



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-04-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 22875-12

SÖKANDE

CJ Lastmaskiner AB, 556479-6828
 Solbackavägen 2
 177 71 Järfälla

Ombud: Advokat Roland Adrell och jur.kand. Sara Karlsson
 Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
 Kungstorget 2
 411 17 Göteborg

MOTPART

Järfälla kommun, 212000-0043
 177 80 Järfälla

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock, jur.kand. Lina Schött och
 jur.kand. Mikael Engström
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

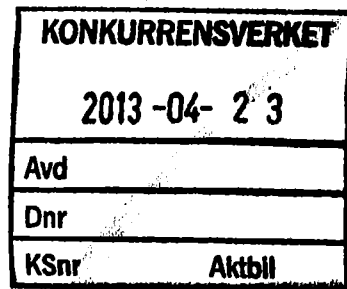
SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Järfälla kommuns yrkande om muntlig
 förhandling.

Förvaltningsrätten avslår CJ Lastmaskiner AB:s ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Järfälla kommun (kommunen) genomför en upphandling av maskintjänster för anläggningsarbeten och maskintjänster för vinterväghållning inom Järfälla kommun (Dnr Ten 2012/402) för tiden 2012-10-01—2014-09-30, med möjlighet till förlängning av avtalet ytterligare ett år. CJ Lastmaskiner AB (CJ Lastmaskiner) tilldelades kontraktet i tilldelningsbeslut den 6 september 2012.

Den 26 oktober 2012 beslöt kommunen att avbryta upphandlingen med motiveringen att det efter att tilldelningsbeslutet fastställdes har upptäckts flera allvarliga avvikelser och oklarheter i förfrågningsunderlaget och anbudsunderlaget är inte fullständigt. Det är också oklart hur lång avtalstiden är och hur stor del som utgör den fasta ersättningen till CJ Lastmaskiner.

Kommunen beslöt den 1 november 2012 att påbörja en ny upphandling Vinterväghållning 2012-2013 (Dnr Ten 2012/636). CJ Lastmaskiners ansökan om överprövning av den nya upphandlingen avskrevs av förvaltningsrätten i beslut den 7 december 2012 (mål nr 22994-12) eftersom avtal tecknats mellan kommunen och CJ Lastmaskiner.

CJ Lastmaskiner ansöker om överprövning och yrkar, såvitt nu är i fråga, att förvaltningsrätten undanröjer avbrytandebeslutet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

CJ Lastmaskiner anför i huvudsak följande. Det förelåg inte sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Bara skälen i avbrytandebeslutet bör läggas till grund för förvaltningsrättens prövning. Förfrågningsunderlaget var inte bristfälligt. Eventuella otydligheter i förfrågningsunderlaget har inte lett till

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

att anbudsgivare tolkat förfrågningsunderlaget annorlunda eller medfört att kommunen inte kunnat välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Ingen presumtiv anbudsgivare har ställt frågor till kommunen under anbudstiden, vilket visar att ingen avstått från att avge anbud pga.

punkterna där förtydligande efterfrågats. CJ Lastmaskiner har inte begärt ändringar i villkoren gällande bl.a. garantin eller beredskapsersättningarna och är fortfarande villiga att teckna avtal utan förtydliganden eller korrigeringar. Kontraktstiden var exakt angiven i förfrågningsunderlagets AFA.21 till "2012-10-01 – 2014-09-30", med möjlighet till förlängning ytterligare ett år. Kommunens önskan att ändra ersättningsnivåerna efter tilldelningskontraktet utgör inte sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

CJ Lastmaskiner har inte avsett att utnyttja underleverantörer, vilket framgår tydligt i anbudet, och uppfyller därför alla ska-krav.

CJ Lastmaskiner har lidit skada av beslutet att avbryta upphandlingen eftersom de diskuterade avtalsändringar vid två planeringsmöten och förväntade sig att teckna avtal, varför de gjorde kostsamma investeringar genom bl.a. nyrekrytering av personal och nyinvesteringar i maskinpark.

Kommunen anför i huvudsak följande. Det finns inget hinder mot att avbryta en upphandling efter att tilldelningsbeslut meddelats. Av avbrytandebeslutet framgår att "flera allvarliga avvikelser och oklarheter har upptäckts i förfrågningsunderlaget. Anbudsunderlaget är inte fullständigt". Behov att väsentligen ändra förfrågningsunderlaget, som var icke-transparent och ofullständigt, utgör sakliga skäl att avbryta upphandlingen. CJ Lastmaskiner har efter tilldelningsbeslutet framfört över 30 frågor och oklarheter om bl.a. ersättningen för utförandet av tjänsten, risktagande, garanti och kontraktstid. Bolaget påtalade allvarliga brister i förfrågningsunderlaget och vägrade ingå avtal om inte flera av villkoren ändrades. Kommunen och bolaget har bl.a. olika tolkning om hur stor beredskapsersättningen ska vara enligt AFC.61 – skillnaden är 1,4 miljoner kr/år. De oklarheter och motstridigheter som uppdragats visar

att förfrågningsunderlaget är icke-transparent och behäftat med ett flertal väsentliga avvikelser samt otydligheter, i strid med lagen om offentlig upphandling (2007:1091, LOU) och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Det är omöjligt att justera kontraktet utan att göra väsentliga förändringar av förutsättningarna i upphandlingen, eftersom antalet avvikelser och otydligheter är betydande och rör obligatoriska krav. Förtydligandena borde ha framgått redan i förfrågningsunderlaget och varit tillgängliga för samtliga potentiella anbudsgivare. Det går inte att utesluta att leverantörer avstått från att lämna anbud i upphandlingen pga. förfrågningsunderlagets bristande utformning. Oklarheterna har stor betydelse för utformningen av en leverantörs anbud.

Förfrågningsunderlaget hämtades av 23 olika leverantörer, men endast två leverantörer lämnade anbud. En leverantör har uttryckligen förklarat att den inte lämnade anbud pga. förfrågningsunderlagets utformning. Vid ett möte den 23 oktober 2012 uppgav CJ Lastmaskiner att de avser utnyttja underleverantörer, vilket de inte angett i anbudet. Bolaget uppfyller därför inte det obligatoriska kravet i AFB.31 stycke 4, p. 9 i förfrågningsunderlaget. Örena anbud ska alltid förkastas. Även på denna grund har kommunen haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

CJ Lastmaskiner har inte lidit någon skada pga. beslutet att avbryta upphandlingen eftersom inget kontrakt kunde tilldelas. Kommunen har inget ansvar för eventuella påstådda maskininvesteringar som CJ Lastmaskiner gjort efter tilldelningsbeslutet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga i målet är om det funnits förutsättningar för kommunen att avbryta upphandlingen på de av kommunen angivna grunderna, dvs. att flera allvarliga avvikelser och oklarheter har upptäckts i förfrågningsunderlaget och att anbudsunderlaget inte är fullständigt.

Av EG-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 s. 1-5553 punkt 40 och 47). Av praxis följer vidare att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, punkt 41 samt RÅ 2008 ref. 35 och där angivna rättsfall). Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se bl.a. C-244/02, Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. 1-12139 och RÅ 2009 ref. 43).

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är begränsade. I LOU saknas detaljerade regler beträffande förfrågningsunderlag både avseende utformning och ändringar som förtydliganden och kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får således bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som bl.a. kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande myndighet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbud ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar. För att principen om öppenhet i LOU ska tillgodoses är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera förändringarna som kompletteringar eller tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. Istället bör upphandlingen avbrytas och en ny

upphandling äga rum. (se bl.a. Kammarrättens i Stockholm dom den 18 juni 2012, mål nr 1589-12.)

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, dock under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. (RÅ 2002 ref. 50)

Lämpligheten i att avbryta en upphandling först efter att tilldelningsbeslut meddelats och ansökan om överprövning begärts kan ifrågasättas. Särskilt när de påstådda bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget. Det finns dock inget stöd för att en upphandling inte får avbrytas sedan tilldelningsbeslut meddelats. (Kammarrättens i Stockholm dom den 28 april 2011, mål nr 4614-10)

Kommunen har som skäl för att avbryta upphandling anfört att det framkommit att förfrågningsunderlaget är behäftat med väsentliga brister och motstridigheter, vilka inte kan justeras utan att det medför väsentliga förändringar mot de ursprungliga villkoren. Enligt kommunen föreligger det därför brister i transparensen i förfrågningsunderlaget som är hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen av upphandlingen, vilket medför att upphandlingen inte gett förutsättningar för antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

CJ Lastmaskiner har invänt att kommunen avbrutit upphandlingen på grund av smärre felaktigheter i förfrågningsunderlaget som varken påverkat det konkurrensuppsökande skedet eller utfallet i upphandlingen. De smärre otydligheter som CJ Lastmaskiner påpekat innebär enligt bolaget inte att uppgifterna i förfrågningsunderlaget eller kontraktet behöver förändras. De innebär inte heller någon väsentlig förändring av

förutsättningarna i upphandlingen eller att upphandlingen övergått till en otillåten direktupphandling. Det finns inga avvikelser och otydligheter som berör obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte gett några konkreta exempel på vilka de påstådda otydligheterna är eller hur de påverkat upphandlingen. Förfrågningsunderlaget innehåller inga sådana brister eller otydligheter att upphandlingen på något sätt stridit mot LOU eller de grundläggande principerna. Det är olämpligt att avbryta en upphandling efter att tilldelningsbeslut meddelats, särskilt om de påstådda otydligheterna härrör från förfrågningsunderlaget. De påstådda bristerna utgör därför enligt CJ Lastmaskiner inte saklig grund för att avbryta upphandlingen.

Av utredningen framgår att kommunen har angett följande brister i förfrågningsunderlaget.

- Enligt obligatoriskt krav (AFB.513) ska anbudsgivare kunna tillhandahålla bl.a. "2 runtomsvängande grävmaskiner, 22-26 ton". Det anges dock inte om de ska vara hjulburna eller bandburna. Maskinerna kostar olika mycket att köpa och olika mycket att använda.
- Av förfrågningsunderlaget framgår endast att kommunen anvisar arbetsområde för vinterväghållning respektive sandupptagning inför varje säsong (AFC.12). Arbetsområdet är alltså inte preciserat.
- Enligt obligatoriskt krav (AFC.132) ska en leverantör stå i ständig beredskap för inställelse. Någon närmare beskrivning av innebörden av ständig beredskap finns inte angiven.
- Det är ett obligatoriskt krav (AFC.161) att erforderliga tillstånd ska utverkas och bekostas av leverantören. Det är inte närmare angivet vilka tillstånd som är aktuella.
- Det är omöjligt att utföra sandning och samtidigt, utan dispens, uppfylla kravet på att leverantörerna ska följa gällande axel- och boggitrycksbestämmelser (AFC.181).

- Av förfrågningsunderlaget framgår inte vilken referenssumma vite ska beräknas på (AFC.511).
- Leverantörerna är utan begränsning skyldiga att ersätta kommunen för utredningskostnader i händelse av att leverantören blir skadeståndsskyldig gentemot tredje man (AFC.53).

Enligt förvaltningsrättens mening är de oklarheter som kommunen påvisat i förfrågningsunderlaget så betydande, båda vad gäller omfattning och innebörd, att de rimligen har påverkat viljan och möjligheterna för potentiella leverantörer att lämna anbud på det sätt som kommunen har gjort gällande. Oklarheterna finns till stor del i de obligatoriska kraven. Underlaget för upphandlingen har därför inte varit så tydligt och transparent att leverantörerna har kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. De förtydliganden och förklaringar som enligt kommunen hade varit nödvändiga att genomföra efter tilldelningsbeslutet utgör, enligt förvaltningsrättens mening, sådana väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget att det slutliga kontraktet med ändringar inte längre kan anses motsvara det utannonserade uppdraget. Detta strider mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten om öppenhet och transparens.

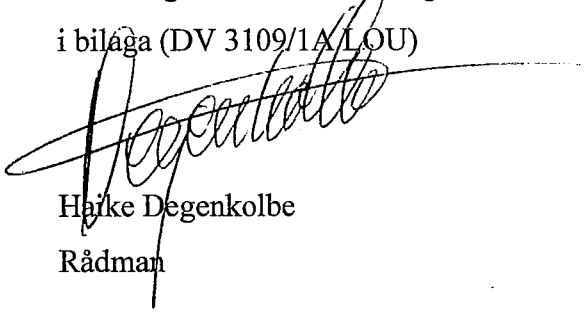
Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de skäl som kommunen har åberopat i sitt beslut för att avbryta upphandlingen är sakligt godtagbara och att beslutet att avbryta upphandlingen inte varit godtyckligt. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har åsidosatts genom beslutet. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Vid denna utgång saknas anledning att hålla muntlig förhandling i målet, varför kommunens yrkande därom ska avslås.

Det saknas också anledning att ta ställning till frågorna om
CJ Lastmaskiner har lämnat ett orent anbud, har uppfyllt ska-kraven och
har lidit skada.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns
i bilaga (DV 3109/1A/LOU)



Härke Degenkolbe
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Klas Granlund har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 3109/1A LOU