



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Christian Härdgård

DOM
2011-05-30
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4338-11 E

SÖKANDE

Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB, 556336-0535
 Box 16062
 200 25 Malmö

Ombud:
 Advokat Martin Levinsohn
 Jur.kand. Lovisa Nelson
 Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
 Box 4501
 203 20 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2011-06-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

AB Helsingborgshem, 556048-0674
 Box 3055
 250 03 Helsingborg

Ombud:
 Elin Ask
 Rådhuset
 251 89 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), i dess lydelse fr.o.m. den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs.
 AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

AB Helsingborgshem (nedan Helsingborgshem) genomför upphandlingen "Dokumentärfilmserie", EKIU 2010/48, i enlighet med bestämmelserna som gäller för öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbesked daterat den 20 april 2011 framgår att anbudet från Klottrets Fiende No 1 All Remove Syd Förs. AB (nedan Klottrets Fiende) förkastats då det ansetts innehålla en reservation gällande minidebitering.

Förutsättningar enligt förfrågningsunderlaget

Under punkten UF3.312 "Sidoanbud" återfinns följande.

"Alternativa anbud och reservationer accepteras ej".

Parternas yrkanden och argumentation

Klottrets Fiende ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Klottrets Fiendes anbud ska utvärderas och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas genom vilket Klottrets Fiendes anbud antas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Det är förvisso sant att Klottrets Fiende, i sitt anbud, angivit att minidebitering är 4 m², men Klottrets Fiende bestrider att denna skrivning utgjort en otillåten "reservation", utgörande en giltig grund för Helsingborgshems förkastande av anbudet. Klottrets Fiende har offererat ett pris per m² i enlighet med förfrågningsunderlagets anvisningar.

Skrivningen om minimidebitering om 4 m² är en standardskrivning som Klottrets Fiende brukar använda sig av i sina anbud. Klottrets Fiende har exempelvis i tidigare upphandling med Helsingborgshem haft med denna skrivning, utan anmärkning från Helsingborgshem, och Klottrets Fiende har också antagits som leverantör vid denna tidigare upphandling. Klottrets Fiende har tilldelats många kontrakt genom avrop från detta tidigare ramavtal och minimidebiteringskravet om 4 m² har aldrig kommit på tal eller aktualiserats särskilt. Det ligger i sakens natur, att beställare inte rimligen kan kräva – och inte heller kräver – av en entreprenör att denne ska sanera en yta understigande 4 m² då detta skulle innebära, för såväl entreprenören som beställaren, alltför höga kostnader i förhållande till inkomsterna/nyttan (med hänsyn till den tid som läggs ner från entreprenörens sida för transport till aktuell plats etc.). I praktiken utförs klottersanering i omgångar, där beställaren ser till att sanera flera, alternativt större områden, åt gången.

Klottrets Fiendes skrivning om minimidebitering kan under inga omständigheter tolkas som en reservation. Klottrets Fiende avser att sanera ytor under 4 m² om Helsingborgshem så begär, men debiterar då för 4 m². Fråga är alltså endast om prissättning. På sin höjd skulle skrivningen kunna påverka utvärderingen av det pris Klottrets Fiende har offererat, på så vis att det offererade priset per m² vid utvärderingen får multipliceras med 4 (under antagande av att samtliga beställningar skulle avse saneringar av ytor understigande 4 m²). Detta skulle medföra att anbudet blir mindre konkurrenskraftigt, men kan inte medföra att anbudet utesluts. Klottrets Fiende anser dock att även en sådan tolkning vore alltför långtgående och att den skulle medföra ett kontraproduktivt resultat. Klottrets Fiendes anbud borde således utvärderas utifrån offererat kvadratmeterpris.

Med hänsyn till vad som har anförts ovan, måste Helsingborgshems uteslutning av Klottrets Fiendes anbud med hänvisning till skrivningen om minimidebitering anses oproportionerlig och såsom stridande mot de

grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. För det fall rätten anser att rättelse inte kan ske, ska upphandlingen göras om. Med beaktande av praxis i branschen – vilken praxis Helsingborgshem följt under tidigare upphandlingar – måste det anses strida mot proportionalitetsprincipen att tillämpa ett implicit krav på att leverantörer kan åta sig saneringsuppdrag avseende ytor understigande 4 m². Under alla omständigheter strider det mot transparensprincipen att inte uttryckligen upplysa anbudsgivarna om att ett sådant krav kommer att tillämpas. Det är ostridigt mellan parterna att Helsingborgshem i tidigare upphandling inte förkastat ett anbud med minimidebitering på 4 m². Det kan därför inte anses framgå klart av förfrågningsunderlaget att minimidebitering skulle medföra att ett anbud förkastas. Om Helsingborgshem ändrar innebörden i sina skrivelser, utan att omformulera dessa, måste detta tydligt klargöras för anbudsgivaren. Om det för den upphandlande enheten är en förutsättning för upphandlingen att minimidebitering inte är högre än priset för sanering av 1 m² borde detta klart framgå av förfrågningsunderlaget, särskilt om högre minimidebitering godtagits vid föregående upphandling.

Helsingborgshem motsätter sig bifall till Klottrets Fiendes talan och anför i huvudsak följande. Det är ostridigt i målet att Klottrets Fiende i sitt anbud angett: ”Minimidebitering är 4 m²”. I förfrågningsunderlaget anges emellertid att: ”Alternativa anbud och reservationer accepteras ej.” Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon information som skulle kunna uppfattas som att Helsingborgshem accepterar en minimidebitering om 4 m². Mot denna bakgrund anser Helsingborgshem att det är uppenbart att Klottrets Fiende frångått kraven i förfrågningsunderlaget och att bolagets anbud innehåller en otillåten reservation. I konsekvens härmed ska anbudet förkastas. Därutöver vore det ett brott mot likabehandlingsprincipen om Helsingborgshem godtog Klottrets Fiendes anbud under angivna förhållanden.

Klottrets Fiende har anfört att bolagets skrivning utgör en standardskrivning som Klottrets Fiende brukar använda sig av. Helsingborgshem har ingen anledning att ifrågasätta detta påstående, men kan samtidigt konstatera att vilka skrivningar Klottrets Fiende brukar använda sig av saknar relevans i detta sammanhang. Det är uteslutande förfrågningsunderlagets krav som är relevanta i nu aktuellt sammanhang – inget annat. Under alla förhållanden kommer Helsingborgshem inte att tillämpa någon minimidebitering om 4 m² för kommande avtalsperiod, vilket också klart framgår av förfrågningsunderlaget.

Klottrets Fiende har anfört att det är orimligt att kräva att en leverantör sanerar en yta understigande 4 m². Enligt Helsingborgshems erfarenhet är det oerhört viktigt att snabbt avlägsna ”småklotter” eftersom klotter genererar ytterligare klotter. Det förefaller som om klottrarna inspirerar varandra, vilket innebär att om det finns klotter på ett ställe så är det mycket sannolikt att det inom kort tillkommer ytterligare klotter på samma ställe. Mot denna bakgrund är det av yttersta vikt för Helsingborgshem att bolaget kan avropa mindre saneringsarbeten för skyndsamt utförande, utan att vid vart och ett av dessa tillfällen behöva betala för sanering motsvarande en yta om 4 m². Helsingborgshem bestrider att det skulle finnas en praxis i branschen som medför att leverantörer inte åtar sig saneringsuppdrag avseende ytor understigande 4 m². Uppenbarligen delar de leverantörer som tilldelats kontrakt i den aktuella upphandlingen inte Klottrets Fiendes ståndpunkt i detta avseende. I sammanhanget får också nämnas att en upphandlande enhet har stor frihet att utforma sin upphandling så att den passar enhetens behov. I förevarande fall har Helsingborgshem objektiva och sakliga skäl för att avropa sanering av ytor understigande 4 m². Således är det Helsingborgshems uppfattning att dess agerande stämmer väl överens med proportionalitetsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår med stor tydlighet att Helsingborgshem efterfrågar ett pris per kvadratmeter och att reservationer inte accepteras. Det kan inte begäras att Helsingborgshem – utöver de villkor som faktiskt anges i förfrågningsunderlaget – också ska ange vilka villkor som inte godtas av Helsingborgshem. Utgångspunkten måste vara att det som anges i förfrågningsunderlaget gäller för upphandlingen – inget annat. Att inte uttryckligen upplysa anbudsgivare om att Helsingborgshem inte godtar en minimidebitering om 4 m² strider således inte mot transparensprincipen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

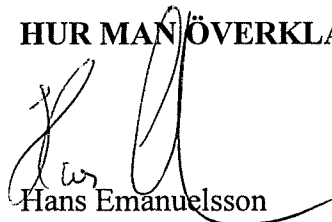
Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att anbudsgivarna bl.a. ska lämna pris på vad 1 m² klottersanering kostar. Detta pris kommer sedan ingå som en del i utvärderingsmodellen. Då inget annat framgår av förfrågningsunderlaget får det förutsättas att Helsingborgshem har för avsikt att avropa sanering av

ytor från 1 m² och uppåt. Enligt rättens mening får förfrågningsunderlaget således anses tillräckligt transparent avseende hur många m² klottersanering Helsingborgshem minst kan komma att avropa. Klottrets Fiende har även anfört att avrop på sanering understigande 4 m² skulle strida mot proportionalitetsprincipen, då leverantören i sådant fall skulle drabbas av alltför höga kostnader i förhållande till inkomsterna. Förvaltningsrätten finner det inte visat att så skulle vara fallet. Vidare finner rätten det inte heller visat att minimidebitering på 4 m² utgör praxis inom saneringsbranschen. Rätten vill härvid särskilt poängtera att vad som tidigare accepterats vid andra upphandlingar är fullkomligt irrelevant. Det är endast den aktuella upphandlingen som är föremål för förvaltningsrättens prövning.

Som redovisats ovan framgår det av förfrågningsunderlaget att alternativa anbud och reservationer inte accepteras. Att kräva att den upphandlande myndigheten därutöver i förfrågningsunderlaget ska ange vilka villkor som inte godtas är enligt rättens mening inte rimligt. Utgångspunkten vid offentlig upphandling är att så länge en anbudsgivare svarar på den, i förfrågningsunderlaget och anbudsformulären, efterfrågade informationen på det sätt som föreskrivs förutsätts anbudet uppfylla de ställda kraven. Klottrets Fiende har i sitt anbud angivit att minimidebiteringen är 4 m². Förvaltningsrätten anser att detta utgör en tydlig prisreservation, vilket enligt förfrågningsunderlaget inte är tillåtet. Skrivningen innebär även att det pris/m² som angivits i anbudsformuläret är felaktig. Sammanfattningsvis finner rätten att det med anledning av vad Klottrets Fiende anfört inte föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Vid sådana förhållanden ska företags ansökan om överprövning avslås.

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



Hans Emanuelsson

