



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-02-26
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 21166-10
 Enhet 13

KONKURRENSMÄTT	
2010-03-02	
Avd	
Dir	
Dopp	Antal

SÖKANDE

Willis AB, 556426-5295
 Box 7273
 103 89 Stockholm

MOTPART

Täby kommun
 183 80 Täby

SAKEN

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Rättens interimistiska beslut den 29 januari 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 730

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Täby kommun (kommunen) har inlett upphandling, i form av förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU, av konsulttjänster avseende försäkringsmäklare och riskhantering (Dnr KS 134/2009-05).

I tilldelningsbeslut avsänt den 21 januari 2010 beslutade kommunen att anta anbudet från Marsh AB.

Länsrätten (numera förvaltningsrätten) beslutade den 29 januari 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Willis AB (Willis) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas till och i andra hand att den ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Den 15 januari 2010, vilket var efter utgången av sista dag för inkomna anbud, begärde kommunen slutligt skiljebud i upphandlingen. Om kommunen hade utvärderat inkomna anbud, utan att ha begärt slutligt skiljebud, hade Willis antagits som leverantör. I bifogat tjänsteutlåtande anges att kommunen erbjöd de två anbudsgivare som kvalificerat sig för utvärdering att justera sina priser eftersom de lämnat likvärdiga priser samt att prisnivåer bedömdes ligga något högt. Inga förhållanden har ändrats som skulle motivera en prisförhandling efter anbudstidens utgång. Vid förenklat förfarande ska en upphandlande myndighet anta det anbud som bäst uppfyllt kriterierna enligt anbudsförfrågan, i detta fall enligt principen ”lägsta pris”. Förhandling med anbudsgivarna, efter inlämnade anbud, får vid denna princip ske enbart i syfte att rätta fel, förtydliga eller komplettera ett anbud. Förhandling får inte ske i syfte att justera pris, som kommunen gjort.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Den aktuella upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling då värdet av de upphandlade tjänsterna inte bedömdes överstiga tröskelvärdena för s.k. EU-upphandling. Enligt LOU 2 kap. 24 § avses med förenklat förfarande "ett förfarande där alla leverantörer har rätt att få delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare". Det kan således inte råda något som helst tvivel om att kommunen haft lagligt stöd för att förhandla. Enligt praxis får man, i de fall förhandling är tillåten, förhandla om allt, dock utan att väsentligen förändra förutsättningarna. Flera rättsfall genom åren har visat att även ren prisprutning är tillåten. Kommunen har i det aktuella fallet skickat ut identiska uppmaningar om att inkomma med nya priser, genom begäran om skiljebud. I begäran angavs tydligt att det var oerhört jämnt mellan anbudsgivarna, att det var en möjlighet, men ingen skyldighet, att justera priserna, att flera gavs denna möjlighet samt att det inte skulle komma fler "budrundor". Förfarandet under upphandlingen har således varit fullt transparent. Eftersom båda kvarvarande anbudsgivare getts samma möjlighet att justera sitt pris har de behandlats lika.

Willis tillägger bl.a. följande. Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som lämnats, för att anpassa dessa till de krav som myndigheten har angett i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU. Av 4 kap. 4 § LOU framgår att

Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §.

Ren prisprutning, som kommunen helt utan angivande av stöd i lag eller praxis anger vara tillåtet är diskriminerande och strider mot principerna om

likabehandling och transparens. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har behandlat ett liknande fall i ärende 227/97-26 som ger stöd för Willis uppfattning. I referatet av ärendet framhölls följande:

NOU ansåg att det med hänsyn till ovannämnda principer om lika och rättvis behandling normalt är oacceptabelt att en anbudsgivare, som före den slutliga korrigeringen inte ens haft det lägsta priset, uppmanas att ytterligare en gång se över prisbilden samtidigt som övriga anbudsgivare inte ges motsvarande tillfälle att justera sina priser eller villkor i anbudet. Ett sådant handlande skulle dock vara tillåtet under förutsättning att anbudsgivaren redan vid denna tidpunkt till följd av andra bedömningskriterier, dvs. oavsett ytterligare prisnedsättning, framstod som den bästa eller enda tänkbara leverantören. Denna förutsättning förefaller inte ha förelegat i förevarande fall.

Enligt nuvarande lagtext finns det ingen möjlighet att använda förhandlad upphandling på det sätt som skett i upphandlingen. Reglerna i 4 kap. LOU är enligt 15 kap. 2 § LOU inte tillämpliga på upphandling under tröskelvärdena. Även om så skulle vara fallet ger reglerna i 4 kap. LOU inget stöd för att förhandla om enbart priset. Således ska det ekonomiskt mest fördelaktiga eller anbud med lägsta pris antas och förhandling får endast ske för att anpassa anbudet till kravet i förfrågningsunderlaget, vilket NOU konstaterat var fallet även enligt reglerna i gamla upphandlingslagen. Regeln i 15 kap. 5 § LOU visar principer för när man kan ta upp förhandling med *en* leverantör. Ingen av dessa förutsättningar föreligger i den aktuella upphandlingen.

Kommunen anför bl.a. följande. Willis sammanblandar de olika upphandlingsformerna. Förenklad upphandling medger förhandling med en eller flera anbudsgivare. Willis olika åsikter om förhandlad upphandling saknar relevans för målet. Det kan således inte råda något tvivel om att kommunen fick förhandla. Willis har missuppfattat kärnan i NOU:s uttalande, nämligen att det vore orättvist om en anbudsgivare *ensam* ges chansen att justera sitt pris. Kommunen instämmer till fullo i NOU:s påpekande att

likabehandlingsprincipen kräver att samtliga kvarvarande anbudsgivare behandlas lika. Flera rättsfall har genom åren visat att ren prisprutning är tillåten, se bl.a. Kammarrättens i Stockholm mål nr 6417-2004 och Kammarrättens i Göteborg mål nr 926-09.

Willis anför slutligen bl.a. följande. De rättsfall kommunen hänvisar till har inte någon relevans i detta ärende. Rättsfallen handlar inte om prutning utan om huruvida parterna haft rätt att förhandla överhuvudtaget. I de angivna fallen har domstolarna kommit fram till att de fick förhandla. Förändringarna gällde dock inte prutning utan andra ändringar i anbudet, vilket inte är samma frågor som i detta fall. Kärnfrågan, som kommunen inte har besvarat, är varför prutning som enda åtgärd i en upphandling skulle kunna vara att likställa med en förhandling. I en förhandling får bägge parter vidta åtgärder med anledning av motpartens önskemål. Med hänvisning till tidigare angivna ärende vid NOU kan det inte anses vara ett transparent förfarande att låta anbudsgivarna lämna ett pris på givna förutsättningar, utan möjlighet att ändra dem, och sedan när priserna är tydliga för köparen, låta leverantörerna sänka priserna igen efter att övriga utvärderingar är gjorda.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 3 § LOU anges att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

I 2 kap. 24 § LOU anges att med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

I 16 kap. 2 § LOU anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I NOU info sept -93 – dec -95 anges (s. 55 f.) att vid förenklat förfarande kan den upphandlande myndigheten förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Det är dock viktigt att myndigheten genom förhandlingarna inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för upphandlingen. Det ska således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen.


I förfrågningsunderlaget anges att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling, varför anbudsgivare redan vid inlämnande av anbud uppmanas att lämna sitt bästa erbjudande. Förvaltningsrätten konstaterar att utformandet av underlaget i denna del inte utgör hinder för att under anbudsutvärderingen förhandla om priset med kvarvarande anbudsgivare, så länge som förhandlingarna sker med beaktande av de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU.

I begäran om slutligt skiljebud, daterad den 15 januari 2010, har kommunen angett att den kommer att tillämpa en skiljebudsprocedur där anbudsgivarna ges möjlighet att justera sina priser. Det betonas härvid att det är fråga om ett slutligt skiljebuds förfarande och att ytterligare förhandling om

priset inte kommer att ske. Det anbud som efter skiljebudet ligger lägst kommer att antas som leverantör.

Förvaltningsrätten finner det inte visat att kommunen genom att begära slutligt skiljebud, och därefter anta Marsh AB som leverantör, har brutit mot LOU. Ansökan om ingripanden enligt LOU ska därför avslås.

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



Christian Finnerman
Fiskal

Föredragande har varit Charlotta Aggevall.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vartill 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 nå 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.