



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013 -05- 1 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 1431-13

SÖKANDE

HNA Syd AB, 556782-2746
 Farhultsvägen 396
 263 93 Höganäs

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 1 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Malmö stads upphandling av storköksutrustning med service geografiskt område 1 och 2 ska göras om.

Dok.Id 147006

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Malmö stad genomför upphandling av storköksutrustning med service geografiskt område 1 och 2. Upphandlingen genomförs med förfarande förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 5 februari 2013 ska kontraktet tilldelas Bravida Sverige AB (Bravida). Den nu aktuella upphandlingen har föregåtts av en upphandling som genomförts med öppet förfarande och som har avbrutits av Malmö stad den 9 januari 2013. Motiveringen till avbrytandet var att konkurrensen ansågs som bristfällig eftersom endast två anbud kommit in (Bravidas och HNA Syd AB:s) varav ett (Bravidas) har diskvalificerats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

HNA Syd AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att utvärderingen avseende delområde 1 och 2 ska göras om utan beaktande av anbudet från Bravida. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan.

OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKAN OCH KOMMUNENS INSTÄLLNING

Till stöd för ansökan anför HNA Syd AB i huvudsak följande. Staden har använt sig av ett otillåtet förfarande och HNA Syd AB har till följd härav lidit skada. Det föreligger inga omständigheter som medger tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vad som anförs för tillåtligheten av förfarandet är oklart med hänsyn till att det inte angivits i utvärderingsprotokollet eller inbjudan till förhandling. Det ankommer på Staden att redovisa skälen. Bolagets anbud för de båda delområdena 1 och 2 var det enda som kvalificerade sig till utvärdering i den föregående upphandlingen och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet. HNA Syd AB har gett ett korrekt anbud i upphandlingen. HNA Syd AB har heller inte fått någon information om att en ny upphandling påbörjats. Enligt Staden har e-postmeddelande med en inbjudan till förhandlat förfarande skickats till företrädare för bolaget men någon bevakning har inte skett då den förra upphandlingen varit avslutad.

Malmö stad invänder bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och sökanden har inte lidit eller riskerat att lida skada. Staden startade den pågående upphandlingen med förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU genom att via e-post skicka en specifik inbjudan att delta till de två anbudsgivare som deltagit i den föregående upphandlingen. HNA Syd AB lämnade inte något svar, vilket medför att bolaget inte deltar i den pågående upphandlingen. I samband med att HNA Syd AB ansökte om överprövning av den tidigare upphandlingen genom vilken Bravida tilldelades kontrakt på grund av att Bravida, enligt föreskriven tilldelningsgrund lämnat lägsta pris, konstaterade Staden emellertid att tilldelningsbeslutet inte var i överensstämmelse med LOU. Staden hade godkänt två grytor som avvek avseende godtagbara mått. Staden återtog därför detta tilldelningsbeslut och avbröt upphandlingen. Innan staden fattade beslut om att avbryta granskades anbudet från HNA Syd AB. Det konstaterades då att anbudet inte uppfyllde ställda krav avseende produktinformation och därmed inte var möjligt att utvärdera.

Staden har genom att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering gett sökanden och anbudsgivaren Bravida möjlighet att korrigera vissa detaljer avseende tidigare lämnat anbud. Staden har istället för exakta måttkrav avseende grytor ställt krav på de efterfrågade produkternas funktion. Bravida har uppfyllt ställda krav och har tilldelats kontrakt. De korrigeringar som anbudsgivarna har beretts möjlighet att genomföra inom ramen för det förhandlade förfarandet medför inte några väsentliga förändringar som ändrar förutsättningarna och ställda krav i förfrågningsunderlaget.

HNA Syd AB hävdar mot Stadens talan att i avbrytandebeslutet och den information som gavs till anbudsgivarna i samband med detta angavs uttryckligen att det förelåg ett kvalificerat anbud, vilket i sig är ett sakligt skäl för avbrytande. Vad Staden numera anger att man redan före avbrytandet konstaterat att HNA Syd AB:s anbud var orent verkar vara en uppenbar efterhandskonstruktion. I annat fall har Staden underlåtit att underrätta anbudsgivarna om skälen för avbrytandet. HNA Syd AB har uppfyllt kraven så som de har formulerats i förfrågningsunderlaget och anbudet har därmed kvalificerats för utvärdering. Staden har därmed inte haft rätt att tillämpa det aktuella upphandlingsförfarandet. För den händelse rätten skulle finna att HNA Syd AB:s anbud är orent görs gällande att kontraktet som tilldelats Bravida innehåller en väsentlig förändring jämfört med upphandlingens villkor, varför tilldelningen är olaglig. Det finns fler brister i Bravidas anbud än de som Staden redovisat. Bravida uppfyller inte ställda krav gällande inställetid och att bifoga intyg från Securitas Sverige AB.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på

talans av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 5 § 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Förvaltningsrättens bedömning

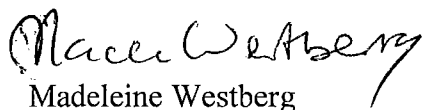
HNA Syd AB gör gällande att Malmö stad har brutit mot LOU genom att tillämpa ett otillåtet upphandlingsförfarande och genom att tilldela Bravida kontraktet trots att Bravida inte uppfyllt ställda skall-krav.

Malmö stad har i den aktuella upphandlingen använt förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering innebär ett undantag från regeln att all upphandling ska annonseras och ska tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten, i det här fallet Malmö Stad, som har att visa att förutsättningar för att tillämpa förfarandet föreligger. Malmö stad åberopar – såsom talan får förstås – som grund för tillämpning av det aktuella förfarandet att det föregående, öppna, förfarandet fick avbrytas med hänvisning till att endast ett anbud, nämligen HNA Syd AB:s anbud, fanns kvar för tilldelning av kontrakt samt att det också funnits brister i detta. Det sistnämnda har omöjliggjort en utvärdering av anbudet och Malmö stad påstår därmed att inget giltigt anbud inkommit vid det öppna förfarandet.

I LOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud och olämpliga anbud. Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder är ogil-

tigt. Ett anbud kan vara olämpligt om det t.ex. är för dyrt. Det är av synnerlig vikt att skilja på vad som är ett ogiltigt anbud och vad som är ett olämpligt anbud eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga. Av 4 kap. 2 § 1 LOU framgår att förhandlat förfarande *med* föregående annonsering får användas bl.a. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga. För att en upphandlande myndighet ska få använda ett förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU vid tilldelning av kontrakt krävs att det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Enligt vad Malmö stad påstår om de två anbud som gavs in från Bravida respektive HNA Syd AB i det öppna förfarandet, har dessa bedömts vara ogiltiga. Det har emellertid inte framkommit, eller ens påståtts från Stadens sida, att något av anbuden i det öppna förfarandet inte var lämpligt. Då de lämnade anbuden bedömts som ogiltiga och inte som olämpliga är inte 4 kap. 5 § 1 LOU tillämplig. Genom att felaktigt tillämpa åberopat undantag från annonseringsskyldigheten och tilldela Bravida kontrakt på sätt som skett har Malmö stad agerat i strid med LOU. HNA Syd AB har till följd därav lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed. Detta kan inte ske på annat sätt än att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B LOU)


Madeleine Westberg

Lena Palmér har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 3109/1B LOU