



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-02-16
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6266-14

SÖKANDE

Kinnarps AB, 556256-6736
521 88 Kinnarp

Ombud: Advokat Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2015-02-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen, Upphandlingscenter
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

2. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

3. Katrineholms kommun, 212000-0340
641 80 Katrineholm

4. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

5. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

6. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

7. Vingåkers kommun, 212000-0308
643 80 Vingåker

8. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

Ombud för 2-8: Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen,
Upphandlingscenter
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

Dok.Id 192289

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upphandlingscenter genomför tillsammans med Finspångs kommun, Katrineholms kommun, Kinda kommun, Söderköpings kommun, Valdemarsviks kommun, Vingåkers kommun och Åtvidabergs kommun (Myndigheterna) upphandling av ramavtal med tre leverantörer avseende "Skol- och förskolemöbler" med beteckning *UH-2013-121* (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och tilldelningsgrund är lägst pris.

Myndigheterna fattade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 30 januari 2014. Kinnarps AB (Kinnarps) ansökte om överprövning av upphandlingen och i dom den 26 juni 2014 i mål 911-14 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförts.

Av nytt tilldelningsbeslut daterat den 28 augusti 2014 framgår att Myndigheterna beslutat att tilldela ABA Skol AB (ABA) kontrakt samt att övriga inkomna anbud inte blivit föremål för slutlig utvärdering.

Kinnarps ansöker nu om överprövning av upphandlingen och det nya tilldelningsbeslutet och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs där Kinnarps anbud beaktas.

Myndigheterna yrkar att Kinnarps ansökan om överprövning i första hand ska avvisas och i andra hand avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Kinnarps

Myndigheternas påstående om grund för avvisning

Kinnarps har begärt överprövning av Myndigheternas upphandling med anledning av att tilldelningsbeslutet som fattades den 28 augusti 2014 innebär ett brott mot LOU och de grundläggande principerna. Såväl förfrågningsunderlaget som tilldelningsbeslutet är bifogade bolagets ansökan om överprövning. Vad som överprövas är upphandlingens handläggning och beslut, oavsett motpart. Det saknar därmed betydelse vilka Kinnarps i inledningen av ansökan om överprövning har angivit som upphandlande myndigheter eftersom man sammantaget kan utläsa korrekta och relevanta uppgifter ur bolagets ansökan. Det väsentliga är att det inte råder någon tvekan om vilken upphandling och vilket beslut som Kinnarps talan gäller. Det handlar i en överprövningsprocess, till skillnad i från tvistemålsprocessen, inte om att man riktar en talan mot någon viss part.

Därutöver ska tilläggas att såväl Linköpings som Norrköpings kommun omnämns som upphandlande myndigheter i tilldelningsbeslutet. Dessa kommuner är också avropande myndigheter och direkt berörda av upphandlingen. De nämnda kommunerna har även varit parter i det tidigare överprövningsmålet vilket gällde samma upphandling utan att någon invändning om detta framfördes av Myndigheterna (se Förvaltningsrättens i Linköping dom den 26 juni 2014 i mål nr 911-14). Påståendet om fel part framstår därför som en konstruerad invändning och ska därmed lämnas utan avseende.

Förlängning av anbudens giltighetstid

Anbudens giltighetstid i upphandlingen gick ut den 30 april 2014 utan att någon förlängning kommit till stånd. Anbudet upphörde därmed att gälla per detta datum. Först långt senare ombads anbudsgivarna att lämna besked om förlängning av anbudet. Eftersom det emellertid inte fanns några giltiga anbud att förlänga innebär Myndigheternas förfrågan om förlängning inte att Kinnarps och övriga anbudsgivares anbud förlängts utan rätteligen att anbudet förnyats. De avgöranden som Myndigheterna hänvisar till i sin inläga behandlar inte denna fråga, men vad man kan konstatera i de olika domskälen är att domstolarna generellt slår fast att en förlängning endast kan ske om de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. Att förnya anbudet efter ordinarie giltighetstids utgång är inte förenligt med dessa principer. Den väsentliga skillnaden mellan förevarande upphandling och de återopade avgörandena är att det i upphandlingen inte fattats något tilldelningsbeslut under anbudets ordinarie giltighetstid. Att Myndigheterna fattade ett tilldelningsbeslut den 30 januari 2014 förändrar inte detta, eftersom det beslutet var felaktigt och något kontrakt inte har kunnat tecknas med stöd av detta. Detta tilldelningsbeslut har förfallit genom domen om rättelse i mål 911-14. Förlängning måste ske innan anbudets giltighetstid gått ut, oavsett om det har meddelats någon rättelsedom eller inte. Det tilldelningsbeslut som överprövningen nu gäller har fattats först den 28 augusti 2014, dvs. efter att anbudets ordinarie giltighetstid gått ut.

Av praxis följer att en upphandling ska göras om för det fall anbudets giltighetstid har löpt ut och någon förlängning inte har kommit till stånd (jfr Kammarrättens i Stockholm mål nr 1772-09 och 7788-09). Då någon förlängning inte kommit till stånd har det inte varit möjligt att rätta upphandlingen och fatta ett nytt tilldelningsbeslut efter att anbudets giltighet upphört. Upphandlingen ska därmed göras om.

Nytt tilldelningsbeslut har fattats trots att Myndigheterna ansett att inte samtliga anbudsgivares samtycke finns

För att en förlängning av anbudens giltighetstid ska kunna ske måste en förlängning komma till stånd innan anbudens giltighetstid gått ut. Dessutom måste, enligt huvudregeln, samtliga anbudsgivare gå med på en förlängning för att den ska anses giltig. Denna princip har visserligen mjukats upp något i praxis på så sätt att samtliga anbudsgivare inte behöver godkänna en förlängning om anbudstiden har löpt ut efter att tilldelningsbeslutet fattats när detta tilldelningsbeslut ändå ska fullföljas. Syftet är att en korrekt genomförd upphandling inte ska behöva göras om enbart på grund av att anbudstiden löpt ut.

Förvaltningsrätten har i domen den 26 juni 2014 i mål 911-14 konstaterat att Myndigheternas ursprungliga tilldelningsbeslut varit felaktigt. Det har därför varit nödvändigt att företa en ny utvärdering. Om man bortser från det faktum att förlängning av giltighetstiden inte kan ske när anbudet har upphört att gälla krävs under alla förhållanden att samtliga anbudsgivare godkänt förlängningen, för att en ny utvärdering ska kunna genomföras med beaktande av likabehandlingsprincipen. Detta då anbudens giltighet har gått ut innan ett nytt tilldelningsbeslut fattats.

Vid Myndigheternas förfrågan om förlängning av anbudstiden lämnade Kinnarps omedelbart en skriftlig accept på detta. Kinnarps har därefter visserligen informerat Myndigheterna om att det avbrott i anbudens giltighetstid som förelegat mellan den 30 april och till dess Myndigheterna ombad anbudsgivarna att förlänga giltighetstiden kan innebära ett juridiskt problem och att de accepter som lämnats av anbudsgivarna vid denna tillämpning saknar betydelse i upphandlingsrättsliga sammanhang. Kinnarps besked till Myndigheterna innebär dock inte att Kinnarps har återkallat sin accept av att förlänga anbudet.

Myndigheterna har dock inte ansett att Kinnarps har godkänt en förlängning av sitt anbud. Om Myndigheternas bedömning hade varit korrekt, vilket i och för sig bestrids, innebär det att Myndigheterna alltså inte haft samtliga anbudsgivares godkännande till förlängning av anbudstiden. Detta är en nödvändighet för att Myndigheterna ska kunna fatta ett tilldelningsbeslut efter att giltighetstiden gått ut. Myndigheterna har trots detta fattat ett nytt tilldelningsbeslut och förkastat Kinnarps anbud. Grund för ingripande föreligger därmed.

Ramavtal med endast en anbudsgivare

Av förfrågningsunderlaget framgår att tre leverantörer ska antas samt att förnyad konkurrensutsättning ska ske för avrop värda över 200 000 kr. Myndigheterna har till följd av den felaktiga bedömningen av Kinnarps anbud ansett att endast ett anbud uppfyller de obligatoriska kraven och också tilldelat ramavtalet till detta enda bolag.

Om ett ramavtal ska ingås med en enda leverantör måste samtliga villkor för avrop enligt ramavtalet vara fastställda. Det är i målet ostridigt att så inte är fallet. Avropen ska alltså genomföras enligt 5 kap. 7 § LOU, vilket förutsätter att ramavtalet ingåtts med flera leverantörer. Således kan varken denna bestämmelse eller 5 kap. 4 § LOU tillämpas under de förutsättningar som råder. Det finns inget stöd för att, som Myndigheterna påstår, dela upp upphandlingen och tillämpa 5 kap. 4 § LOU på en del av avropen och 5 kap. 7 § LOU på en annan del.

Kinnarps har inte påstått att komboavtal inte skulle vara tillåtna. Vid komboavtal tillämpas dock 5 kap. 5 § LOU, inte 5 kap. 4 § LOU, på den del som är rangordnad och 5 kap. 7 § LOU på den del som ska konkurrensut-sättas. Vad Kinnarps pekar på är att det inte finns någon möjlighet att till-

lämpa 5 kap. 4 § istället för 5 kap 7 § och inte heller någon möjlighet att kombinera dessa två bestämmelser, eftersom 5 kap. 7 § tar sikte på ramavtal där inte alla villkor framgår, medan 5 kap. 4 § endast kommer ifråga om alla villkor är fastställda. Det är inte det faktum att det kvarstår en anbudsgivare som medför att upphandlingen måste göras om, utan det är att ramavtalets bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning inte får genomföras med endast en anbudsgivare.

Vad Myndigheterna anför om komplettering avser anbudsgivarens rätt och möjlighet att komplettera och justera sitt anbud. Det är inte samma sak som att upphandlande myndighet får förändra villkoren efter det att ramavtalet ingåtts.

I svensk rätt finns tre olika typer av ramavtal; (i) ramavtal som ingås med en anbudsgivare och som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt (5 kap. 4 § LOU), (ii) ramavtal som ingås med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor för kontrakt (5 kap. 6 § LOU) samt (iii) ramavtal som ingås med flera leverantörer men som inte innehåller samtliga villkor för kontrakt (5 kap. 7 § LOU). Det enda ramavtal som kan tecknas med en anbudsgivare i aktuell upphandling är ett ramavtal som från början innehåller samtliga villkor för avrop, dvs. ett ramavtal enligt bestämmelsen i 5 kap. 4 § LOU. Vad som sägs om skriftligt samråd i andra stycket i paragrafen innebär inte en ny förhandling av avtalsvillkoren. Det som kan diskuteras är preciseringar av villkoren i ramavtalet, exempelvis priser vid avrop (under förutsättning att ramavtalet innehåller en prisjusteringsklausul) eller precisering av vad en konsulttjänst kan avse eller hur en sådan tjänst ska utföras när avrop sker (jfr Norstedts kommentar till LOU, s. 263). Det är inte tillåtet att förändra villkoren i ramavtalet eller att lägga till villkor.

Bestämmelserna i artikel 32 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG (Direktivet) motsäger inte ovanstående. Artikel 32.3 i Direktivet, som behandlar avtal med en ensam anbudsgivare, handlar precis som svensk rätt endast om ”subsequent consultation”, dvs. samråd. Av artikel 32.2 i Direktivet framgår vidare att parterna inte under några förhållanden får göra några väsentliga tillägg eller förändringar till ramavtalet, i synnerhet inte när det gäller avtal med en ensam anbudsgivare. Vad Myndigheterna anfört om bestämmelserna i Direktivet påverkar således inte tillämpningen av LOU.

Eftersom förutsättningarna för att anta en enda leverantör, vilket därtill strider mot vad Myndigheterna angivit i förfrågningsunderlaget, inte är uppfyllda har Myndigheterna fattat ett tilldelningsbeslut i strid med LOU. Upphandlingen måste således göras om.

Grund för bolagets andrahandsyrkande om rättelse

För det fall att det inte föreligger skäl för att upphandlingen ska göras om måste Kinnarps anbud beaktas utifrån samma förutsättningar som övriga anbud. Kinnarps har lämnat ett skriftligt besked om att förlängningen av anbudets giltighetstid accepterades och accepten har inte återkallats. Myndigheterna har således inte grund för påståendet att Kinnarps inte längre har ett anbud. Den gjorda utvärderingen strider mot principen om likabehandling varför det finns skäl för ingripande enligt LOU. Den aktuella bristen rör inte det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräcklig åtgärd.

Skada

Myndigheterna har genom det nu överprövade tilldelningsbeslutet utvärderat anbudet trots att förlängning av anbudens giltighetstid gjorts för sent.

Myndigheterna har därutöver gjort en felaktig tolkning av Kinnarps svar på förlängningsförfrågan. För det fall Myndigheterna vidhåller sitt underkännande av Kinnarps accept så har utvärderingen också genomförts i strid med LOU, såväl mot kravet på samtliga anbudsgivares godkännande som mot bestämmelsen om att samtliga villkor måste framgå av ramavtalet om kontrakt ska kunna tecknas med en anbudsgivare.

Kinnarps har genom Myndigheternas felaktiga utvärdering på alla sätt fråntagits möjligheten att tilldelas kontraktet och därmed drabbats av, eller i vart fall riskerat att drabbas av, skada. Under alla omständigheter har Kinnarps fråntagits möjligheten att lämna nytt anbud, vilket enligt praxis innebär skada.

Kinnarps bestrider Myndigheternas invändningar mot bolagets anbud, på de grunder som framförts i det tidigare överprövningsmålet 911-14. Bolagets anbud brister inte avseende krav på referensuppdrag och Kinnarps motsätter sig även påståendena om brister på enskilda positioner enligt följande.

- Referenser

Inledningsvis måste man skilja på det förhållandet att anbudsgivaren faktiskt har den tekniska, ekonomiska och yrkesmässiga kapacitet som krävs när anbudet lämnas in från vid vilken tidpunkt anbudsgivaren måste bevisa det. I Kinnarps fall har bolaget givetvis egen kapacitet och i detta fall även egen erfarenhet av leveranser till både Vellinge kommun (som den ifrågasatta referensen avser), och till Myndigheterna. I den mån det behövs förfogar dessutom Kinnarps, såsom moderbolag, över Kinnarps Skåne AB (helägt dotterbolag). Ett moderbolag äger rätt att fritt tillägna sig kapaciteten hos ett helägt dotterbolag (se t.ex. mål C-389/92 Ballast-Nedam). Det behövs därför inte något särskilt åtagande som bevisning för att

Kinnarps har förutsättningar för att uppfylla det aktuella kontraktet. Kinnarps Skåne AB har dock, för att bekräfta vad som gäller, skriftligen förtydligat att bolagets resurser står till Kinnarps förfogande. Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 26-12 tar sikte på tidpunkten för kravuppfyllelse. Det innebär dock inte att man måste visa att ett skall-krav är uppfyllt redan vid anbudstidens utgång, om det inte finns en särskild begäran om detta i förfrågningsunderlaget. På samma sätt gäller att krav på teknisk, ekonomisk och yrkesmässig kapacitet inte måste bevisas om detta inte särskilt framgår av förfrågningsunderlaget. Kinnarps gör vidare gällande att förutsättningarna i Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 3454-10, bl.a. avseende förekomsten av skall-krav, inte är desamma som i förevarande fall. Kammarrättens dom innebär inte att åtagande om att ha tillgång till annat företags kapacitet alltid måste bifogas på det sätt som Myndigheterna gör gällande. En sådan tolkning ligger inte heller i linje med efterföljande praxis. Kinnarps har redan vid anbudstidens utgång haft den tekniska, ekonomiska och yrkesmässiga kapacitet som krävs. Det åtagande som kompletterats anbudet har inte varit nödvändigt för att Kinnarps ska ha iakttagit bestämmelserna i 11 kap. 12 § LOU. Det har under alla förhållanden inte funnits något skall-krav om att ett åtagande om att anbudsgivaren förfogar över nödvändiga resurser måste bifogas anbudet, varför Myndigheternas invändningar ska lämnas utan avseende.

- Position 6, Skola

För positionen har Myndigheterna efterfrågat ett materialskåp med dörrar. Det skåp som Kinnarps offererat har rätteligen djupet 407 m.m., inklusive dörrar, dvs. inom godtagbar måttavvikelse. I totalmättet måste man även räkna in de dörrar som Myndigheterna efterfrågat och inte bara grundstommen. Myndigheterna har på

oklara grunder hänvisat till en lateralhylla, inte till det av Kinnarps offererade skåpet.

- Position 9, Skola
Myndigheterna har felaktigt påstått att den fasta hyllan tillhör sockeln. Det undre hyllplanet är dock separerat från sockeln och utgör ett eget hyllplan. Det finns inget krav på var i skåpet den fasta hyllan ska sitta eller att den måste vara placerad på något särskilt sätt för att ge skåpet stabilitet. Skåpet har ett fast och fem flyttbara hyllplan och uppfyller därmed kravet såsom det formulerats.
- Position 13, Förskola
Kinnarps vidhåller att den offererade vagnen är 70 cm hög. Därutöver har vagnen ett handtag på vardera sidan, ett högre och ett lägre. Vad Myndigheterna refererat till är höjden inklusive handtag. Det relevanta är dock höjden på vagnen, dvs., höjden från golv till översta skivan. Detta mått är 70 cm på Kinnarps vagn.

Det förtjänar också att noteras att även ABA:s anbud, dvs. det anbud som kvarstår efter Myndigheternas senaste tilldelningsbeslut, har angivit måttet till övre hyllplanet, dvs. utan att inkludera höjden på handtagen. Med Myndigheternas nu framförda tillämpning av kravet uppfyller inte heller ABA:s anbud måttkravet och anbudet ska förkastas, vilket innebär att det i så fall inte kvarstår något anbud att utvärdera.

Myndigheterna har dessutom tidigare ansett att Kinnarps uppfyller samtliga skall-krav. Något tilldelningsbeslut där Myndigheterna förkastat Kinnarps anbud finns inte heller, utan invändningarna har bara framförts i överprövningsprocessen. Förvaltningsrätten är, som domstolen också konstaterade i mål 911-14, under dessa omständigheter förhindrad att pröva

Myndigheternas påståenden och måste utgå från att Kinnarps anbud uppfyller kvalificeringskraven.

Även i det av Myndigheterna åberopade avgörandet från 2012 slår Kamrarrätten i Stockholm fast att principen om reformatio in pejus är huvudregeln. Avsteg från detta kan endast göras om exempelvis likabehandlingsprincipen skulle trädas förnär.

I förevarande mål har de påstådda bristerna inte koppling till vinnande anbudsgivare. Inte heller innebär det på annat sätt ett brott mot likabehandlingsprincipen eller andra upphandlingsrättsliga principer om man inte skulle beakta invändningarna. De förutsättningar som låg till grund för kammarrättens bedömning föreligger således inte i nuvarande mål och det saknas därför skäl att frångå huvudregeln om reformatio in pejus.

Myndigheterna

Grund för avvisning

Myndigheterna konstaterar inledningsvis att fel part blivit föremål för överprövning, nämligen Norrköpings och Linköpings kommun. Upphandlingscenter är upphandlande myndighet och borde ha varit motpart. Det följer av processrättsliga grundprinciper att rätt motpart ska anges i en överprövning liksom i andra mål. Annars skulle en part som felaktigt utpekats som part i ett mål skulle kunna drabbas av rättsföljder som rätteligen borde ha drabbat en annan part. Linköpings och Norrköpings kommun har inte omnämnts som upphandlande myndigheter i vare sig tilldelningsbeslut eller förfrågningsunderlag. Under rubriken "Upphandlande myndigheter" i tilldelningsbeslutet står klart och tydligt att Upphandlingscenter är upphandlande myndighet för Linköpings och Norrköpings kommuns räkning.

Att partsinvändning inte åberopats i mål 911-14 saknar betydelse för bedömningen i aktuellt mål.

Utgång av anbudens giltighetstid

Myndigheterna tillbakavisar Kinnarps inställning om att upphandlingen måste göras om då anbudens giltighetstid löpt ut. Av praxis följer att om anbudens giltighetstid har löpt ut kan det vara ett sakligt skäl att avbryta en upphandling, men det finns ingen skyldighet att avbryta den. Att anbudens giltighetstid har löpt ut innebär inte i sig att upphandlingen måste göras om eller att den anbudsgivaren som tilldelats kontrakt inte kan ingå avtal med den upphandlande myndigheten (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 3521-08).

I linje med detta uttalar Kammarrätten i Göteborg i mål nr 4278-09 att en annan tolkning av upphandlingsreglerna skulle innebära att en anbudsgivare som inte vinner en upphandling skulle kunna ansöka om överprövning och förhålla processen till dess att den angivna anbudstiden löper ut, för att därefter inte medge förlängning av sitt eget anbud och därmed tvinga fram att en kanske helt korrekt genomförd upphandling måste göras om.

Förlängning av anbudet skedde efter tilldelningsbeslutet den 30 januari 2014 och innan varken domen eller något annat tilldelningsbeslut fattats. Eftersom någon rättsdom ännu inte hade expedierats vid tidpunkten för anbudens förlängning vidhåller därmed Myndigheterna att det funnits giltiga anbud vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 28 augusti 2014.

Samtliga anbudsgivares samtycke

Som Kinnarps medger indikerar rättspraxis en uppmjukning av kravet på att samtliga anbudsgivare behöver godta en förlängning av anbudens gil-

tighetstid, framförallt i de fall då tilldelningsbeslut har fattats inom ramen för anbudens giltighet. Kravet på samtliga anbudsgivares samtycke till en förlängning gör sig inte gällande med samma styrka när den ursprungliga giltighetstiden gått ut efter tilldelningsbeslutet. Då har i flera fall bedömningen gjorts att det faktum att inte alla anbudsgivare gått med på en förlängning i sig inte innebär att upphandlingen måste göras om (se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4278-09 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3480-10).

I förevarande upphandling gick den ursprungliga giltighetstiden ut först efter att Myndigheterna meddelat tilldelningsbeslut men innan avtal hann tecknas, på grund av en ovanligt utdragen överprövningsprocess. Inom ramen för processen förlängdes anbudens giltighetstid till dess att upphandlingen kan avslutas genom att avtal tecknas, dock längst t.o.m. den 30 november 2014. Att förvaltningsrätten i tidigare överprövningsmål 911-14 kom fram till att tilldelningsbeslutet var felaktigt och att upphandlingen skulle rättas har dock ingenting att göra med anbudens giltighetstid i förevarande upphandling. Förlängningsbeslutet innebär inte heller att det är fråga om några nya anbud såsom Kinnarps påstår.

Återkallande av accept

Myndigheterna tillbakavisar även Kinnarps påstående om att bolaget inte har återkallat sin accept av att förlänga anbudet. Samtliga anbudsgivare fick den 13 juni 2014 en förfrågan om att förlänga anbudens giltighetstid. Kinnarps tackades initialt ja den 16 juni 2014 för att en dag senare återkalla sin accept. I e-postmeddelande daterat den 17 juni 2014 angav bolaget att "Kinnarps tidigare uppgift om förlängning av anbudet saknar därmed betydelse och gäller i vart fall inte". Myndigheterna gör gällande att e-postmeddelandet inte går att tolka på annat sätt än att bolaget återkallar sin accept.

Ramavtal med enbart en leverantör

Det är ostridigt att det av förfrågningsunderlaget framgår att tre leverantörer ska antas och att förnyad konkurrensutsättning ska ske för avrop som är värda över 200 000 kr. I förarbetena till LOU (se prop. 2006/2007:128 s. 336) anges dock att antalet leverantörer ska vara tre under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud. Det innebär att om det inte finns fler än två godtagbara anbud så är det fullt möjligt och tillåtet att teckna ramavtal med dessa två leverantörer. Lagrådet menar vidare att om avtal endast kan tecknas med en leverantör så blir bestämmelserna i 4 § istället tillämpliga på ramavtalet. Eftersom lagrådets uttalande gäller för bestämmelsen i 5 kap. 5 § LOU kan det inte tolkas på annat sätt än att det beskriver det förhållandet som uppstått i den här aktuella upphandlingen; att endast en anbudsgivare återstår efter utvärderingen. I 5 kap. 5 § LOU finns hänvisningar till både 6 och 7 §§ LOU, vilka behandlar rangordning såväl som förnyad konkurrensutsättning. I förevarande upphandling blir följden således att Myndigheterna tecknar ramavtal med enbart en leverantör då det endast inkom ett godtagbart anbud.

Kinnarps påstående att det inte finns något stöd för att dela upp upphandlingen och tillämpa 5 kap. 4 § LOU på en del av avropen och 5 kap. 7 § LOU på en annan del är felaktigt. Komboavtal, dvs. att kombinera rangordning med förnyad konkurrensutsättning, ska betraktas som tillåtna, förutsatt att ramavtalet föreskriver tydliga villkor för när respektive avropsmodell ska användas (se RÅ 2010 ref. 97).

Vidare följer av 5 kap. 4 § andra stycket LOU att " Vid tilldelning av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud." I prop. 2006/07:128 s. 335 stadgas att "Vidare är det den upphandlande myndigheten som har rätt att begära komplettering av

ett anbud. Med termen komplettera avses att komma in med uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga." Av förarbetena framgår vidare att komplettering kan ske av såväl prisuppgifter som hur en viss tjänst ska utföras. Beträffande de två termerna samråda och komplettera sägs slutligen i förarbetena att "De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärt om att konkretisera dem på ett eller annat sätt." Att denna öppning finns för att konkretisera villkoren efter det att ramavtalet har ingåtts framgår även av EU-kommissionens Explanatory Note on framework agreements (CC/2005/03 FR s. 5).

Således är det uppenbart att det inte bara är möjligt att teckna ett ramavtal med en enda leverantör trots att avsikten från början var att ingå ramavtal med flera i enlighet med 5 kap. 5 § LOU utan det är även möjligt att enligt 5 kap. 4 § LOU teckna ramavtal med en leverantör där såväl samråd som komplettering av uppgifter i anbudet kan ske, t.ex. av prisuppgifter eller utförande av en tjänst.

För det fall rätten, trots lagrådets och förarbetenas resonemang, skulle anse att ramavtal inte kan tecknas med en leverantör för den delen där samtliga villkor inte är fastställda, menar Myndigheterna att ramavtal måste kunna tecknas för den delen där samtliga villkor är fastställda, dvs. för avrop t.o.m. 200 000 kr. Något stöd för annan ordning saknas, i synnerhet mot bakgrund av uttalandena av lagrådet om att 4 § ska tillämpas när endast en leverantör återstår.

Tilläggas kan att vad avser behov som överstiger en miljon kr ska enligt förfrågningsunderlaget (avsnitt 6.3 i avtalsförslagan) en särskild upphandling ske. Med andra ord så finns det en mekanism inbyggd i ramavtalet för att tillvarata konkurrens även för stora volymer. Vidare är det så att även om tre leverantörer hade kunnat antas är det inte nödvändigt att bjuda in en leverantör till den förnyade konkurrensutsättningen om det framstår som

klart att denne inte har möjlighet att leverera det efterfrågade behovet (se prop. 2006/07:128 s. 338). Således skulle den situationen kunna uppstå att endast en leverantör tillfrågas i en förnyad konkurrensutsättning.

Skada

Gällande Kinnarps påstående om att Myndigheterna i det första tilldelningsbeslutet den 30 januari 2014 ansett att Kinnarps uppfyllt samtliga skall-krav och att förvaltningsrätten, som domstolen också konstaterade i det tidigare överprövningsmålet (mål nr 911-14), under dessa omständigheter är förhindrad att pröva Myndigheternas påståenden om brister i skallkravuppfyllelsen, vill Myndigheterna hänvisa till Kammarrättens i Stockholm dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12 där rätten kom fram till att principen om reformatio in pejus kan behöva ge vika i de fall den hindrar att det underliggande rättsmedelsdirektivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2007/66/EG) får full verkan. Vid en sådan slutsats beaktar kammarrätten även att överprövningsprocessen i mål enligt LOU skiljer sig från de flesta andra förvaltningsrättsliga mål i det avseendet att upphandlingsmålen har karaktären av tvistemål med jämbördiga parter där starka motstående intressen kan göra sig gällande. Intresset av att upprätthålla principen om reformatio in pejus i mål enligt LOU ter sig därför mindre starkt. I mål nr 924-12 gjorde därför kammarrätten bedömningen att motpartens invändning om att inte heller den klagande leverantören uppfyllde ett visst skall-krav skulle prövas inför ställningstagandet av om den klagande leverantören hade lidit skada.

Myndigheterna fattade i aktuell upphandling ett nytt tilldelningsbeslut den 28 augusti 2014 där det angavs att Kinnarps anbud förkastats då det inte längre fanns ett giltigt anbud eftersom bolaget inte accepterade en förlängning av anbudets giltighetstid. Bolagets anbud gick således inte vidare i processen där nästa steg hade varit att kontrollera huruvida anbudet upp-

fyllde kvalificeringskraven respektive de obligatoriska kraven. Hade Kinnarps haft ett giltigt anbud så hade detta ändå förkastats eftersom det inte uppfyllde kraven på referensuppdrag samt på offererade produkter på positionerna 6, 9, 13 och 17, Skolmöbler.

- Referensuppdrag

Det åberopade referensuppdraget åt Vellinge kommun har inte utförts av Kinnarps, utan av ett annat företag med ett helt annat organisationsnummer, nämligen Kinnarps i Malmö AB. Myndigheterna vitsordar att det enligt såväl LOU som praxis är tillåtet att tillgodoräkna sig annan leverantörs kapacitet. Kinnarps har dock inte åberopat Kinnarps i Malmö AB:s kapacitet gällande referensuppdragen, med åtagande från denne som krävs enligt 11 kap. 12 § LOU för att sådant åberopande av annans kapacitet ska vara tillåtet. Även om det skulle föreligga ett koncernförhållande finns inget sådant undantag varken i LOU eller i de bakomliggande direktiven, som medför att Kinnarps undgår kravet på att uppvisa ett sådant åtagande.

Att Kinnarps visar upp ett åtagande om ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet från Kinnarps i Skåne AB först i förvaltningsrätten är enligt Myndigheternas mening inte acceptabelt. I ett avgörande från Kammarrätten i Sundsvall har domstolen godtagit att en vinnande leverantör som hänvisar till ett annat företags kapacitet, i syfte att uppfylla ställda kvalificeringskrav, ger in ett åtagande först i kammarrätten i samband med överprövningen av den aktuella upphandlingen. I tidigare avgöranden har domstolarna klart och tydligt intagit den motsatta inställningen att en leverantör vars anbud inte innehåller ett erforderligt åtagande ska uteslutas (se bl.a. Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 3454-10).

En ordning som följer Kammarrättens i Sundsvall dom skulle i praktiken innebära att de tidsgränser som en upphandlande myndighet uppställer för inlämnande av anbud inte har någon verkan, eftersom ett åtagande kan tillföras anbudet långt efter att anbudstiden gått ut. Enligt Myndigheternas mening följer det direkt av LOU att en leverantör ska visa att denne förfogar över extern kapacitet för det fall kapaciteten åberopas i syfte att uppfylla ställda kvalificeringskrav och detta senast vid tidpunkten för när anbudet ges in. Det kan inte vara tillräckligt med en hänvisning till ett annat företag, utan att anbudet omfattar någon form av åtagande från företaget och att ett åtagande endast ges in för det fall anbudet ifrågasätts under en överprövning.

En jämförelse kan även göras vad gäller vid vilken tidpunkt skallkrav ska vara uppfyllda. Av ett flertal mål, bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 5 april 2012 i mål nr 26-12 framgår att tidpunkten då skallkrav ska vara uppfyllda är som huvudregel vid tiden för anbudsingivandet, såvitt inget annat särskilt har angivits i förfrågningsunderlaget.

- Position 6

På position 6 efterfrågade Myndigheterna ett materialskåp med 45 cm djup där +/- 10 procent i måttavvikelse accepterades. Den sida i katalogen som Kinnarps hänvisat till i sitt anbudsformulär anger tydligt att det av bolaget offererade materialskåpet har ett djup om 400 millimeter, inte 407 millimeter som Kinnarps påstår. Bolaget har vidare i sitt anbudsprisformulär angivit de tre delar som offererats för att uppfylla Myndigheternas krav på aktuell position. Såväl själva förvaringsskåpet som lateralhyllan har ett djup på 400 millimeter. Måttavvikelsen är således 12,5 procent.

- Position 9
På position 9 efterfrågades ett materialskåp med ett fast hyllplan och fem flyttbara hyllor. Den sida i katalogen som Kinnarps hänvisat till i sitt anbudsformulär anger att det i det av bolaget offererade materialskåpet ingår fem flyttbara hyllplan, alltså inte ett fast hyllplan och fem flyttbara som bolaget gör gällande. Det som Kinnarps menar är "ett fast undre hyllplan" tillhör sockeln och ska således inte räknas som ett fast hyllplan. Ett fast hyllplan är dessutom oftast placerat i mitten av ett skåp då det är till för att ge skåpet stabilitet.
- Position 13
På position 13 efterfrågades en matvagn med 74 cm höjd där en måttavvikelse om +/- 10 procent accepterades. Den sida i katalogen som Kinnarps hänvisat till i sitt anbudsformulär anger tydligt att höjden är 830 millimeter på den matvagn som offererats av Kinnarps. Måttavvikelsen är således 11 procent. Att höjden på matvagnen inte skulle inkludera handtaget är inget som finns angivet i förfrågningsunderlaget, utan är endast Kinnarps egna felaktiga tolkning.
- Position 17
På position 17 efterfrågades ett bord med pelarstativ. Bolaget offererade dock ett bord med fyra ben.

Kinnarps har därmed varken haft ett giltigt anbud eller uppfyllt samtliga uppställda kvalificeringskrav och har således inte lidit eller kunnat lida skada i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 3 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges vilka uppgifter en ansökan till förvaltningsrätt ska innehålla. Det framgår av bestämmelsen att ansökan bl.a. ska innehålla uppgifter om enskild motpart, om det finns en sådan.

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 LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till Myndigheternas yrkande om att målet ska avvisas på grund av att fel part har angivits som upphandlande myndighet i ansökan. Det stämmer att Kinnarps i sin ansökan angivit Linköpings och Norrköpings kommun som upphandlande myndigheter trots att det i tilldelningsbeslutet anges att Upphandlingscenter är upphandlande myndighet för dessa kommuners räkning. Förvaltningsrätten finner emellertid att det inte följer av någon uttrycklig lagbestämmelse i förvaltningsprocesslagen eller LOU att det är ett krav att ange andra än enskilda motparter i sin ansökan. Vidare har de handlingar som bifogats ansökan,

såsom förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet, innehållit korrekta och relevanta uppgifter i denna del. Det har därmed inte förelegat någon oklarhet kring vilken upphandling och vilket beslut som Kinnarps ansökan gäller. Förvaltningsrätten finner således att det inte föreligger skäl för att avvisa Kinnarps ansökan på anförd grund.

Förvaltningsrätten tar därefter ställning till Kinnarps invändning om att någon förlängning av anbudens giltighet inte har skett.

Av förfrågningsunderlaget framgår i fråga om giltighetstiden för anbud att anbud ska vara giltigt till och med den 30 april 2014. Myndigheterna har inte invänt mot påståendet att förfrågan om förlängning av anbudens giltighetstid skickats ut till samtliga anbudsgivare först den 13 juni 2014. Eftersom någon förlängning inte kom till stånd inom anbudens giltighetstid fanns det då inte längre några giltiga anbud vars giltighetstid gick att förlänga. Förvaltningsrättens dom den 26 juni 2014 i mål 911-14 innebar att det inte längre blev möjligt att ingå ramavtal med stöd av tilldelningsbeslutet den 30 januari 2014. När det inte längre föreligger några giltiga anbud i upphandlingen får den inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt (jfr Kammarrättens i Stockholm beslut den 30 juni 2010 i mål 7788-09 samt den 30 november 2009 i mål 6097-09.)

De anbud som utvärderades inför tilldelningsbeslut den 28 augusti 2014 lämnades först efter den 13 juni 2014. De har således inte lämnats på grundval av det öppna upphandlingsförfarande som genomförts. Det har därför stått i strid med LOU att besluta om tilldelning på sätt som skett.

Om Myndigheterna hade förfarit korrekt hade Kinnarps kunnat få en ny möjlighet att lämna anbud och tilldelas kontrakt. Förvaltningsrätten finner det därmed visat att Kinnarps lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av Myndigheternas agerande.

Ansökan ska således bifallas med förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Kinnarps framställt i sin ansökan om överprövning.

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

Kristina André Lilja

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 kammarrätten 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 nå 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 kammarrätten.

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.

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.