandling markeras som slutförd/avslutad. Tilldelningsbeslut fattades den 12 april 2017. Således löpte ingen avtalsspärr, vilket redan prövats av Förvaltningsrätten i Falun. I domen avslogs ansökan om att avtalet ska förklaras ogiltigt.

Avtalet har inte tecknats i strid med obligatoriska krav

Avtalet är inte ett avsteg från förfrågningsunderlaget. Om förvaltningsrätten ändå anser det är ändringen inte att anse som väsentlig. Kommunen har inte heller på annat sätt agerat i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Det finns därför inte skäl för ingripande.

I maxhöjden ska endast chassit bedömas. Med chassi avses höjden för fordonet i körbart skick, dvs. stomme, hjul, väggar och tak. I

kravspecifikationen position 1.8 under rubriken Chassi anges ”höjd max 3,32 m”. Redan till följd av att kravet anges under rubriken Chassi följer att det är fordonets stomme som avses. Av byggspecifikationen framgår att kravet uppfylls. Totalhöjden ska bedömas utifrån byggspecifikationen. Vad som anges i registreringsbeviset är ovidkommande. Höjden angetts till 3,40 m i registreringsbeviset för att fordonet försetts med extrautrustning i form av extraljus. Extraljusen är inte en del av fordonets stomme/chassi, är möjliga att demontera och ska inte räknas in i totalhöjden. Det är den faktiska höjden på fordonet utan eventuell extrautrustning som ska beaktas. Förfrågningsunderlaget skiljer på chassi och extrautrustning. Vidare är även markisen extrautrustning som är möjlig att montera av från bussen och ska inte räknas in i chassihöjden. Den omständigheten att extrautrustning monteras redan vid leverans av fordonet innebär inte att definitionen ändras.

Om förvaltningsrätten ändå anser att skillnaden i höjd ska anses utgöra en ändring gentemot förfrågningsunderlaget är den i vart fall inte väsentlig och har inte påverkat anbudsgivares möjlighet att delta i upphandlingen. Inget avsteg från kravet på chassihöjd har gjorts. Den ändring som skulle kunna ha gjorts är avseende totalhöjden på fordonet, vilket är 8 cm högre än angiven maxhöjd på chassit. Den procentuella skillnaden är mindre än 2,5 procent gentemot angiven maxhöjd. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att extrautrustning kan komma att bli aktuellt. Det är extrautrustningen som gör höjden marginellt högre. Betydelsen av höjdhöjningen motsvarar ungefär den höjdhöjning som sker när fordonets taklucka är öppen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU)

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (20 kap. 4 § p 2 LOU). Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 13 § andra stycket LOU).

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts (20 kap. 17 § LOU första stycket).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de

grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Har ansökan kommit in i rätt tid?

Det aktuella avtalet slöts den 13 april 2017, varmed tiden för ansökan om överprövning av avtalets giltighet löpte till och med fredagen den 13 oktober 2017. SAMs ansökan om överprövning har hos förvaltningsrätten ankomststämpel den 16 oktober 2017 jämte anteckningen "FGO:s morgonpost". SAM har uppgett att ansökan lämnats in fredagen den 13 oktober 2017. Förvaltningsrätten finner inte skäl för att göra en annan bedömning än att ansökan får anses ha kommit in till domstolen nämnda dag och därmed inom den föreskrivna tiden (jfr 10 § första och andra stycket förvaltningslagen [1986:223]). Ansökan ska därför inte avvisas såsom för sent inkommen, utan tas upp till prövning av förvaltningsrätten i detta mål.

Avtalsspärr

Förvaltningsrätten i Falun har tidigare prövat och avslagit en ansökan om överprövning från SAM gällande frågan om det aktuella avtalet tecknats i strid med avtalsspärr (dom den 12 juni 2017 i mål nr 2015-17). Att frågan om det aktuella avtalet tecknats i strid med avtalsspärr tidigare har prövats av domstol hindrar därför inte att förvaltningsrätten prövar frågan i detta mål (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36). Vid den nu aktuella prövningen ska förvaltningsrätten göra en ny och självständig prövning utifrån de grunder som SAM nu åberopar.

Med hänvisning till att endast ett anbud inkommit har kommunen har inte skickat ut något meddelande om tilldelningsbeslut. Någon

avtalsspärr har därmed inte utlösts (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 mars 2017 i mål nr 974-12). När kommunen tecknade avtal den 13 april 2017 gjordes det således inte i strid med avtalsspärr. Den omständigheten att kommunen därefter, den 8 maj 2017, har gjort en efterannonsering innebär inte heller att avtalet har tecknats i strid med avtalsspärr.

Avtal tecknat i strid med obligatoriska krav?

SAM menar att det avtal som kommunen tecknat strider mot upphandlingsdokumentens obligatoriska krav och anser att det därför ska förklaras ogiltigt. SAM menar att det i upphandlingsdokumenten anges ett obligatoriskt krav på att fordonets maxhöjd ska vara 3,32 m och att det avser fordonets totalhöjd, inte chassihöjd, samt att höjden på det fordon som avtalet avser är 3,40 m och därmed överstiger maxhöjden. SAM anför att kommunen genom att teckna avtal har agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Kommunens inställning är att det anbud som avtal tecknats utifrån uppfyller alla kraven i upphandlingsdokumenten. Kommunen anser att det i upphandlingsdokumenten tydligt framgår att kravet på maxhöjd om 3,32 m avser chassits höjd och har hänvisat till att kravet anges under rubriken Chassi samt att extrautrustning inte ska anses ingå vid bestämning av höjden. Kommunen medger att det aktuella fordonet har en total maxhöjd om 3,40 m, men att dess chassi uppfyller maxhöjdskravet 3,32 m och hänvisar till fordonets byggspecifikationer.

Förvaltningsrätten har tagit del av upphandlingsdokumenten. I dess kravspecifikation anges under rubriken Chassi 1.8 "höjd max 3,32 m". Mot bakgrund av det parterna anför har inte kommit fram annat än att det aktuella fordonets chassi är 3,32 m, även om det har monterad extrautrustning som gör fordonets höjd högre. Förvaltningsrätten menar att det

står klart att det vinnande anbudet uppfyller upphandlingens obligatoriska krav på maxhöjd.

Slutsats

Mot bakgrund av bedömningarna ovan anser förvaltningsrätten att SAM inte har visat att det aktuella avtalet slutits i strid med avtalsspärr. SAM har inte heller visat att kommunen har agerat i strid med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas därmed skäl för att pröva om SAM lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därmed avslås.

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



Maria Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Åsa Wallin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 rättens 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 rättens 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.