



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-03-19
Meddelad i Göteborg

KLAGANDE

Bio Energisystem i Norden AB, 556815-2655
Kärna Ryttargården 412
691 91 Karlskoga

MOTPART

Bengtsfors kommun
Box 14
666 21 Bengtsfors

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 26 juni 2012 i mål nr 3626-12,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-03-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Bio Energisystem i Norden AB yrkar att förvaltningsrättens dom och Bengtsfors kommuns beslut att avbryta upphandlingen upphävs. Bolaget anför följande. Kommunen skrev ett förfrågningsunderlag som syftade till att få en offert på byggnation av en panncentral i Bäckefors. Entreprenaden skulle genomföras som en s.k. totalentreprenad med funktionsansvar. Krav ställdes på uppfyllande av funktionen och genomförandet av entreprenaden enligt standardavtal ABT 06, vilket specificeras i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter. I motsats till en förfrågan om en totalentreprenad

Dok.Id 232458

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

har kommunen specificerat alla detaljer i entreprenaden samt angett namn och produkter på alla komponenter som skulle ingå. Därmed har kommunen egentligen specificerat en förfrågan om generalentreprenad, vilket innebär att kommunen ansvarar för projektering och funktion.

Enligt förfrågningsunderlaget fanns det möjlighet att erbjuda likvärdiga lösningar eller produkter. Bolaget lämnade sitt anbud med förslag om just likvärdiga lösningar och produkter, som uppfyller de tekniska krav och garantier som kommunen krävde. Bolaget angav uttryckligen att man var beredd att leverera det kommunen efterfrågade, men pekade samtidigt på att ABT06 reglerar sådana förhållanden. Kommunen hade möjlighet att avvisa lösningar som de inte ansåg likvärdiga.

Förvaltningsrätten beaktade inte problematiken kring att upphandlingen skett som en totalentreprenad. Om en anbudsgivare skulle följa alla anvisningar om lösningar och leverans av komponenter med namngivna leverantörer utan att lämna förslag på likvärdiga lösningar och komponenter, skulle det inte finnas någon konkurrens alls. Det är omöjligt att anse att det finns sakliga skäl för avbrytandet.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Om kommunen skulle acceptera förslagen från bolaget skulle det samtidigt innebära ett otillåtet avsteg från de grundläggande upphandlingsprinciperna. Det framgår av överklagandet att bolaget inte förstätt skillnaden mellan lag, standardavtal och kommersiella villkor. Kommunen har i detalj angett vilka villkor som skulle gälla för anskaffningen. I enlighet med gällande bestämmelser har kommunen öppnat möjligheten för entreprenadföretag att lämna anbud med alternativa utföranden. Bolaget har däremot inte lämnat något anbud som man står fast vid efter tilldelningsbeslutet.

Någon sådan fri förhandlingsrätt, som bolaget påstår i överklagandet, existerar inte. Det är kommunen som avgör vilket anbud som bäst uppfyller

ställda krav utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Bolaget krävde väsentliga förändringar och kom vid upprepade tillfällen med förslag på andra lösningar och försökte inleda otillåtna förhandlingar. De förslag till ändringar av kontraktsföremålet som bolaget presenterade kunde inte accepteras av kommunen, eftersom det skulle innebära otillåtna och väsentliga förändringar av upphandlingsvillkoren.

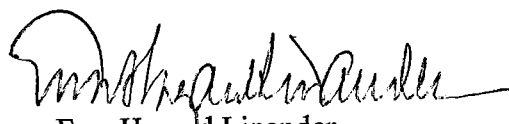
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Även med beaktande av vad Bio Energisystem i Norden AB nu anfört, gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Bolagets överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Anders Bengtsson



Ewa Hagard Linander
referent



Niclas Falkendal



Emelie Herou
Emelie Herou



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2012-06-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3626-12 E
Enhet 1:2

Sida 1 (13)



SÖKANDE

Bio Energisystem i Norden AB, 556815-2655
Rannevägen 37
432 95 Varberg

Ombud: Advokaten Johan Rappmann och jur. kand. Carin Carlsson
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

MOTPART

Bengtsfors kommun
Box 14
666 21 Bengtsfors

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Bio Energisystem i Norden AB:s ansökan.

YRKANDEN M.M.

Vad bolaget anför

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens beslut att avbryta upphandlingen samt anför i huvudsak följande. Efter att tilldelningsbeslutet meddelades har kommunen och bolaget haft en rad kontakter genom såväl e-postkorrespondens som inledande projekteringsmöte och två efterföljande upphandlings- och byggmöten. Under mötena, som protokollfördes, diskuterades de slutliga villkoren för totalentreprenaden. I samband med upphandlingsmötet den 27 januari 2012 var parterna överens, vilket också bekräftades av kommunen i en skrivelse till bolaget den 31 januari 2012.

Av rättspraxis följer att ett beslut att avbryta en upphandling måste grundas på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43). Inom unionsrätten finns därtill en princip om skydd för berättigade förväntningar, enligt vilken förvaltningsbeslut som är gynnande för enskild endast får upphävas under vissa förutsättningar (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål nr C-90/95 P). Principen har ansetts vara tillämplig på beslut om upphandling (jfr Tribunalens avgörande i mål T-376/05 m.fl.). I det senare avgörandet uttalade Tribunalen bl.a. följande.

Förstainstansen vill --- erinra om att enligt fast rättspraxis tillkommer rätten att göra anspråk på skydd för berättigade förväntningar, vilken utgör en av gemenskapens grundläggande principer, varje enskild som befinner sig i en situation av vilken det framgår att gemenskapsadministrationen, genom att ge tydliga försäkringar, har väckt grundade förhoppningar hos denne. Tydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter från behörig och tillförlitlig källa utgör, oavsett i vilken form de har lämnats, en sådan försäkran. --- Däremot kan ingen med framgång göra gällande att denna princip har åsidosatts om administrationen inte har givit någon tydlig försäkran ---.

rad att avböja de föreslagna ändringarna. Bolaget bestrider kommunens påstående om att de nya förslagen styrker att bolaget inte hade tänkt utföra entreprenaden i enlighet med förfrågningsunderlaget. I det sammanhanget kan anmärkas att ingen av de föreslagna ändringarna påverkade den slutliga kontraktssumman och utgjorde inte ens några uppenbara besparingar för bolaget. Förslagen innebar inte heller ändringar i anbudet av någon betydelse, vilka kunde innebära att de kom i strid med förfrågningsunderlaget eller skulle bryta mot allmänna principer för offentlig upphandling. Förslagen innebar inte heller att bolaget agerat i strid med den muntliga överenskommelsen som träffades den 27 januari 2012. Bolaget ställer sig frågande till kommunens påstående att parterna skulle ha varit oense därefter. Av den e-postkorrespondens som åberopas av kommunen framgår att parterna senast den 15 februari 2012, dvs. 14 dagar innan kommunen beslutade att avbryta upphandlingen varit slutligt överens om huruvida de tre förslagen till ändring skulle beaktas vid byggnationen.

Det har aldrig varit fråga om att bolaget har motsatt sig att utföra totalentreprenaden i enlighet med förfrågningsunderlaget. De förslag på förändringar som lämnats på bolagets initiativ har endast varit förslag till förbättringar och har inte utgjort krav på ändringar av skall-krav eller av andra förutsättningar i förfrågningsunderlaget. Lämnande av förbättringsförslag är högsta grad brukligt vid såväl totalentreprenad som general-/utförandeentreprenad och syftet har varit att nå bästa möjliga slutresultat. Parterna har dessutom i januari 2012 varit överens om ändringarna. Bolaget har både före och efter den tidpunkten förgäves försökt förmå kommunen att utfärda bekräftelse eller upprätta kontrakt för ömsesidiga undertecknanden. Kommunens dröjsmål och efterkommande beslut om att avbryta upphandlingen har orsakat bolaget skada.

Kommunens avbrytande av förevarande upphandling står i strid med principen om berättigade förväntningar. Kommunen kan inte heller i övrigt

Som exempel kan nämnas att bolaget har ifrågasatt att leverans och fyllning av 10 kubikmeter dieselbrännolja skulle ingå i entreprenaden, vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Bolaget har heller inte känt till om oljetanken skulle placeras utomhus eller inomhus. På ett första möte har bolaget angett underentreprenörer. Dessa har sedan strukits och underentreprenörer var inte utsedda vid det avgörande mötet den 27 januari 2012.

Nya förslag på förändringar i förhållande till förfrågningsunderlaget har ständigt återkommit. Varenda rad som protokollförts vid det avgörande mötet den 27 januari 2012 har tidigare ifrågasatts och var därför nödvändig att dokumentera i protokollet. Enligt kommunens mening har de ständiga förslagen på förändringar i förhållande till förfrågningsunderlaget visat att bolaget motsatt sig att utföra totalentreprenaden i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Tre förslag på stora förändringar gentemot förfrågningsunderlaget inkom t.o.m. efter upphandlingsmötet den 27 januari 2012, där det klart framgick att mötet var avgörande för om upphandlingsprocessen skulle fortsätta med avtalstecknande eller om den skulle avslutas. Om dessa ytterligare förslag inte kommit in hade avtal tecknats. De nya förslagen på förändringar mot förfrågningsunderlaget påvisar och styrker att bolaget inte har tänkt utföra totalentreprenaden i enlighet med förfrågningsunderlaget. Förslagen rörde takets utförande (plåttak i stället för gummitak), flytt av dörr vid port och duschkabin i stället för duschväggar. Ändring av takets utförande innebär en stor funktionsändring. Lutningen är för liten för att använda plåttak. Enligt förfrågningsunderlaget ska det vara ett gummitak som är helt tätt och utan skarvar. De övriga förslagen innebär klara försämringar jämfört med förfrågningsunderlaget.

budssökandena och anbudsgivarna. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges (9 kap. 9 § andra stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet, jfr dåvarande Regeringsrättens, numera Högsta förvaltningsdomstolen, avgörande RÅ 2009 ref 69.

Det är väsentligt att kraven är klart och entydigt beskrivna i såväl förfrågningsunderlaget som en eventuell förnyad konkurrensutsättning. Samtliga krav på det som ska upphandlas ska finnas med i dessa handlingar och det är normalt inte tillåtet att under upphandlingens gång frånga krav eller ställa upp nya krav. Finner den upphandlande myndigheten genom t.ex. nya rön eller erfarenheter att nya krav bör ställas måste upphandlingen avbrytas och göras om. Det ska således av handlingarna framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska antas (skall-krav) och anbud som inte uppfyller samtliga sådana krav får inte antas. Den upphandlande enheten kan också ange vilka krav som bör ingå (bör-krav). Leverantören måste kunna förstå vilka krav som kan frångås och i vilken utsträckning och vilka avseenden så får ske.

Den fråga förvaltningsrätten har att pröva i förevarande mål är om kommunen haft sakliga skäl i enlighet med LOU och praxis för att avbryta den aktuella upphandlingen. Däremot ligger frågan om kommunen från avtalsrättslig synvinkel kan anses ha ingått ett bindande avtal med bolaget redan genom det meddelade tilldelningsbeslutet eller genom den muntliga överenskommelsen vid mötet den 27 januari 2012 utanför såväl processramen i

läggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

En upphandlande myndighet har således förhållandevis stor frihet att avbryta en upphandling så länge de grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet förbudet mot diskriminering, inte träds förnär. Dessa principer kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU enligt vilken upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare anges att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas. Av principerna följer också att beslutet om avbrytande måste vara betingat av sakliga skäl.

I förevarande fall har upphandlingen – vilket torde vara tämligen ovanligt – avbrutits efter det att tilldelningsbeslut meddelats. När utvärdering av lämnade anbud genomförs ställs i allmänhet höga krav på att anbuden ska uppfylla de skall-krav som angetts och att anbuden inte är förenade med reservationer och villkor som medför att det är oklart vad anbudet avser och vilka kostnader ett antagande av detsamma skulle medföra för den upphandlande myndigheten. Anbud som inte uppfyller dessa krav brukar förkastas och därmed inte få delta i den egentliga utvärderingen. Mot den bakgrunden måste likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet i ett fall som det förevarande innebära, att det avtal som tecknas mellan vinnande anbudsgivare och den upphandlande myndigheten i mycket liten utsträckning kan tillåtas skilja sig från de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget.

Av handlingarna i förevarande mål framgår att upphandlingsprocessen av olika skäl dragit ut på tiden och att förutsättningarna för genomförande av den aktuella entreprenaden därmed i viss mån förändrades i förhållande till vad som förutsattes i förfrågningsunderlaget. Det framgår av protokollen

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



Lars-Peter Holmberg

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.