


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

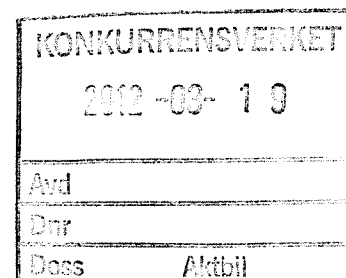
Föredraganden G Lavås

DOM
2012-03-15
Meddelad i
Härnösand
Mål nr
3187-11 E**SÖKANDE**
 Sundsvalls Värme & Sanitet Aktiebolag, 556196-4312
 Box 777
 851 22 Sundsvall

 Ombud: advokaten Erik von Ahn
 Advokaterna von Ahn AB
 Östra Norrlandsgatan 51
 903 31 Umeå
MOTPART
 Sundsvalls kommun
 851 85 Sundsvall

 Ombud: kommunjuristen Arne Mattisson
 Sundsvalls kommun
 851 85 Sundsvall
SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 32486

Postadress
 Box 314
 871 27 Härnösand

Besöksadress
 Backgränd 9

Telefon
 0611 - 34 98 00

E-post:
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
 0611 - 34 98 10

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-15:00

BAKGRUND

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför upphandling av Ramavtal för VS-arbeten i Sundsvalls kommun, (dnr UH-2010-32), och har i tilldelningsbeslut den 28 september 2011 beslutat att som leverantör anta Sundsvalls Värme & Sanitet AB och Fuhab Fastighetsunderhåll AB (Fuhab) m.fl. Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. att avtal tecknas i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget med åtta rangordnade leverantörer. Av utvärderingsprotokollet framgår att Sundsvalls Värme & Sanitet AB rangordnats på plats 1 och Fuhab på plats 4.

I nytt tilldelningsbeslut den 4 oktober 2011 har kommunen beslutat att som leverantör anta Sundsvalls Värme & Sanitet AB och Fuhab m.fl., men att rangordningen ändrats på så sätt att Fuhab rangordnats på plats 1 och Sundsvalls Värme & Sanitet AB på plats 2.

YRKANDEN M.M.

Sundsvalls Värme & Sanitet AB (bolaget) begär överprövning, yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att den ändrade prisuppgift som Fuhab lämnat ska lämnas utan avseende och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Åtta leverantörer har deltagit med anbud. Efter upphandlingstiden har kommunen genomfört förhandling med leverantörerna. Vid ett första tilldelningsbeslut befanns bolaget ha lämnat det lägsta anbudet. Härefter har Fuhab med hänvisning till en ändring som getts in efter anbudstidens utgång gjort gällande att tilldelningsprövningen ska göras om. Kommunen har vid ny tilldelningsprövning den 4 oktober 2011 beaktat Fuhabs nya pris, varvid rangordningen mellan anbuden har ändrats. När kommunen beaktat nytt pris från Fuhab som getts in efter anbudstidens utgång har man åsidosatt principen om likabehandling och det finns risk att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Vidare har kommunen genomfört upphandlingen enligt reglerna för förenklat förfä-

rande. Upphandlingen borde emellertid rätteligen ha genomförts enligt reglerna om öppet och selektivt förfarande i enlighet med 1 kap. 2 § första stycket LOU, då upphandling avser en tjänst och inte kan anses vara en byggentreprenad. Den angivna omfattningen av ramavtalet baseras enligt upphandlingsförutsättningarna på föregående års statistik och kan såväl över- som underskridas. Någon volymgaranti utlovas inte. Anbudsfristen - 18 dagar - understiger den kortast angivna anbudsfristen enligt 8 kap. LOU, och förhandling vid öppet eller selektivt förfarande är endast undantagsvis tillåtet. Denna brist är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför den inte kan rättas inom den nu pågående upphandlingen, och bolaget yrkar därför i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare har Fuhab inte efter förhandlingen lämnat anbud i den utsända prisbilagan MABA bil VS, utan i stället ingett en bilaga benämnd UH-2010-32, vilken efterfrågar pris per styckeenheter på samtliga positioner och inte pris per meter på vissa positioner. Anbudet avser således andra mängder än vad som efterfrågats. Genom att ändå anta Fuhabs anbud har kommunen åsidosatt kravet på likabehandling. I och med att Fuhab lämnade nytt anbud efter förhandling ska vidare det tidigare anbudet anses återkallat och inte längre giltigt. För det fall att det nya anbudet från Fuhab ändå ska beaktas ska det beaktas i det skick det lämnades, d.v.s. med de däri redovisade materialpriserna. Kommunen har åsidosatt principen om likabehandling genom att ge Fuhab möjlighet att omdefiniera sitt anbud, och har förhandlat med Fuhab under vissa förutsättningar som inte gällt vid förhandling med i vart fall bolaget. Fuhabs anbud är inte heller undertecknat av behörig företrädare. Av upphandlingsförutsättningarna, p. 2.4 st 3, framgår att anbud ska lämnas enligt bifogade formulär, innefattande anbudsformulär, anbudsbilaga och miljöbilaga. För det fall Fuhab har utelämnat uppgifter i anbudsbilagan är anbudet inte giltigt och ska förkastas.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Då upphandling genomförs genom förenklat förfarande är det tillåtet med för-

handling med en eller flera anbudsgivare. Kommunen fann det nödvändigt att påbörja förhandling med leverantörerna för att genomföra upphandlingen på ett konstruktivt sätt. Leverantörerna erbjöds därför att justera sina anbud genom att ge in en ny anbudsbilaga senast den 21 september 2011. Vid den komplettering som därför lämnades av Fuhab angavs bara nya materialpriser då Fuhab avsåg att stå fast vid de ursprungligen lämnade arbetspriserna. Då kommunen uppmärksammade att Fuhab inte kommit in med nya arbetspriser begärde kommunen ett förtydligande från Fuhab. Detta var egentligen felaktigt eftersom de begärda uppgifterna redan lämnats. Den ”omsändning” som sedan skedde kom in den 22 september 2011. Denna innehöll samma prisuppgifter som lämnats i det ursprungliga anbudet och innebar endast ett förtydligande om att de arbetspriser som ursprungligen lämnats fortfarande gällde. Det var således inte ett nytt anbud. Detta dokument innehöll dock även ursprungliga materialpriser och kommunen använde felaktigt dessa materialpriser vid den första utvärderingen och tilldelningen. Efter att Fuhab uppmärksammat kommunen på detta vidtogs rättelse innebärande en ny utvärdering med de av Fuhab lämnade slutliga priserna, det vill säga de nya materialpriser som lämnades vid förhandlingen. Dessa uppgifter lämnades således inom föreskriven tid. Att kommunen skulle ha beaktat en prissänkning inkommen efter anbudstidens utgång är alltså fel. Leverantörerna gavs möjlighet att justera sina anbud, någon skyldighet att göra det förelåg således inte och leverantörerna kunde välja att stå fast vid sina tidigare anbud. Så som framgår av e-postmeddelande fogades det justerade anbudet från Fuhab den 20 september 2011 till en fil med beteckningen MABA bil VS. Angående val av upphandlingsform anser kommunen att upphandlingen avser entreprenadkontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges. Syftet med entreprenaden – vilket beskrivits i förfrågningsunderlaget – är att bistå köparen med i huvudsak planerat underhåll, akuta underhållsåtgärder, mindre ny-, om- och tillbyggnader samt övrigt felavhjälpande underhåll. Detta innebär att upphandlingen består av ett antal mindre ospecificerade entreprenader,

men det är ändå frågan om byggentreprenader. I förfrågningsunderlaget hänvisas också till allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 04 och ABT 06. Dessa bestämmelser gäller endast för entreprenader, varför det inte kan råda någon tvekan om vad upphandlingen avser. Nu aktuella entreprenader inryms i bilaga 1 till LOU. De kan inte anses inrymmas i något av de tjänstekontrakt som utgör A- eller B-tjänster enligt bilaga 2 och 3 till LOU. Det uppskattade kontraktsvärdet om 40 000 000 kr understiger tröskelvärdet för byggentreprenader, varför förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU ska tillämpas. Kommunen har således inte brutit mot de i LOU uppställda förfaranderegler. Den som undertecknat Fuhabs anbud har fullmakt från firmatecknare att företräda Fuhab i den nu aktuella upphandlingen. Att inleda förhandling medför inte att nytt upphandlingsförfarande inleds. Varken Fuhab eller någon annan leverantör i den aktuella upphandlingen har lämnat mer än ett anbud. Precis som de andra leverantörernas anbud består Fuhabs anbud dels av arbetspriser, dels av materialpriser. Kommunen har inte brutit mot likabehandlingsprincipen vid förhandlingen. Tvärt om så har samma förfaringsätt tillämpats mot samtliga leverantörer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010, varför LOU ska tillämpas i dess lydelse som trädde i kraft då. Detta innebär bland annat att förlängd avtalsspärr gäller enligt 16 kap. 9 § LOU, innebärande att när ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten.

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 (1 kap. 9 § LOU).

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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 5 § första stycket LOU).

Ett byggentreprenadkontrakt definieras i 2 kap. 3 § LOU som ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Av 1 kap. 2 § andra stycket LOU följer att endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser byggentreprenadkontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Av tillkännagivande av tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår att tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt vid tidpunkten för upphandlingens inledande för byggentreprenader var 48 193 215 kr.

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

Utredningen i målet

Upphandlingen avser ett ramavtal för VS-arbeten, och avser i huvudsak planerat underhåll, akuta underhållsåtgärder, mindre ny-, till- och ombyggnationer samt övrigt felavhjälpande underhåll. Avtalstiden är två år med möjlighet till förlängning i totalt två år. Det beräknade kontraktsvärdet för fyra år är enligt utvärderingsprotokollet cirka 40 000 000 kr.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbud vara den upphandlande myndigheten tillhanda senast den 22 augusti 2011. Anbudslämnaren ska vara bunden av lämnat anbud till och med avtalsstart. Anbud lämnas på bifogade formulär anbudsformulär, anbudsbilaga och miljöbilaga, där anbudspris ska lämnas på anbudsformulär (förfrågningsunderlaget 2.2-2.5).

Kommunen har den 7 september 2011 skickat ut e-post till anbudslämnarna med bl.a. följande innehåll:

”Vi avbryter EJ upphandlingen, utan upptar förhandling med Er då upphandlingsformen förenklad upphandling tillåter detta. Vi bifogar ny ANBUDSBILAGA med beteckning MABA bil VS med förändrade mängder och ger er möjlighet att justera Ert anbud. Vi ber Er snarast, och allra senast **2011-09-21** returnera anbudsbilaga MABA bil VS i ifyllt skick med märkning **UH-2010-32 VS-ARBETEN ---** .”

Vidare framgår av handlingarna att företrädare för Fuhab den 20 september 2011 skickat e-post till kommunen innehållande filen ”MABA bil VS.xls”.

I e-post till kommunen den 22 september 2011 har företrädare för Fuhab uppgett bl.a. följande:

”Hej Martin hoppas att det här blir bra men gamla materialprislistan medföljer och jag hoppas att det inte blir någon problem---.”

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte föreligger något formellt hinder för den upphandlande myndigheten att ompröva sitt tilldel-

ningsbeslut så länge kontrakt inte slutits, vilket följer av praxis från kammarrätterna (jfr. Kammarrättens i Sundsvall dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 och Kammarrättens i Stockholm beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10).

Bolaget har gjort gällande bl.a. att kommunen brutit mot reglerna i LOU genom att beakta en för sent inkommen prisuppgift från Fuhab, samt i andra hand att kommunen tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande då upphandlingen ska anses avse ett tjänstekontrakt och inte ett entreprenadkontrakt, varvid tröskelvärdena överskrids.

Angående frågan om kommunen beaktat en otillåten komplettering av pris efter anbudstidens utgång gör förvaltningsrätten följande bedömning. Det är ostridigt i målet att Fuhabs ursprungliga anbud kommit in före anbudstidens utgång. Därefter har kommunen per e-post meddelat anbudslämnarna att man avsåg inleda förhandlingar med dessa och att de hade möjlighet att justera sina anbud på för ändamålet särskilt utsänd ny anbudsbilaga, MABA bil VS. Ny tid för lämnande av anbud sattes till den 21 september 2011. Den 20 september inkom anbudsbilagan MABA bil VS till kommunen via e-post från Fuhab. Kommunen begärde därefter ett förtydligande från Fuhab då kommunen uppmärksammade att Fuhab inte kommit in med nya arbetspriser. Besked inkom till kommunen den 22 september 2011 att de arbetspriser som ursprungligen lämnats fortfarande gällde. – Den upphandlande myndigheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det svar Fuhab lämnat efter anbudstidens utgång endast innebär att tidigare lämnade uppgifter konkretiserats och att några nya uppgifter således inte tillförts. Någon otillåten

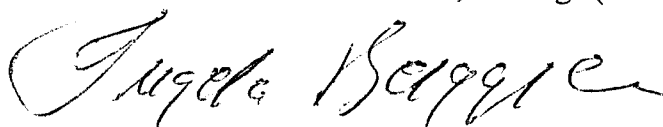
komplettering kan därmed inte anses ha skett. Skäl att besluta om rättelse av upphandlingen på denna grund föreligger därför inte.

Angående bolagets invändning mot kommunens val av upphandlingsförfarande finner förvaltningsrätten att upphandlingen inte kan anses avse någon så kallad A- eller B-tjänst. Förvaltningsrätten gör istället bedömningen att föremålet för upphandlingen omfattas av sådan byggverksamhet som anges i Bilaga 1 till LOU (Förteckning över byggtreprenadkontrakt), då den omfattar nybyggnad, reovering och normal reparation. Upphandlingen avser därmed ett byggtreprenadkontrakt. Värdet av kontraktet inklusive den möjliga förlängningen beräknas av kommunen uppgå till cirka 40 000 000 kr. Tröskelvärdet vid upphandling av byggtreprenadkontrakt var vid tidpunkten för upphandlingens inledande för byggtreprenader 48 193 215 kr. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3a § LOU uppskattas till det totala belopp som kan komma att betalas enligt kontraktet varvid exempelvis options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats. Detta innebär att beräkningen i praktiken utgår från den upphandlande myndighetens uppskattning. Beräkningen ska dock ske på objektiva grunder. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande och det ankommer därmed i ett fall som det förevarande på denna att visa att förutsättningar föreligger som medger förenklat förfarande (jfr. prop. 2001/02:142 s. 99, samt Kammarrättens i Stockholm dom den 22 juli 2011, mål nr 3103-11). I förevarande fall har kommunen baserat sin uppskattning av det totala kontraktsvärdet på tillgängliga uppgifter om kommunens kostnader under föregående år. Bolaget har inte anfört något som medför att förvaltningsrätten finner anledning att göra annan bedömning av kontraktets värde än den som den upphandlande myndigheten har gjort. Kommunen har således haft rätt att välja att genomföra upphandlingen genom förenklat förfarande och 15 kap. LOU är tillämpligt på upphandlingen.

Vad gäller bolagets övriga invändningar mot upphandlingens genomförande konstaterar förvaltningsrätten att det ankommer på sökanden att visa att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna vid offentlig upphandling. Vad bolaget anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att kommunen genom sitt förfarande brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för förvaltningsrätten att besluta om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Ansökan ska således avslås i sin helhet.

Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 10 § första stycket LOU.

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



Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nås 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.