



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**  
Enhet 2

**DOM**  
2013-03-27  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
1451-13  
Domare 2:22

**SÖKANDE**

[Redacted]

Ombud: Advokat Christian Wahlström  
Advokatfirman Glimstedt i Östergötland KB  
Box 1234  
600 42 Norrköping

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	AK011

**MOTPART**

Motala kommun  
Inköpssamverkan  
591 86 Motala

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Motala kommun (kommunen) genomför en upphandling av anläggningsmaskintjänster, dnr UH-2012-114. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Anbud med lägsta pris per maskinklass kommer att antas efter rangordning.

Enligt tilldelningsbesked den 8 februari 2013 avsåg kommunen att teckna avtal med Fornåsa Mark & Anläggning (bolaget) avseende bandburna grävmaskiner i maskinklass 21.1325. Bolaget rangordnades som nr 1 i maskinklassen. Efter omprövning av beslutet meddelade kommunen ett nytt tilldelningsbeslut den 26 februari 2013 där det framgår att kommunen avser att teckna avtal med annan anbudsgivare än bolaget.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet den 26 februari 2013. I andra hand yrkas att tilldelningsbeslutet den 26 februari 2013 ska rättas på så sätt att bolagets anbud avseende bandburna grävmaskiner i maskinklass 21.1325 ska beaktas och antas som det anbud med lägst pris.

Kommunen yrkar att ansökan avslås.

## VAD PARTERNA ANFÖRT

### *Bolaget*

Upphandlingen avslutades den 19 februari 2013 genom att avtal ingicks med de anbudsgivare vars anbud kommunen hade beslutat att anta. Kommunen äger efter denna tidpunkt inte rätt att ändra sitt tidigare beslut genom att meddela ett nytt tilldelningsbeslut. Enligt 27 § förvaltningslagen får en myndighet ändra ett gynnande beslut endast under förutsättning att det inte är till nackdel för enskild part. Kommunens beslut att ändra sitt tidigare beslut är till uppenbar nackdel för bolaget. I vilket fall som helst

har kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att meddela ett nytt tilldelningsbeslut, trots att avtalsspärren löpt ut. Kommunen har i det nya tilldelningsbeslutet helt underlåtit att utvärdera bolagets offererade maskin i maskinklass 21.1325 för bandburna grävmaskiner. Förfarandet har inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Meddelande om tilldelningsbeslutet skickades ut elektroniskt den 8 februari 2013. Av meddelandet framgick att anbudet var antaget och att en avtalsspärr gällde fram till den 19 februari 2013. Enligt den avtalsmodell som gäller enligt avtalslagen uppstår ett civilrättsligt bindande avtal så fort det finns ett anbud och en accept som, i stort sett, överensstämmer med varandra. Genom kommunens beslut att anta bolagets anbud uppkom avtalsbundenhet. Något ytterligare rättsfaktum krävs inte för att kontrakt ska anses ingånget. En upphandling avslutas genom att kontrakt ingås med utvalda leverantörer. Av fastlagd praxis framgår att när ett kontrakt slutits kan en upphandlande myndighet inte ändra sitt ställningstagande genom att vidta rättelse. Tilldelningsbeslutet åtföljdes inte av något förbehåll om återkallelse som medgav rätt för kommunen att ändra sitt beslut. Beslutet innebar att bolaget tilldelades kontrakt med högsta rangordning avseende bandburna grävmaskiner. Den 27 februari 2013 skickades ett nytt tilldelningsbeslut ut. I sammanställning över anbud fanns bolagets anbud avseende bandburna grävmaskiner i klass 21.1325 överhuvudtaget inte med. I det nya tilldelningsbeslutet hade kommunen helt enkelt plockat bort denna maskin. Kommunen saknade rätt att till nackdel för bolaget ompröva sitt tidigare beslut. I vilket fall som helst bröt kommunen mot LOU genom att inte beakta bolagets anbud. För det fall bolagets anbud hade beaktats så hade det rangordnats som nummer ett i aktuell maskinklass. Därmed är det klart att överträdelsen inneburit eller riskerar att innebära skada för bolaget.

*Kommunen*

Enligt 2 kap. LOU är ett kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk

signatur. I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.4 anges att bindande avtal förutsätter att skriftligt upphandlingskontrakt tecknas. I tilldelningsbeskedet anges att bolagets anbud är antaget och avtal får ingås tidigast den 11 mars 2013 enligt 16 kap. 6 LOU (avtalsspärr). Detta förutsatt att överprövning inte sker enligt 16 kap. LOU, eller att upphandlingen av andra skäl inte kan avslutas. Med hänsyn till ovanstående är det tydligt att ett bindande upphandlingskontrakt ska vara skriftligt och undertecknat av parterna. Något sådant skriftligt kontrakt finns inte mellan bolaget och kommunen. I tilldelningsbeskedet finns ett förbehåll om att avtal får ingås under förutsättning att upphandlingen inte blir överprövad eller inte kan avslutas av andra skäl. Ett sådant skäl kan vara att kommunen tvingas ompröva sitt tilldelningsbeslut för att inte bryta mot likabehandlingsprincipen. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr. 3503-10 konstaterat att så länge något kontrakt inte slutits torde en upphandlande myndighet kunna ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär.

Den 8 februari 2013 skickade kommunen ut tilldelningsbesked i upphandlingen där resultatet av utvärderingen framgick. Bolaget rangordnades som nr 1 i maskinklass 21.1325. Under den pågående avtalsspärren uppmärksammades kommunen på att tre av anbuden, bl.a. bolagets, inte uppfyllde vissa av kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget uppfyllde inte kraven i maskinklass 21.1325, där maskinen viktmässigt måste ligga i spannet 21,1 – 24,0 ton. Kommunen hade i utvärderingen inte ifrågasatt något av anbuden i detta avseende. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 4904-09 fastslagit att det räcker för en kommun att jämföra uppgifterna i anbuden mot varandra och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget så länge det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. I enlighet med likabehandlingsprincipen får dock den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten ansåg att uppmärksammade felaktigheter ska beaktas även om de kommer fram i en överprövning. Då kommunen efter tilldelning uppmärksammades på att tre av anbuderna inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget fanns det anledning att ifrågasätta uppgifterna i dessa anbud. Kommunen valde att kontrollera dessa anbud ytterligare en gång för att undvika en överprövning av upphandlingen. Att helt bortse från att kontrollera sådana felaktigheter hade riskerat att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta anbud som inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Under tiden för denna ytterligare kontroll hann tiden för avtalsspärren att löpa ut. Ett av de företag som påtalat brister valde att inte överpröva upphandlingen då det försäkrades att kommunen skulle slutföra kontrollen trots att avtalsspärren löpte ut. Kontrollen bestod i att kommunen begärde intyg från anbudsgivarna för att styrka att offererade maskiner uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Då bolaget inte kunde få fram riktiga intyg för den offererade maskinen åkte två representanter från kommunen tillsammans med bolaget och kontrollerade tillverkarens uppgifter om maskinen. Kontrollen bekräftade att maskinens vikt var 25,7 ton och låg över den för maskinklassen tillåtna maxvikten.

I samband med kontrollen mottog kommunen ett brev från bolaget där de uppgav att de inte kände till att uppgifterna om maskinens vikt var felaktiga. Bolaget efterfrågade en rättelse av sitt anbud genom att byta ut den offererade maskinen mot en annan. En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § LOU tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får även begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunen har inte funnit att det i detta fall handlar om en uppenbar felskrivning och därför inte tillåtit bolaget att rätta sitt anbud. Kommunen har inte heller begärt att bolaget kompletterat sitt anbud då detta inte kan ske utan risk för särbehandling. Då det var uppenbart att den av bolaget offererade maskinen inte uppfyllde kraven

för maskinklass 21.1325 beslutade kommunen att återta det tidigare tilldelningsbeslutet. Ny utvärdering genomfördes där bolagets maskin uteslöts tillsammans med maskiner från två andra bolag. Nytt tilldelningsbeslut meddelades den 27 februari 2013.

*Bolaget*

Definitionen av ett kontrakt i LOU hindrar inte att ett tilldelningsbeslut kan ses som en accept enligt LOU (jfr bl.a. Jan Erik Falk, Lag om offentlig upphandling, en kommentar). I tilldelningsbeslutet angavs att avtal tecknas med respektive anbudsgivare i rangordning. I beslutet fanns ingen information om att meddelandet inte utgjorde en accept. Det fanns inget förbehåll om att särskilt avtal skulle upprättas och undertecknas av båda parter. Beslutet var skriftligt. Genom tilldelningsbeslutet hade ett civilrättsligt bindande avtal ingåtts. I det av kommunen åberopade avgörandet från Kamrarrätten i Stockholm konstaterade rätten att "så länge något kontrakt inte slutits torde en upphandlande myndighet kunna ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär". Redan av det faktum att kamrarrätten i sina domskäl anför att det torde finnas en möjlighet att fram till det att ett kontrakt ingåtts vidta rättelse visar att denna möjlighet på intet sätt är odiskutabel. Även inom doktrin pågår en debatt om det överhuvudtaget ska anses finnas en sådan möjlighet för en upphandlande myndighet. När det gäller de närmare förutsättningarna för en upphandlande myndighet att eventuellt ensidigt kunna ändra ett tilldelningsbeslut krävs ett restriktivt förhållningssätt. Den som enligt ett förvaltningsbeslut tilldelats ett kontrakt måste kunna utgå från att detta vid en viss tidpunkt inte kan komma att ändras, annat än genom beslut från domstol. Kravet på förutsägbarhet och rättssäkerhet måste ställas högt. I detta sammanhang kan hänvisas till den allmänna förvaltningsrättsliga principen om förbud mot att ändra gynnande beslut till nackdel för enskild part. Kravet på rätts-

säkerhet talar med styrka för att när avtalsspärren väl löpt ut finns det inte längre någon möjlighet för den upphandlande myndigheten att vidta en ensidig rättelse. Det är i målet ostridigt att avtalsspärren för överprövning hade löpt ut när kommunen ändrade tilldelningsbeslutet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska kunna tillhandahålla maskiner till ett visst pris inom offererade maskinklasser. Anbudet omfattar ett antal maskiner inom olika grupper eller klasser. Enligt avsnitt 2.5 äger leverantören rätt att byta ut den ursprungligt offererade maskinen, vilket innebär att bolaget inte har behövt tillhandahålla den maskin som angetts i anbudsformuläret. Gällande förfrågningsunderlag ställde inte upp som krav att den offererade maskinen skulle uppfylla vissa viktkrav. Av det mejl som kommunen åberopat framgår att bolaget fick viktuppgiften på aktuellt fordon via internet. Även på Caterpillars hemsida framgår att modellen med beteckning 323 inte synes ha en arbetsvikt som överstiger 24 ton. Allt talade för att den aktuella maskinen uppfyllde vikten i angiven maskinklass. I vilket fall som helst hade bolaget att utgå från att uppgiften stämde. För det fall bolaget hade fått korrekta uppgifter så hade det inte funnits några hinder för bolaget att ange annan maskin. Bolaget hade tillgång till andra maskiner. För det fall det skulle visa sig att angiven maskin var tyngre än vad som angetts, så hade bolaget under alla omständigheter enligt gällande förfrågningsunderlag full frihet att tillhandahålla en annan maskin. Efter att avtalsspärren löpt ut genomförde kommunen omfattande undersökningar och kontroller av den maskin som bolaget offererat, trots att bolaget enligt förfrågningsunderlaget kunnat tillhandahålla en annan maskin. Såvitt bolaget känner till företogs inga kontroller av övriga offererade maskiner. Agerandet står i strid med kravet på likabehandling. Kommunens krav innebär de facto ett särskilt krav mot bolaget att genomföra en undersökning och kontroll av aktuellt fordon, helt i strid med förfrågningsunderlaget. Ingen annan leverantör tvingades att genomgå liknande undersökningar eller kontroller. Bolaget var naturligtvis bunden av uppgi-

vet pris inom aktuell maskinklass. Det råder därmed ingen tvekan om att bolagets pris var det lägsta i denna maskinklass. Oaktat den offererade maskinens vikt hade bolaget full frihet att använda en annan maskin än den som angetts i anbudsformuläret.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

### *Förfrågningsunderlaget*

Av avsnitt 1.4 framgår bl.a. att bindande avtal förutsätter att skriftligt upphandlingskontrakt tecknats.

I avsnitt 2.4 anges bl.a. att maskinens identitet ska anges för den offererade maskinen.

Av avsnitt 2.5 framgår följande. Entreprenören äger rätt att under avtalstiden byta ut den ursprungligt offererade maskinen under förutsättning att ny maskin är likvärdig eller bättre. Ny maskin måste även vara av samma maskinklass som ursprungligt offererad maskin.

I avsnitt 5.2 framgår att i prisbilagan ska samtliga anbudspriser, samt alla däri begärda uppgifter anges för att vara ett giltigt anbud.

### *Övrig utredning i målet*

Av tilldelningsbesked den 8 februari 2013 framgår bl.a. att avtal får ingås med bolaget tidigast den 19 februari 2013 förutsatt att överprövning inte sker enligt 16 kap. LOU, eller att upphandlingen av andra skäl inte kan avslutas.



Av mejlkorrespondens mellan [REDACTED] och kommunen den 19 februari 2013 framgår bl.a. att om [REDACTED] inte fått felaktiga uppgifter via internet rörande den offererade maskinens vikt så hade han offererat en Volvo 210 CL i maskinklass 1325.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning.*

Bolaget gör bl.a. gällande att tilldelningsbeskedet den 8 februari 2013 innebär att ett civilrättsligt bindande avtal uppstått mellan kommunen och bolaget.

Av kammarrättspraxis framgår att en upphandlande myndighet kan ompröva och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge som något kontrakt inte har slutits, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär (jfr bl.a. Kammarrättens i Sundsvall dom, mål nr 621-06 och Kammarrättens i Stockholm dom mål nr 3503-10).

Av förfrågningsunderlaget framgår att bindande avtal förutsätter att skriftligt upphandlingskontrakt tecknats. Något sådant skriftligt kontrakt har inte tecknats mellan bolaget och kommunen. Tilldelningsbeskedet den 8 februari 2013 kan därför inte anses utgöra en avtalsrättslig accept. Dessutom framgår det av tilldelningsbeskedet att avtal får ingås med bolaget förutsatt att överprövning inte sker enligt LOU eller att upphandlingen av andra skäl inte kan avslutas. Kommunen har därför haft rätt att ompröva tilldelningsbeslutet, förutsatt att det inte gjorts i syfte att kringgå reglerna i LOU och de EU-rättsliga principerna. Förhållandet att avtalsspärren löpt ut föranleder enligt förvaltningsrättens mening ingen annan bedömning.

Av utredningen framgår att kommunen efter tilldelningsbeskedet den 8 februari 2013 uppmärksammades på att bolagets offererade maskin i maskinklass 21.1325, CAT 323 DL, inte har en vikt mellan 21,1 – 24,0 ton

som anges i prisbilagan i förfrågningsunderlaget. Vid kontroll framkom att maskinens vikt är 25,7 ton. Vidare framgår att bolaget fått felaktiga uppgifter via internet och därför trodde att maskinen vägde 23,5 ton. Bolaget gör gällande att förfrågningsunderlaget inte uppställer som krav att den offererade maskinen ska uppfylla vissa viktkrav och att de enligt förfrågningsunderlaget haft frihet att tillhandahålla en annan maskin.

I LOU, dess förarbeten och i rättspraxis saknas stöd för att den upphandlande myndigheten ska vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter är riktiga, om omständigheterna inte ger anledning att ifrågasätta leverantörens uppgifter. Faktorer som medför bristande uppfyllelse av skall-krav kan inte bortses från även om de blir kända för upphandlande myndighet först efter utvärdering eller tilldelningsbeslut (jfr Kammarrättens i Göteborg dom, mål nr 4904-09). Av prisbilagan, som är en del av förfrågningsunderlaget, framgår att offererad maskin i maskinklass 21.1325 ska ha en vikt på mellan 21,1 – 24,0 ton. Då kommunen fått uppgift om att bolagets offererade maskin inte rymdes inom detta spann finner förvaltningsrätten att kommunen haft fog för att kontrollera lämnade uppgifter. Av förfrågningsunderlaget framgår att entreprenören äger rätt att under avtalstiden byta ut den ursprungligt offererade maskinen under förutsättning att ny maskin är likvärdig eller bättre och är av samma maskinklass. Att byta ut den offererade maskinen mot en Volvo 210 CL skulle strida mot förfrågningsunderlaget då maskinerna inte hör till samma maskinklass. Förvaltningsrätten finner inte heller att ett byte av maskin skulle kunna godtas som en sådan komplettering som med restriktivitet får tillämpas enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget åberopat inte utgör grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

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



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Martina Thorn.



# 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. 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 var till 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 uppgive 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 3109/1D LOU