



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-03-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

3004-19

SÖKANDE

FSN Nordfönster AB, 556548-5256

Ombud: Advokaten Madeleine Sifvert och juristen Hanna Adlén

Walthon Advokater AB

Box 716

114 11 Stockholm

MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 702000-9226

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen, juristerna Viktor Robertson och

Albin Svensson

Advokatfirman Kahn Pedersen KB

Box 16119

103 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Husbyggnadsvaror HBV Förenings yrkande om att ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår FSN Nordfönster AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019 03 06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 1073948

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: avd21.fst@dom.se		08:00–16:00
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) har genomfört en upphandling uppdelad i åtta (8) anbudsområden (A-H) avseende ramavtal för köp av kompositfönster, renovering fönster samt fönstertillbehör, ref. nr. 19-141. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut fattades den 22 januari 2019 och skickades ut till samtliga anbudsgivare samma dag. Med anledning av bl.a. rättelse av stavfel skickade HBV den 25 januari 2019 ett nytt besked om tilldelningsbeslut, där det anges att avtalsspärr råder fram t.o.m. 2019-02-01. Genom ett förtydligande informerade HBV samtliga anbudsgivare den 28 januari 2018 att avtalsspärren förlängs till 2019-02-05. FSN Nordfönster AB:s ansökan avseende anbudsområde B förkastades på grund av att angivet fabrikat saknas i prisbilaga enligt punkt 5.3. i upphandlingsföreskrifterna.

FSN Nordfönster AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen endast avseende anbudsområde B – Sidohängda fönster och fönsterdörrar i komposit med stålförstärkning inklusive montering, och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudsvärderingen görs om med beaktande av bolagets anbud. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. HBV skickade den 25 januari 2019 en underrättelse med ett nytt besked om tilldelningsbeslut bl.a. på grund av rättelse av stavfel. Den 28 januari 2019 meddelade HBV att avtalsspärren förlängdes till och med den 5 februari 2019 på grund av det rättade beslutet. Eftersom bolagets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 5 februari 2019 har ansökan kommit in i rätt tid.

Vad gäller sakfrågan anser bolaget att det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud, genom vilken en anbudsgivare offererat helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, på grund av att anbudsgivaren inte angivit information på avsedd plats. Bolaget har fyllt i svarsformuläret i

enlighet med anvisningarna. Visserligen är det korrekt att bolaget inte angivit något fabrikat i prisbilagan. Uppgifter om fabrikat finns dock i en till anbudet bifogad bilaga "P-Märkning Szach.Mat". De angivna priserna avser båda fabrikaten som bolaget offererat. Det står således HBV fritt att välja mellan de två fabrikaten och eftersom priserna är identiska finns inga oklarheter om vilket pris som avser vilket fabrikat. Det saknas därmed en sådan brist att anbudet inte kan utvärderas. Det finns inte heller någon risk för att det skulle kunna uppstå oklarheter eller missförstånd i samband med avrop. Bolaget har därmed uppfyllt ska-kravet. Det innebär att utvärdering av anbudet inte kommer att strida mot vare sig likabehandlings- eller transparensprincipen. HBV:s brott mot LOU har orsakat bolaget skada i lagens mening varför det finns grund för ingripande. Eftersom brottet mot LOU inte har inverkat på upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse en tillräcklig åtgärd.

HBV bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan anför HBV i huvudsak följande. Tre dagar efter att den ursprungliga underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickades ut rättade HBV denna och i samband med detta skickades en ny underrättelse ut den 25 januari 2019. HBV informerade även anbudsgivarna om att en ny avtalsspärr rådde till den 5 februari 2019. Ansökan om överprövning skulle med andra ord ha getts in till förvaltningsrätten senast tio dagar efter den 25 januari 2019, vilket var den 4 februari 2019. Bolagets ansökan är dock daterad den 5 februari 2019 och har kommit in till förvaltningsrätten den 6 februari 2019. Därmed har bolagets ansökan kommit in efter att avtalsspärren löpte ut den 4 februari 2019, varför den ska avvisas.

För det fall ansökan inte avvisas anser HBV att denna ska avslås på grund av följande. För att kunna definiera anbudens utvärderingspris uppställdes som krav i upphandlingen att anbudet skulle innehålla uppgifter om bl.a.

vilka fabrikat som erbjöds samt vilket pris respektive fabrikat hade. Av punkt 5.3. i upphandlingsföreskrifterna framgår att om ett anbuds prisbilaga saknar uppgifter om pris eller fabrikat skulle anbudet anses ofullständigt och inte kunna utvärderas. Det är ostridigt att den prisbilaga som bolaget gett in med sin ansökan saknar information om de fabrikat som bolaget offererat. Eftersom bolaget i övrigt har angett samtliga begärda uppgifter i prisbilagan kan det knappast anses betungande att ange uppgift om vilka fabrikat som offereras. Kravet som sådant är med andra ord inte oproportionerligt. Varken på den i prisbilagan angivna platsen eller i övrigt har bolaget lämnat några uppgifter om offererade fabrikat. För att kunna skapa sig en uppfattning om detta hade HBV i stället varit tvungen att leta igenom övriga delar av anbudet. Därtill innehåller bolagets prisbilaga olika priser avseende olika fönster. Det går därför inte att knyta enskilda fabrikat till de angivna priserna. Baserat på de uppgifter som framgår av anbudet är det därmed omöjligt för HBV att veta vilka priser som hör ihop med vilka fabrikat. Denna brist innebär att anbudet inte kan utvärderas och att oklarheter och missförstånd dessutom skulle kunna uppstå i samband med avrop. HBV har därför agerat korrekt genom att förkasta bolagets anbud och det föreligger ingen överträdelse av LOU. Det saknas följaktligen skäl för ingripande mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har ansökan om överprövning kommit in i rätt tid?

Den första fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolagets ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 5 februari 2019 har kommit in i rätt tid så att den kan tas upp till prövning i sak.

Enligt 12 kap. 12 § ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut

som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Det antal dagar inom vilka den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal (avtalsspärr) framgår av 20 kap. 1 § LOU. Om underrättelsen har skickats elektroniskt gäller avtalsspärren i 10 dagar. Av samma bestämmelse framgår att myndigheten kan välja att tillämpa en längre avtalsspärr, men att det i så fall ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. En ansökan om överprövning av upphandlingen ska enligt 20 kap. 11 § LOU ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som anges ovan.

Syftet med reglerna om den upphandlande myndighetens underrättelseskyldighet är att ge den relevanta information som är nödvändig för att en leverantör ska kunna ansöka om effektiv prövning. Därmed ska leverantörerna underrättas dels om skälen för tilldelningsbeslutet, dels om den period de faktiskt har till förfogande för att ansöka om prövning. Bestämmelserna om avtalsspärr är riktade till den upphandlande myndigheten och syftet med avtalsspärren är att leverantörer ska få en viss tid på sig för att avgöra om man önskar ansöka om överprövning och att ge in en ansökan till förvaltningsrätten. Underrättelsen utlöser avtalsspärren enligt 20 kap. 1 § LOU. (Jfr prop. 2009/10:180 s. 107 ff. och prop. 2015/16:195 s. 1074.)

Av utredningen i målet framgår att HBV efter den ursprungligen meddelade tilldelningsbeslutet den 22 januari 2019, elektroniskt skickade ut ett nytt besked om tilldelningsbeslut till samtliga anbudsgivare den 25 januari 2019. Därefter kommunicerade HBV genom "Frågor och svar" i det elektroniska upphandlingsverktyget Visma TendSign den 28 januari 2019 ett meddelande med följande innehåll:

”Förtydligande.

Då ett nytt besked om tilldelningsbeslut sändes ut i denna upphandling 2019-01-25, förlängs avtalsspärren till 2019-02-05.”

I den underrättelse som skickades ut den 25 januari 2019 angavs att ”Avtalsspärr råder fram t.o.m. 2019-02-01” trots att den lagstadgade minimifristen borde ha löpt fram till och med den 4 februari 2019. Meddelandet den 28 januari 2019 innehåller en hänvisning till den tidigare utskickade underrättelsen om tilldelningsbeslut den 25 januari 2019 och är kommunicerat till samtliga anbudsgivare. Även om meddelandet den 28 januari 2019 har benämnts ”förtydligande” har i detta angetts dagen efter att en tiodagarsfrist i förhållande till tilldelningsbeslutet den 25 januari 2019 skulle ha löpt ut, dvs. den 5 februari 2019. Med tanke på att det i meddelandet har använts ”till” och inte ”till och med” skulle detta kunna tolkas som ett förtydligande om att avtalsspärren löpte till och med den 4 februari 2019. Om så skulle vara fallet är det dock oklart varför HBV i ett förtydligande inte anger ”t.o.m. 2019-02-04”, på samma sätt som HBV har angett avtalsspärren i underrättelsen den 25 februari 2019. Vare sig av tilldelningsbeslutet den 25 januari 2019 eller förtydligandet framgår det hur många dagar avtalsspärren är tänkt att vara och därmed hur lång tid bolaget har till sitt förfogande för att ansöka om överprövning. I förtydligandet anges att avtalsspärren förlängs, vilket tyder på att den borde löpa ut efter att en minimifrist skulle ha löpt ut.

Vid dessa förhållanden och mot bakgrund av vad som anges i 12 kap. 12 § och 20 kap. 1 och 11 §§ LOU finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan om överprövning har kommit in i rätt tid. HBV:s yrkande om avvisning av bolagets ansökan ska därför avslås.

Finns skäl för ingripande?

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Inom ramen för dessa principer har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma sin upphandling (se HFD 2012 ref. 48).

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud. Om den upphandlande myndigheten före anbudstidens utgång inte kommunicerat med alla leverantörer, inklusive potentiella sådana, att den överväger att frånfalla eller justera ett obligatoriskt krav åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet såsom det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen. Det innebär att en upphandlande myndighet agerar i strid mot likabehandlingsprincipen om myndigheten godtar ett anbud trots att detta inte uppfyllt ett obligatoriskt krav (se HFD 2016 ref. 37).

I vissa fall är det dock oproportionerligt att en upphandlande myndighet förkastar ett anbud som på grund av oväsentliga och bagatellartade avvikelser inte uppfyller ett obligatoriskt krav som endast avser utformningen av anbudshandlingarna. Så kan t.ex. vara fallet om anbudsgivaren lämnat efterfrågad information på annan plats men alltså under rätt punkt i förfrågningsunderlaget så att myndigheten inte behövt leta efter den efterfrågade informationen, att det har varit fråga om ett förhållandevis begränsat antal uppgifter och att det inte har funnits något

utrymme för missförstånd (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 30 januari 2017 i mål nr 2896-16).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU, 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. Detta framgår av 20 kap. 6 § LOU.

Med denna utgångspunkt gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt att den prisbilaga som bolaget bifogat till sitt anbud saknar efterfrågade uppgifter om fabrikat i enlighet med punkt 5.3 i upphandlingsföreskrifterna som utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Förutom att det under denna punkt finns anvisningar om hur prisbilagan ska vara ifylld, anges det att om det saknas något angivet pris eller fabrikat anses anbudet ofullständigt och kan inte utvärderas.

Syftet med att anbudsgivarna skulle lämna uppgifter om pris och fabrikat som offererats har enligt HBV varit att kunna identifiera anbudens utvärderingspris. Med hänsyn till detta och utifrån vald utvärderingsmodell framstår kravet i sig som adekvat och relevant, proportionerligt i förhållande till föremålet för upphandlingen och går inte utöver vad som rimligen bör krävas av en anbudsgivare.

Bolaget har varken på den angivna platsen i prisbilagan eller i övrigt under nu aktuell punkt i upphandlingsföreskrifterna lämnat någon uppgift om fabrikat. Visserligen framgår de båda fabrikaten som bolaget offererat av en annan till anbudet bifogad bilaga. Denna bilaga har dock inte lämnats under

nu aktuell punkt i upphandlingsföreskrifterna och det saknas en hänvisning till denna bilaga i prisbilagan. HBV har därmed inte haft möjlighet att kunna skapa sig en uppfattning om offererade fabrikat utan att behöva leta igenom övriga delar av anbudet. Även med beaktande av vad bolaget nu anfört om att de i prisbilagan angivna priserna är identiska oavsett vilket fabrikat som väljs, finns inte heller någon uppgift om detta i prisbilagan. Det har därför enligt förvaltningsrättens mening inte varit möjligt att identifiera anbudets utvärderingspris utan risk för oklarheter och missförstånd.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att vad bolaget anfört och åberopat inte visar att de brister bolagets anbud innehöll vid anbudsinlämnandet var sådana att HBV hade kunnat godta anbudet avseende anbudsområde B utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen. HBV har därmed haft fog för att förkasta bolagets anbud i nu aktuell del. Det saknas följaktligen skäl för ingripande mot upphandlingen varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilagan (FR-05).

Anna Stålnacke
Rådman

Emil Vartanyan har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

