



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-12-05
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6856-11
Enhet 2

SÖKANDE

Tunstall AB, 556387-8551
Årstaängsvägen 1 A
117 43 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Schultz
White & Case Advokataktiebolag
Box 5573
114 85 Stockholm

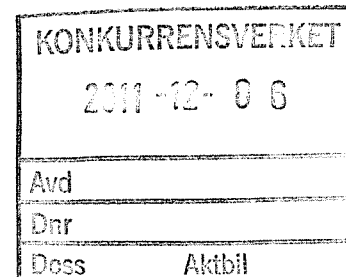
MOTPART

Gnestahem AB, 556559-6268
Box 52
646 21 Gnesta

Ombud: Anne-Christine Ehn
Gnestahem AB
646 21 Gnesta

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gnestahem AB (Gnestahem) genomför, med hjälp av Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV), upphandling Trygghetslarm Gnestahem AB. Upphandlingen annonserades först den 17 maj 2011 och avsåg då ett öppet förfarande. På grund av för få inkomna anbud avbröts upphandlingen den 5 juli 2011 och övergick till förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Av tilldelningsbeslut den 20 oktober 2011 framgår att annan anbudsgivare än Tunstall AB (bolaget) antagits.

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Gnestahem bestrider bolagets ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentation

Bolaget har i sin ansökan om överprövning anfört i huvudsak följande. Gnestahem har brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU genom att i sin information angående upphandlingsförfarandet vilseleda bolaget så att bolaget fråntagits sin möjlighet att delta i detta. Av meddelandet om förhandsinsyn framgår att tre anbudsgivare bjudits in att lämna anbud senast den 25 augusti 2011 och att det vid anbudstidens utgång endast erhållits ett anbud. Bolaget var en av de tre leverantörer som bjudits in att inkomma med anbud. Skälen till att bolaget inte gjorde detta är följande. Bolaget har tidigare mottagit ett förfrågningsunderlag avseende ett öppet förfarande daterat den 16 maj 2011. Bolaget framförde synpunkter på att förfrågningsunderlaget var otydligt och i princip omöjligt att besvara. Bolaget hade vid flera tillfällen kontakt med

kommunen angående bristerna i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen avbröts till sist på grund av att för få anbud inkom. Bolaget förväntade sig att ett nytt, förbättrat förfrågningsunderlag skulle ligga till grund för nästkommande öppna upphandling. Den 8 juli 2011 mottog bolaget emellertid samma förfrågningsunderlag från Gnestahem avseende ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Gnestahem hade inte ens ändrat datumangivelserna som var desamma eller uppgifter att underlaget avsåg ett förhandlat förfarande. I inbjudan att delta i upphandlingen angavs att underlaget var detsamma som för det tidigare förfarandet och att anbud skulle inkomma senast den 24 augusti 2011. Bolaget ställde sig mycket frågande till detta och tog därför ny kontakt med de ansvariga för upphandlingen för att utreda om det verkligen var detta förfrågningsunderlag som bolaget skulle svara på. Bolaget räknade med att Gnestahem skulle avbryta även denna upphandling och kontaktade socialchefen i Gnesta kommun den 10 augusti för att inte riskera att missa det nya förfrågningsunderlaget. Socialchefen uppgav då att en ny förfrågan skulle skickas ut och att en ny upphandling därmed skulle genomföras. I detta läge saknades anledning för bolaget att inkomma med något anbud. I e-post samma dag uppgav verksamhetschefen vid Gnesta kommun att det skulle komma att tas in offerter från tre företag och att ingen ny förfrågan hade gått ut än så länge. Bolaget uppfattade detta som en bekräftelse på att upphandlingen skulle göras om varvid tre nya leverantörer skulle bjudas in. – Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlingsförfarandet ska uppfylla höga krav på förutsebarhet och transparens. Det ankommer på en upphandlande enhet att vara tydlig i den information som lämnas till potentiella anbudsgivare. Bolaget har ändock gjort sitt yttersta för att hålla sig informerad om planerna för upphandlingen. Om inte annat borde Gnestahem och kommunen vid kontakterna med bolaget ha uppfattat att det fanns ett intresse från bolagets sida att inkomma med anbud och i anledning av detta ha klargjort att upphandlingen inte skulle avbrytas och göras om. Istället har Gnestahem och kommunen varit så pass otydliga i sin kommunikation att denna har varit direkt vilseledan-

de. Ovan nämnda besked som lämnats bolaget har sammantaget givit bolaget uppfattningen att även upphandling nummer två skulle avbrytas och göras om. Bolaget har fråntagits möjligheten att inkomma med ett anbud i upphandlingen (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 januari 2010, mål nr 7044-09). Genom att lämna missvisande information till bolaget har Gnestahem brutit mot principen om transparens. – Genom att bolaget inte har fått möjlighet att delta i upphandlingen tillsammans med övriga leverantörer på grund av den vilseledande informationen har Gnestahem även brutit mot likabehandlingsprincipen. – Vid en korrekt genomförd upphandling hade bolaget haft möjlighet att delta. Eftersom bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga hade bolaget tilldelats det aktuella kontraktet. Bolaget har därmed lidit skada.

Gnestahem anför i huvudsak följande. Upphandlingen annonserades till en början ut som en öppen upphandling. En vecka före anbudstidens utgång kontaktades Anne-Christine Ehn på HVB av bolagets ombud med fråga om anbudsdatum för upphandlingen. Frågan ställdes eftersom bolaget under anbudstiden haft synpunkter på kravspecifikationerna i upphandlingen och diskuterat dessa med verksamhetspersonal vid Gnesta kommun. Inga frågor eller synpunkter hade framförts till Gnestahems ombud eller handläggare i enlighet med anvisningar i förfrågningsunderlaget. Bolaget informerades om att då inga synpunkter framställts den korrekta vägen kunde Gnestahem inte med så kort kvarstående tid av anbudstiden gå ut med kompletteringar eller förlängningar av anbudstid. Vid anbudstidens utgång hade inga anbud inkommit varvid upphandlingen avbröts. Tre av de entreprenörer som hämtat handlingar i den annonserade upphandlingen bjöds in att delta i ett förhandlat förfarande. Upphandlingsformen är helt i enlighet med lagstiftningen som också säger att förfrågningsunderlaget med ursprungliga villkor för kontraktet ej väsentligt får förändras. Gnestahem gick därför ut med en ny förfrågan på exakt samma förfrågningsunderlag. – Konkurrerande bolag lämnade besked om att de var intresserade av att in-

komma med anbud. Bolaget besvarade aldrig frågan om deras deltagande i upphandlingen. Däremot ville bolagets områdeschef genom e-post förvissa sig om att bolaget inte missat handlingarna. Frågan besvarades med information om att exakt samma förfrågan skickats ut samt återigen en fråga om bolaget hade för avsikt att inkomma med anbud. Även denna fråga lämnades obesvarad av bolaget. – Bolaget hänvisar till olika kontakter med personer inom verksamheten i Gnesta kommun som givit besked om att upphandlingen ska göras om, att nytt anbudsdatum ska sättas etc. Det framgår klart av förfrågningsunderlaget vilka kontaktpersoner som gäller för frågor under anbudstiden. Inte vid något tillfälle har bolaget fört diskussioner med angivna kontaktpersoner. Om verksamheten i Gnesta kommun gått ut med information som kan uppfattas som vilseledande borde bolaget, i enlighet med förfrågningsunderlaget, ha kontaktat däri angiven kontaktperson för korrigerande information. Gnestahem har genomfört upphandlingen i egenskap av fastighetsägare och verksamheten i kommunen kommer endast att nyttja systemet. Verksamheten har därför aldrig varit en aktör i upphandlingen. De har endast varit med i framtagandet av kravspecifikationerna där deras behov av funktioner i upphandlingen tagits upp. – Gnestahem har inte handlat klandervärt i upphandlingen. Vidare har inte Gnestahem kunnat uppfatta bolagets intresse för deltagande i den förhandlade upphandlingen då bolaget valt att inte besvara dessa frågor. – Med sitt meddelande om frivillig förhandsinsyn har Gnestahem tillmötesgått kraven i lagstiftningen om transparens och likabehandling.

Bolaget har i yttrande anfört bl.a. följande. Det stämmer inte att bolaget inte vid något tillfälle har fört diskussioner med angivna kontaktpersoner. Det e-postmeddelande som bolaget skickade den 1 augusti för att förvissa sig om att bolaget inte missat förfrågningshandlingarna sändes till Anne-Christine Ehn med kopia till verksamhetschefen. Verksamhetschefen valde att själv svara på e-posten den 10 augusti. Hennes besked utgjorde en bekräftelse på att ett nytt upphandlingsförfarande skulle komma att inledas.

Bolaget hade tidigare, den 2 augusti, fått besked per telefon av en av kommunens handläggare att socialchefen vid kommunen skulle hålla ett möte angående det faktum att samma felaktiga förfrågan skickats ut två gånger. Bolaget saknade således skäl att ifrågasätta beskedet från verksamhetschefen. – Som framgår av de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget utför Gnestahem för hemtjänstens räkning ett upphandlingsuppdrag. Larmtelefoner och installationer kommer att ägas av beställaren, men det operativa handhavandet och ansvaret för avtalen kommer att överlåtas till verksamheten i Gnesta kommun. Kommunen är således uppdragsgivare åt Gnestahem som i sin tur är uppdragstagare. Gnestahem har för sin del anlitat HBV som ombud. Det faktum att ombud anlitas kan emellertid aldrig inskränka huvudmannens rätt att själv svara på frågor eller medverka på annat sätt. Ansvariga företrädare inom kommunen besitter sakkompetensen i den aktuella upphandlingen. Bolaget har försökt inleda dialog med Anne-Christine Ehn, men har upplevt henne som otillgänglig. Det har därför varit naturligt att vända sig till handläggare i kommunen som de haft kontakt med tidigare. Bolaget har inte uppfattat annat än att ifrågasvarande handläggare har mandat att uttala sig i frågor angående upphandlingen.

Gnestahem har i yttrande anfört bl.a. följande. Bolagets kontakter med befattningshavare inom Gnesta kommun har skett helt på bolagets initiativ. Gnestahem kan därför inte lastas för eventuella uppgifter som bolaget felaktigt erhållit från kommunen. – Bolaget hävdar att de inte fått tillfredsställande besked av Gnestahems ombud. Detta bestrides, då ombudet redan den 1 augusti besvarade e-postmeddelandet med besked om att handlingar redan skickats ut och att anbud förväntades den 24 augusti. – Gnestahem har utfört upphandlingen då kommunen inte haft ekonomiska medel för att göra det. Installationerna kommer att göras i Gnestahems fastigheter till största del, vilket gör att de har mandat att besluta om vad som är mest lämpligt i dessa fall. Vidare kommer kommunen endast att hyra den utrustning som upphandlingen avser av Gnestahem. Det gör att den faktiska kö-

paren av systemet är Gnestahem, som i det skedet måste ges företräde i kontakthänseende.

Lagtext

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 5 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår 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 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.

Utredningen

Av förfrågningshandlingen framgår att köparen är Gnestahem. Köparens ombud under anbudstiden är Anne-Christine Ehn, HBV. Förfrågningar om entreprenaden under anbudstiden ska ställas till henne.

Av e-post från Anne-Christine Ehn till bolaget den 8 juli 2011 framgår att Gnestahem avser att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Ett antal aktörer bjuds in att lämna anbud på den tidigare annonserade upphandlingen med samma underlag. Bolaget inbjuds att inkomma med anbud enligt samma underlag som annonserats. Underlaget bifogas med inbjudan. Anbud önskas senast den 24 augusti 2011.

Bolaget skickar den 1 augusti 2011 e-post till Anne-Christine Ehn samt till verksamhetschefen i Gnesta kommun med fråga om det har skickats ut någon ny förfrågan till några leverantörer än. Anne-Christine Ehn besvarar e-posten samma dag. Bolaget meddelas då följande. Förfrågan har gått ut till bl.a. Tunstall. Förfrågan skickades den 8 juli 2011. I förfrågan bads om besked om bolaget var intresserade av att lämna anbud, då det handlar om exakt samma förfrågan som tidigare varit ute på förfrågan och bolaget i det skedet valde att inte lämna anbud. Anbudet emotses senast den 24 augusti 2011. Verksamhetschefen besvarar e-posten den 10 augusti. Bolaget meddelas då följande. Anne-Christine Ehn kommer att ta offerter från tre företag. Ingen ny förfrågan har gått ut.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

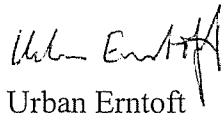
Bolaget har gjort gällande att Gnestahem brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling genom att i sin information angående upphandlingsförfarandet vilseleda bolaget så att bolaget fråntogs sin möjlighet att delta i upphandlingen.

Av handlingarna i målet framgår att bolaget genom e-post den 8 juli 2011 inbjudits att delta i ett förhandlat förfarande och att inkomma med anbud enligt samma underlag som tidigare annonserats senast den 24 augusti 2011. I förfrågningshandlingen finns uppgift om vem som är Gnestahems ombud och att frågor ska ställas till denne. Bolaget har sedan, som svar på en av bolaget skickad fråga, fått information från Gnestahems ombud att det rör sig om samma förfrågan som tidigare. Bolaget har således vid två tillfällen från Gnestahems ombud fått information om att det förhandlade

förfarandet utgår från samma underlag som tidigare. Det e-postmeddelande som bolaget mottagit från kommunens verksamhetschef kan inte anses utgöra en bekräftelse på att ytterligare ett nytt upphandlingsförfarande skulle komma att inledas.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan Gnestahem inte anses ha vilselett bolaget och därmed inte heller anses ha brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Grund för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Urban Erntoft

Föredragande har varit Lina Johansson.



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 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 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