

KLAGANDE
Partille kommun
433 82 Partille

MOTPART
TDC Sverige AB, 556465-8507
Box 799
191 27 Sollentuna

Ombud: Advokat Mikael Dubois och advokat Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 2 februari 2012 i mål nr
15277-11, 17014-11 och 17015-11, se bilaga A

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
fråga om återförvisning av målet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för ny behandling.

YRKANDEN M.M.

Partille kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten, med ändring av för-
valtningsrättens dom, avslår TDC Sverige AB:s (TDC) ansökan om över-
prövning. Kommunen hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och

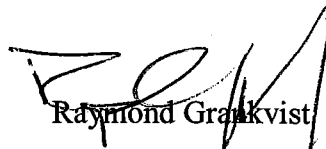
tillägger i huvudsak följande. Den upphandlande myndigheten har en rätt och en möjlighet att förhandla med anbudsgivarna. Det finns dock inte någon sådan skyldighet vid ett förhandlat förfarande. Det finns vidare inte några särskilda formkrav som måste vara uppfyllda för att en förhandling ska anses ha genomförts. Med anledning av att en av anbudsgivarna begärde att få rätta en prisuppgift ansåg kommunen det lämpligt att inleda förhandlingar med båda anbudsgivarna. Syftet var att nå ett så fördelaktigt pris som möjligt. Det kompletteringsföreläggande som skickades till anbudsgivarna ska ses som en del i dessa förhandlingar. Kommunen har i sin handläggning behandlat båda anbudsgivarna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt utan att risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning förelegat.

TDC anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och yrkar i första hand att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska företas varvid TeliaSonera Sverige AB:s (Telia) otillåtna komplettering av anbudspriset inte ska beaktas. I andra hand yrkar TDC att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för ny prövning. TDC hänvisar till vad bolaget anfört i förvaltningsrätten samt tillägger bl.a. följande. Det har inte skett någon förhandling mellan kommunen och anbudsgivarna avseende anbudspriset. Kommunen har tillåtit Telia att ändra sitt anbudspris i upphandlingen efter anbudstidens utgång. Härigenom har kommunen brutit mot kraven på likabehandling och transparens. – Förvaltningsrätten har i sitt avgörande inte prövat om den ändring av anbudspriset som Telia tillåtits göra strider mot 1 kap. 9 § LOU. Inte heller har förvaltningsrätten prövat om kommunen i förevarande situation haft rätt enligt bestämmelserna i 4 kap. LOU att förhandla med anbudsgivarna. Beroende på kammarrättens ställningstagande kan dessa grunder komma att behöva prövas. För det fall kammarrätten finner att det skulle strida mot instansordningsprincipen att företa en sådan prövning ska målet återförvisas till förvaltningsrätten för ny behandling.

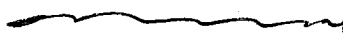
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har grundat sitt avgörande på bedömningen att kommunen frångått sitt eget val av upphandlingsförfarande då man inte genomfört någon förhandling med anbudsgivarna. TDC har dock inte lagt denna omständighet till grund för sin talan i förvaltningsrätten och förvaltningsrätten borde således inte ha prövat om ett ingripande skulle göras på grund av den (jfr RÅ 2009 ref 69). Den omständighet som TDC åberopat som grund för sin ansökan om överprövning, och som förvaltningsrätten inte prövat, är att det förhållandet att kommunen tillåtit Telia att ändra sitt anbudspris efter anbudstidens utgång strider mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § och 9 kap. 8 § LOU. Med hänsyn till instansordningen bör därför förvaltningsrättens dom undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny behandling.

Beslutet får enligt 34 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas.



Raymond Grankvist



Niclas Falkendal
referent



Kristian Karlemon



/Anna Bohlin



SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507
Box 799
191 27 Sollentuna

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

Partille kommun
433 82 Partille

Lerums kommun
443 80 Lerum

Partillebo AB
Box 87
433 22 Partille

Ombud för Lerums kommun och Partillebo AB:
Partille kommun
433 82 Partille

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller TDC Sverige AB:s ansökan och beslutar att
upphandlingen skall göras om.

Dok.Id 127512

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Partille kommun, Lerums kommun och Partillebo AB har genomfört en upphandling avseende operatörsberoende kommunikationstjänster avseende växeltjänst och telefonitjänster (dnr KS/2011:144).

Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Av upphandlingsföreskrifterna framgår att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Av upphandlingsföreskrifterna framgår vidare att anbud skall vara upphandlarens ombud tillhanda senast den 1 november 2011. Det framgår också att kommunerna kan komma att förtydliga förfrågningsunderlaget under anbudstiden och i samband med förhandling.

Anbudsöppning ägde därefter rum den 2 november 2011 och av skrivelse som upprättades i samband med öppningen av anbuderna framgår att två bolag lämnat anbud – TDC Sverige AB (TDC) och TeliaSonera Sverige AB (Telia).

I en skrivelse, daterad den 15 november 2011, uppmanade Partille kommun samtliga anbudsgivare att komplettera sitt anbud med en reviderad prisbilaga i anledning av att en rätningsbegäran inkommit avseende av misstag felaktigt angivna priser. Den reviderade prisbilagan skulle vara kommunen tillhanda senast den 18 november 2011.

Av tilldelningsbeslut den 21 november 2011 framgår att kommunen beslutade att anta Telias anbud.

YRKANDEN M.M.

TDC:s ansökan om överprövning

TDC yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen skall rättas på så sätt att en ny utvärdering skall företas, varvid Telias otillåtna komplettering avseende anbudspris inte skall beaktas, innebärande att Telias anbud skall utvärderas utifrån det ursprungligen angivna priset om 3 000 kr per enhet. Till stöd för sin talan anför TDC i huvudsak följande.

Telias ursprungliga prisuppgift för ”nyttjande av kommunikations-tjänst/telefonist uppgick till 3 000 kr per enhet. I den ändrade prisbilagan som Telia gav in efter att kommunens kompletteringsförfrågan sändes ut uppges motsvarande pris till 1 500 kr per enhet. Av uppgifter från kommunens handlingar framgår att händelseförloppet avseende Telias prisändring i anbudet gick till så att en person från Telia tog kontakt med kommunen den 15 november och begärde att få ändra priset för den aktuella kategorin från 3 000 kr till 1 500 kr. Därefter, samma dag sände kommunen ut en kompletteringsförfrågan till de båda anbudsgivarna, varefter Telia kom in med sin ändrade prisbilaga.

Kommunens beslut att låta Telia ändra sitt anbudspris i upphandlingen efter anbudstidens utgång strider mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Av bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Förtydligande eller kompletterande av handlingar som getts in tillåts också. Endast klargörande av uppgifter som redan angivits i anbudet får således och annat än marginella sakuppgifter får inte tillföras anbudet.

Telia har lämnat en helt ny prisuppgift som inneburit en halvering av bolagets anbudspris för den aktuella kategorin, dvs. en väsentlig förändring som dessutom medförde att Telia vann upphandlingen. Av handlingarna framgår dessutom att initiativet till prisändring kom från Telia och inte från kommunen. Kommunen borde ha lämnat Telias begärda prisändring utan avseende. Grund föreligger därför för att upphandlingen skall rättas. Om Telias prisändring inte hade beaktats hade TDC vunnit upphandlingen med stor marginal, varvid det står klart att TDC kan komma att lida skada.

Partille kommuns inställning

Partille kommun (kommunen) anser att förvaltningsrätten skall lämna TDC:s talan utan bifall samt anför i huvudsak följande. Kommunen har behandlat alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande och öppet sätt samt genomfört upphandlingen affärsmässigt och i enlighet med gällande rätt.

Den upphandlande myndigheten har rätt och möjlighet att förhandla med anbudsgivarna. Av LOU framgår inte uttryckligen vad en förhandling får innefatta eller hur en förhandling skall gå till.

När en av anbudsgivarna begärt rättning av en del av det lämnade priset kunde den upphandlande myndigheten konstatera att det fanns affärsmässiga skäl att begära nya prisuppgifter. Den prisjustering som Telia anmält avsåg en mindre del av priset och utgjorde således inte en väsentlig del av det totala kontraktsvärdet. Vid sådant förhållande bör myndigheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat för att få fram det bästa anbudet. Samtliga anbudsgivare gavs möjlighet att lämna nya prisuppgifter och de fick samma tid på sig för att ge in en reviderad prisbilaga. Samtliga anbudsgivare har således behandlats lika och utan ovidkommande hänsyn. Det framgår även av rättspraxis att upphandlande myndighet av

affärsmässiga skäl kan inleda prisförhandling med leverantörerna. Det är kommunens uppfattning att det funnits affärsmässiga skäl för att inleda en prisförhandling med leverantörerna.

TDC:s bemötande

Kommunens påstående om att en förhandling enligt bestämmelserna i LOU skulle ha genomförts är en ren efterhandskonstruktion av kommunen. Det händelseförlopp som TDC beskrev i sin ansökan har inte bestritts av kommunen, vilket medför att detta får betecknas som ostridigt i sak. Av den skrivelse som kommunen skickade ut framgår inte på något sätt att en förhandling var under genomförande utan endast att det var fråga om en möjlighet för anbudsgivarna att komplettera sitt anbud på grund av eventuella felaktigt angivna priser.

Begreppet affärsmässighet har uttrangerats ur lagstiftningen avseende offentlig upphandling, varför det alltså inte finns något stöd i den nu gällande lagstiftningen för att den tidigare gällande principen om affärsmässighet skall beaktas vid genomförandet av en upphandling, såsom kommunen gjort gällande.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

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

Av 2 kap. 9 § LOU framgår att med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att vid offentlig upphandling skall öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2 – 9 §§.

Enligt 16 kap. 5 § LOU skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts för det fallet att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

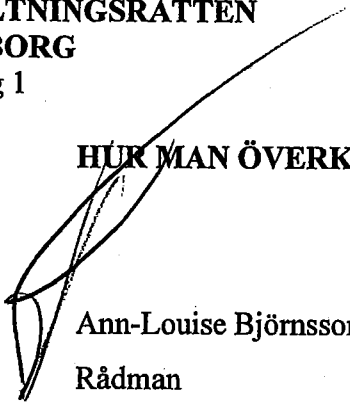
Högsta Förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 69 slagit fast att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt skall ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Högsta Förvaltningsdomstolen har vidare uttalat att förvaltningsrätten bara bör pröva de grunder som sökanden tar upp.

TDC har gjort gällande att kommunen inte genomfört någon förhandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Kommunen har i sin skrivelse till förvaltningsrätten i allmänna termer uttalat sig om att en upphandlande myndighet har rätt och möjlighet att förhandla med anbudsgivare samt, som det får förstås, även gjort gällande att en sådan förhandling ägt rum med Telia angående deras pris. Något bevis för att en sådan förhandling ägt rum saknas, utöver kommunens vaga uttalanden under skriftväxlingen i

förvaltningsrätten. I stället finns det enligt förvaltningsrätten omständigheter som talar för motsatsen, dvs. att det inte skett någon förhandling. TDC har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten redogjort för hur de uppfattat händelseförloppet och nämnda beskrivning har inte ifrågasatts av kommunen och den beskrivningen innefattar inte något förhandlingsmoment. Vidare har kommunen 13 dagar efter det att man öppnade anbuden skickat ut en kompletteringsförfrågan där anbudsgivarna gavs möjlighet att inkomma med en revideras prisbilaga i anledning av att en rättningsbegäran inkommit avseende felaktigt lämnat pris. Nämnda förhållande utgör, enligt förvaltningsrätten, bevis för att det inte förekommit någon förhandling på sätt som kommunen gjort gällande. I sammanhanget kan det även noteras att kommunen i upphandlingsföreskrifterna angett att man kunde komma att anta anbud utan föregående förhandling. Sammantaget medför detta enligt förvaltningsrättens bedömning att TDC, som har bevisbördan, har visat att någon förhandling inte skett.

Huvudregeln då en upphandling genomförs är att den upphandlade myndigheten skall välja antingen ett öppet förfarande eller ett selektivt förfarande. Ett förhandlat förfarande kan endast användas i undantagsfall och om vissa i lagen angivna specifika förhållanden föreligger. I lagförarbetena anförs att avsikten med det förhandlade förfarandet är att anbuden skall anpassas till den upphandlande myndighetens krav och få fram det bästa anbudet, se prop. 2006/07:128 sid. 323. Det finns alltså ingen möjlighet, såsom kommunen synes mena, då man valt det förhandlade förfarandet att välja bort förhandlingsmomentet. Kommunen har därmed frångått sitt eget val av upphandlingsförfarande då man underlåtit att förhandla. Till följd härav anser förvaltningsrätten att det redan på denna grund finns skäl för ett ingripande med stöd av LOU. Förfarandet har medfört att TDC riskerat att lida skada. Med hänsyn till att det är fråga om så stora och grundläggande brister anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att besluta om rättelse utan att upphandlingen måste göras om.

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



Ann-Louise Björnsson
Rådman