



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-09-01
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3195-15

SÖKANDE

ABA-Skol AB, 556090-0838
Scheelegatan 7
212 28 Malmö

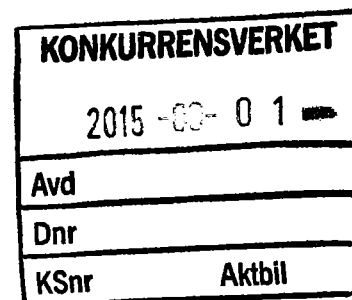
Ombud: Tommy Nilsson
Köpenhamnsvägen 1 Lgh 1201
217 43 Malmö

MOTPART

Marks kommun, Upphandlingsfunktionen
Teknik- och serviceförvaltningen
511 80 Kinna

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Marks kommuns upphandling av möbler till paviljonger på Tingvallaskolan, ref 15/18, (d.v.s. förnyade konkurrensutsättning) ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Marks kommun (nedan kommunen) genomför en upphandling i form av förnyad konkurrensutsättning som benämns möbler till paviljonger på Tingvallaskolan, 15/18, från ramavtal möbler, 12/8. Genom tilldelningsbeslut den 23 juni 2015 antogs annan anbudsgivare än ABA-Skol AB (bolaget). Av tilldelningsbeslutet framgår att anbudet från bolaget förkastades med motiveringen att det inte uppfyllde ska-krav på reglerbara elevstolar.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts

Dok.Id 171916

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

på så sätt att Kinnarp AB:s anbud förkastas och bolaget istället tilldelas kontraktet. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kommunen har i det ursprungliga förfrågningsunderlaget efterfrågat en elevstol med beskrivningen ”reglerbar höjd, reglerbart fotstöd, ljuddämpad, upphängningsbar utan upph.beslag, trä, stålunderrede”. Elevstolen har vid fyra tillfällen under tiden 27 maj-8 juni varit föremål för frågor i ”Frågor och svar”. Kommunen anger den 27 maj och den 3 juni att stolen ska vara reglerbar i intervallet 46-63 cm respektive upp till 65 cm. Kommunen anger därefter vid två tillfällen den 8 juni att stolen inte ska vara reglerbar. Genom kommunens svar den 8 juni står det klart att efterfrågad stol inte ska vara reglerbar. En anbudsgivare har att följa de ändringar som görs i ”Frågor och svar”. Kommunen har därför felaktigt godtagit Kinnarp AB:s anbud eftersom det innefattat fel produkt d.v.s. en reglerbar stol.

Enligt förfrågningsunderlaget var sista dag för inlämning av anbud den 9 juni 2015. Kommunen har därefter den 15 juni 2015 uppmanat anbudsgivare att offerera en ny stol som är reglerbar först i intervallet 45-63 cm och sedan i intervallet 62-68 cm. Ett utbyte av en produkt kan inte anses vara ett sådant förtydligande eller sådan komplettering som avses i 9 kap. 8 § LOU. Byte av en produkt är en förändring av betydande art. Den begärda förändringen skulle drastiskt ha påverkat pris vid utvärderingen. I författningskommentaren till 9 kap. 8 § LOU anges beträffande förtydligande och komplettering bl.a. följande. ”I paragrafens andra stycke föreskrivs att anbudsansökningar och anbud kan förtydligas och kompletteras. Detta får dock endast göras på upphandlarens initiativ. Upphandlaren får begära

förtydligande eller komplettering om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Notera dock att bestämmelsen ska tolkas restriktivt och det framgår av förarbetena att all kommunikation mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras. En upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar (se prop. 2006/07:128, s. 377)". Kommunens uppmaning att byta produkt har inte förmedlats via det elektroniska upphandlingssystemet TendSign och har skett efter anbudstidens utgång. Kommunen har vidare angett tidsbrist som orsak till sitt agerande. Detta är inte förenligt med LOU.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget angavs följande beskrivning av elevstol; "reglerbar höjd, reglerbart fotstöd, ljuddämpad, upphängningsbar utan upph. beslag, trä, stålunderrede". Det är samma beskrivning som förmedlades vid informationsmötet den 7 maj 2015. Det inkom under anbudstiden ett antal frågor om stolen. Eftersom kommunen fick olika uppgifter om stolens egenskaper från berörd personal lades, vilket är beklagligt, motstridig information ut i "Frågor och svar" i TendSign. Verksamheten önskade dock reglerbara elevstolar (vilket angavs i det ursprungliga förfrågningsunderlaget). Kommunen informerade därför med stöd av 9 kap. 8 § LOU samtliga tre anbudsgivare via e-post den 15 juni att elevstolarna måste vara reglerbara i intervallet 62-68 cm. Samtliga anbudsgivare gavs därefter möjlighet att lämna anbud på just reglerbara elevstolar. De har således fått samma information och möjligheter. Någon särbehandling eller konkurrensbegränsning har alltså inte förekommit. Att informationen om möjligheten till komplettering skickades via e-post istället för via TendSign har inte inneburit att anbudsgivarna har behandlats olika. Förändringen kan heller inte vara av betydande art eftersom det i det ursprungliga förfrågningsunderlaget efterfrågades just reglerbara elevstolar. Anbudsutvärdering har alltså gjorts efter möjlighet till förtydligande. Vid utvärderingen konstaterades att

endast Informa Inredning AB och Kinnarps AB offererat reglerbara stolar. Bolaget avstod från att lämna kompletterande anbud. Kinnarp AB:s anbud uppfyllde ska-krav och hade lägst pris. – Orsaken till agerandet har inte varit tidsbrist.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

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.

I 9 kap. 8 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

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

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

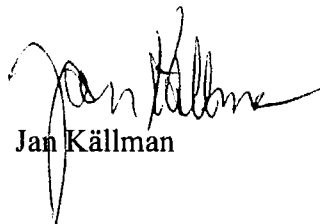
Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga förfrågningsunderlaget är begränsade. En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheten eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En komplettering eller ett förtydligande får inte innebära en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk för att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrättens i Jönköping domar den 15 november 2013 i mål nr 1247-13 och den 14 juni 2012 i mål nr 4342-4357-11). En ändring i ett ska-krav är vanligtvis att bedöma som en väsentlig förändring (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 31 maj 2013 i mål nr 1156-13).

Samtliga för anbudsprövningen väsentliga uppgifter ska tolkas på samma sätt under hela upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet kan inte under pågående upphandlingsförfarande i anbudsunderlaget göra ändringar som är väsentliga. Kommunens meddelande den 15 juni 2015, d.v.s. att aktuella elevstolar ska vara reglerbara, är en ändring i ett ska-krav och utgör en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Bolaget har vidare obestritt anfört att ändringen av kraven på stolarnas utformning har haft en väsentlig betydelse för anbudspriset. Kommunens ändring av nu aktuellt ska-krav strider därmed mot likabehandlingsprincipen. Detta har påverkat möjligheten att lämna konkurrenskraftiga anbud, vilket kan ha påverkat anbudsprövningens resultat till bolagets nackdel. Därmed skulle bolaget lida eller komma att lida skada i LOU:s mening. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Rättelse kan därmed inte anses vara en tillräckligt ingripande åtgärd. Förvaltningsrätten anser därför att det finns skäl för att ingripa mot upphandlingen och besluta att upphandlingen d.v.s. den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om.

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



Jan Källman

Föredragande har varit David Filhm.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom två månader från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, 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 kamrarrätten.

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.

Sista dagen för överklagande är i regel den dag som genom sitt tal i månaden motsvarar den dag Ni fick del av beslutet. Om Ni fick del av förvaltningsrättens beslut t.ex. den 30 juni måste skrivelsen med överklagande ha kommit in senast den 30 augusti. Om Ni fick del av beslutet en dag med ett tal i månaden som inte finns i slutmånaden löper tiden i stället ut på slutmånadens sista dag. Om Ni fick del av beslutet t.ex. den 31 juli måste skrivelsen med överklagande ha kommit in senast den 30 september.

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