



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

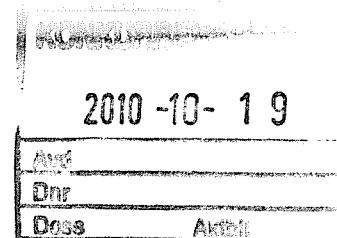
DOM
2010-10-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6276-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Ahlsell AB, 556012-9206

Ombud: Uno Johansson och Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping



MOTPARTER

1. Upplands Väsby kommun
194 80 Upplands Väsby

2. Sigtuna Kommun
195 85 Märsta

ÖVERPRÖVAT BESLUT

Upplands Väsby kommuns och Sigtuna Kommuns beslut den 30 augusti 2010 att avbryta upphandling avseende VA-material
Dnr UVA10-025 och UPPH10006

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar Ahlsell AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska ålägga Upplands Väsby kommun och Sigtuna Kommun att genomföra upphandlingen på så sätt att inkomna anbud tas till kvalificering, utvärdering och beslut om tilldelning.

Förvaltningsrätten bifaller Ahlsell AB:s ansökan om överprövning och upphäver Upplands Väsby kommuns och Sigtuna Kommuns beslut den 30 augusti 2010 att avbryta upphandlingen avseende VA-material, dnr UVA10-025 och UPPH10006.

BAKGRUND

Upplands Väsby kommun och Sigtuna kommun (kommunerna) har genomfört en upphandling avseende VA-material. Kommunerna beslutade den 30 augusti 2010 att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN

Ahlsell AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ålägger kommunerna att ta tillbaka beslutet om avbrytande samt att genomföra upphandlingen på så sätt att inkomna anbud tas till kvalificering, utvärdering och beslut om tilldelning.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunerna anför två skäl för avbrytande av upphandlingen, att nollställning av sortimentsbilaga inte kan göras och att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt vad gäller hur kommunerna skulle utvärdera bilagan sortimentslista.

Kommunerna har i komplettering till förfrågningsunderlaget, frågor och svar den 29 juni 2010, redogjort för inkommen fråga med påföljande svar. ”Fråga 3: Anbudsgivaren ska lämna pris på minst 100 procent av sortimentet. Vad händer om kommunen anser att en enda artikel inte är likvärdig, används en nollställningsmetod eller anses skall-kravet inte uppfyllt? Svar: De upphandlande enheterna har i sin produktbilaga plockat ut de produkter som under tidigare verksamhetsår stått för de frekventa uttagen. Vilket medför att som svar på frågan är att 100 procent av produktbilagans produkter ska prissättas annars anses det som att skall-kravet ej uppfyllts”.

Kommunernas svar innebär alltså att det är ett skall-krav att 100 procent, dvs. samtliga artiklar i sortimentsbilagan, ska prissättas. Svaret innebär och

måste tolkas som att nollställning inte ska ske då den anbudsgivare vars anbud innehåller prisbilaga där samtliga artiklar inte prissatts ska diskvalificeras. Kravet att samtliga artiklar ska prissättas innebär per automatik att det inte finns något behov av någon nollställning. Bolaget har till sitt anbud bifogat sortimentslista där samtliga artiklar prissatts. Bolagets anbud ska därför vara kvalificerat för utvärdering.

Beträffande otydlighet i förfrågningsunderlaget avseende hur sortimentsbilagan ska utvärderas så anges i förfrågningsunderlagets punkt 2.7 att: ”Vid prövning av anbuden, kommer det anbud, att antas, som har det lägsta totalpriset på samtliga produkter i varukorgen enligt bilaga 2. Anbudspris kommer att utvärderas genom att de i bilagan angivna kvantiteterna multipliceras med offererat nettopris och en totalsumma/år räknas fram.” Den varukorg enligt bilaga 2 som skrivningen ovan hänvisar till är förfrågningsunderlagets bilaga Anbudsprislista. Detta är samma dokument till vilken kommunerna samt i övrigt ovan hänvisas till som Sortimentsbilaga. Kommunerna redogör alltså i förfrågningsunderlaget för hur utvärderingen av anbudspris kommer att göras och beräknas. ”Anbudspris kommer att utvärderas genom att de i bilagan angivna kvantiteterna multipliceras med offererat nettopris och en totalsumma/år räknas fram.” Bolaget kan inte se att det skulle föreligga någon otydlighet i denna skrivning. Bolaget uppfattar skrivningen som ytterligt klar och koncis och att den inte kan missförstås.

Regeringsrätten har i RÅ 2009 ref. 45 prövat frågan om upphandlande enhets rätt att avbryta pågående upphandling. Regeringsrätten har i målet bl.a. uttalat att möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad. Av praxis framgår att beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste följa LOU:s grundläggande principer. Med hänvisning till ovan lämnade redogörelser menar bolaget att kommunernas beslut om avbrytande av upphandling inte skett med sakligt godtagbara skäl som grund. Kommunen har klart och tydligt

lämnat besked om att den anbudsgivare som inte prissätter samtliga artiklar i sortimentsbilagan ska diskvalificeras. Nollställning är därför inte aktuellt. Svårigheter att göra en korrekt nollställning kan därför inte anföras som sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Kommunerna har klart och tydligt i förfrågningsunderlaget angivit hur utvärdering och beräkning av anbudspris ska göras. Detta förfarande är dessutom helt enligt praxis och tillämpas i de flesta upphandlingar. Bolaget anser att det inte går att misstolka. Bolagets mening är således att inte heller detta är ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen.

Genom kommunernas åsidosättande av LOU har bolaget lidit skada då bolagets korrekta anbud inte tagits till kvalificering och utvärdering. Det innebär att av bolaget nedlagda kostnader för anbudsskrivningen varit i onödan. Om kommunerna hade följt LOU hade bolaget åtminstone haft möjlighet att tilldelas kontraktet. Kommunernas beslut att avbryta upphandlingen på till synes godtyckliga grunder och utan sakligt godtagbara skäl har orsakat onödiga kostnader för bolaget.

Kommunerna anför bl.a. följande. Enligt principerna i 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande enhet 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. Affärsmässighet, förutsebarhet och likabehandling ska således alltid gälla. Kommunernas upphandling av VA-material var en upphandling som skedde med ett öppet förfarande enligt LOU. Annonsering av upphandlingen skedde elektroniskt via i Sverige den allmänt tillgängliga databasen Opic samt i TED Official Journal i Luxemburg. Genom den elektroniska annonseringen hade potentiella anbudsgivare möjlighet att rekvirera förfrågningsunderlaget elektroniskt vilket medförde att den upphandlande enheten inte kände till vilka som rekvirerat förfrågningsunderlaget.

Erfarenheten vad gäller upphandling av VA-material har visat att en mängd nya produkter har tillkommit i grossisternas utbud under avtalstiden. Med det sätt på vilket anbudsunderlaget utformats och avtal slutits har det inte varit möjligt att under avtalstiden få del av dessa produkter eftersom de inte omfattats av upphandlingen. Ambitionen var därför denna gång att leverantörens hela utbud skulle omfattas. Man valde en varukorg som skulle ligga till grund för utvärderingen lägsta pris. Varukorgens sortiment skulle multipliceras med angivna kvantiteter för att få fram en totalsumma. Varukorgens varugrupper skulle i sin tur finnas i anbudsgivarnas katalog för hela deras sortiment och närliggande produkter skulle omfattas av samma rabattsats. Tanken var således att man av anbudet skulle kunna få del av priserna och rabattsatserna på grossistens samtliga varor. Vid öppnandet av anbuderna fann kommunerna att anbuderna inte kunde jämföras. Anbudsgivarna hade tolkat prissättning av varukorgen och övrigt sortiment helt olika. Den upphandlande enheten bedömde därför att de grundläggande reglerna om transparens, likabehandling och affärsmässighet därmed inte var uppfyllda.

Frågan om avbrytande av upphandling har prövats i ett antal rättsfall. Ett grundläggande krav är att sakliga skäl för beslutet måste föreligga. Ett sakligt skäl kan t.ex. vara att det inträffat en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat råda över. I det här fallet handlar det om en otydlighet i förfrågningsunderlaget som medfört att anbuderna tolkats på helt olika sätt av anbudsgivarna. Denna fråga har prövats i EG-domstolens mål C-244/02, Kauppatalo Hansel REG 2003 s. 1-12139. Här hade pga. fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning och brister i innehållet i anbudsinfordran inte haft möjlighet att välja det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Rätt att avbryta upphandlingen förelåg. Med hänsyn till vad som ovan sagts och den omständigheten att inkomna anbud grundat sig på helt olika förutsättningar och tolkningar av anbudshandlingarna anser kommunerna att sakliga skäl att avbryta upphandlingen har funnits.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Kommunerna har inte på något sätt visat för bolaget eller förvaltningsrätten på vilket sätt kommunerna anser att anbuden inte är jämförbara. Bolaget kan inte se hur anbudsgivarna, med tanke på det tydliga förfrågningsunderlaget, kan ha tolkat prissättningen så olika att den enkla utvärderingsmodellen inte kunnat följas. I förfrågningsunderlaget och i komplettering till förfrågningsunderlaget angavs att tydligt det var ett skall-krav att 100 procent av artiklarna i varukorgen skulle prissättas, därmed borde samtliga anbud som uppfyller detta skall-krav kunna utvärderas. Anbud som inte uppfyller detta skall-krav ska förkastas. Bolaget kan endast anta att vissa anbudsgivare har missat det tydligt angivna kravet att 100 procent av artiklarna i varukorgen ska prissättas, Detta kan dock inte anses vara en missuppfattning hos vissa anbudsgivare som beror på någon slags otydlighet i förfrågningsunderlaget.

Affärsmässighetsbegreppet har utmönstrats ur lagen i och med den nya lagstiftningen från år 2008. Vad gäller transparens och likabehandling kan endast konstateras att förfrågningsunderlaget har varit mycket tydligt och förutsebart både angående skall-krav som skulle uppfyllas för kvalificering och angående vilken utvärderingsmodell som skulle användas. Det är värt att notera att den utvärderingsmodell som kommunen valt, utvärdering av en varukorg med krav på att 100 procent av artiklarna skulle prissättas, innebär att ingen nollställning måste göras. Denna modell är den absolut vanligaste modellen för utvärdering i upphandlingar av liknande material, varför det inte är troligt att anbudsgivare kan ha missuppfattat modellen. Modellen som inte är beroende av nollställning av anbuden är enkel och tydlig och samtliga presumtiva anbudsgivare har haft tillgång till samma information om hur anbuden skulle komma att bedömas. Bolaget anser därmed inte att kommunerna har visat att upphandlingens förfrågningsunderlag skulle strida mot principerna om förutsebarhet eller likabehandling. Kommunernas beslut att avbryta upphandlingen är däremot icke-transparent, då kommunerna inte har kunnat presentera saklig grund för avbrytandet. Vidare är det

icke likabehandlande av de anbudsgivare som uppfyller samtliga krav att avbryta upphandlingen för att några anbudsgivares anbud har brister i tydligt angivna skall-krav.

EG-domstolen har i ett flertal rättsfall slagit fast att den upphandlande myndigheten är skyldig att följa de grundläggande reglerna i EG-fördraget när den fattar beslut om att avbryta en upphandling, se t.ex. målen C-92/00, HI och C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki, REG 2003 s. 1-12139. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter vid upphandling beakta de grundläggande EG-rättsliga principerna, dvs. att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det strider mot likabehandlingsprincipen att välja att avbryta en upphandling pga. att vissa anbudsgivare inte uppfyller skall-krav, då det finns anbudsgivare som uppfyller skall-kraven. Kommunerna hänvisar i sitt yttrande till ovan angivna mål Kauppatalo Hansel och anser att omständigheterna inför kommunernas avbrytande skulle vara desamma som i målet från EG-domstolen. I Hanselmålet fastslog EG-domstolen att en upphandlande enhet får avbryta en upphandling i vilket anbud med lägst anbudspris skulle antas när det, vid en genomgång av anbuden, står klart att andra kostnader än priset skulle komma att få betydelse varför det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet istället borde ha angetts som tilldelningsgrund men då den upphandlande enheten inte uppmärksammat detta vid processens inledande. Kommunerna har inte visat att något av de ingivna anbuden skulle innebära att andra kostnader än angivna priser i varukorgen skulle komma att få betydelse och att andra faktorer än priset därmed borde ha inräknats i den aktuella utvärderingsmodellen. Kommunerna har inte heller visat på någon annan felaktig förhandsbedömning som kommunerna skulle ha gjort som har lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte har kunnat utses. Som tidigare nämnts är det inte ovanligt att upphandlingar av VA-material görs med en varukorg och ett krav om 100 procent prissättning. Bolaget kan inte se vilken del av för-

handsbedömningen som skulle kunna påverka möjligheten att med vald modell utse det anbud som har lägst pris.

I varuupphandlingar som den aktuella är den enda kostnaden för kommunerna kostnaden för produkterna, andra tjänster som tillhandahålls kommunerna ingår i priset för varorna. Om någon anbudsgivare i sitt anbud angett tillkommande kostnader som är så pass höga att de omkastar anbudens rangordning i relation till varukorgen, är det mer troligt att detta anbud inte ska anses kvalificerat för utvärdering. Varukorgen omfattar ca. 170 varor vilket inte är att anse som en begränsande eller diskriminerande kravställning när det gäller ett VA-sortiment som hos de flesta presumtiva anbudsgivare i Sverige omfattar minst 5 000 artiklar. Samtliga anbudsgivare inom VA-branschen känner även till möjligheten att ställa fråga till upphandlande myndighet under anbudstiden om det skulle vara så att upphandlande myndighet valt att inkludera en produkt i varukorgen som har utgått.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket 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.

Handlingarna i målet

I Upplands Väsby kommuns och Sigtuna kommuns beslut om avbrytande av upphandling avseende VA-material daterat den 30 augusti 2010 anges bl.a. följande. Anledningen till detta beslut är att vid utvärderingen av anbudsgivarnas anbud avseende prissättning på medsänd sortimentsbilaga har olika anbudssvar inkommit vilket gör att en objektiv och korrekt nollställning ej kan göras. Orsaken till att olika anbudssvar inkommit ligger i otydlighet i vår beskrivning av hur vi ansåg att utvärdering av bilaga sortimentslista ska gå till.

I anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

- 2.7. Fas 2: Utvärderingsfasen: Vid prövning av anbuden, kommer det anbud, att antas, som har det lägsta totalpriset på samtliga produkter i varukorgen enligt bilaga 2. Anbudspris kommer att utvärderas genom att de i bilagan angivna kvantiteterna multipliceras med offererat nettopris och en totalsumma/år räknas fram.
- 3.8. Kvalitetskrav. Anbudsgivaren ska lämna pris på minst 100 procent av sortimentet i varukorgens, bilaga.

I frågor och svar – VA-material 2010-06-29 anges bl.a. följande. Fråga 3. Anbudsgivaren ska lämna pris på minst 100 procent av sortimentet. Vad händer om kommunen anser att en enda artikel inte är likvärdig, används en nollställningsmetod eller anses skall-kravet inte uppfyllt? Svar. De upphandlande enheterna har i sin produktbilaga ”plockat” ut de produkter som under tidigare verksamhetsår stått för de frekventa uttagen. Vilket medför att som svar på frågan är att 100 procent av produktbilagans produkter ska prissättas annars anses det som att skall-kravet ej uppfyllts.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om kommunerna har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 30 augusti 2010 att avbryta den

aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en sådan talan som förevarande inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras. Det innebär att förvaltningsrätten inte kan ålägga kommunerna att genomföra upphandlingen på så sätt att inkomna anbud tas till kvalificering, utvärdering och beslut om tilldelning. Bolagets yrkande i denna del ska därför avvisas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det funnits giltiga skäl att avbryta upphandlingen, jfr exempelvis RÅ 2009 ref. 43.

Kommunerna har beslutat att avbryta sin upphandling avseende VA-material den 30 augusti 2010 med motiveringen att en korrekt nollställning av anbuderna inte kunnat göras samt att förfrågningsunderlaget varit otydligt. Kommunerna anför att anbudsgivarna tolkat prissättning av varukorgen och övrigt sortiment helt olika, varför anbuderna inte kunde jämföras.

Av handlingarna i målet framgår att kommunerna som utvärderingsgrund valt att använda lägsta pris. Detta fås fram genom att kvantiteterna i bilaga 2 multipliceras med offererat nettopris. Vidare anges som skall-krav att anbudsgivaren ska lämna pris på minst 100 procent av sortimentet i varukorgen. Om så inte sker har anbudsgivaren inte uppfyllt det aktuella skallkravet.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det vara ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling om förfrågningsunderlagets utformning är otydlig. Förvaltningsrätten anser emellertid att kravet på att ett lämnat anbud ska innehålla pris på minst 100 procent av sortimentet svårigen kan missförstås. Kravet har vidare förtydligats genom de frågor som anbudsgivarna fått ställa till kommunen. Om ett anbud inte uppfyllt kravet torde det rätteligen ha förkastats. Kommunen har heller inte uppgett hur många av de

inkomna anbuden som inte kunnat utvärderas eller hur de olika anbuden skulle skilja sig åt. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av detta samt av vad som övrigt framkommit i målet att kommunerna inte förmått visa att det förelegat giltiga skäl att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner således att bolagets ansökan om överprövning av kommunernas avbrytandebeslut den 30 augusti 2010 ska bifallas.

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



Linda Åslin
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Andreas Lund.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU