



SÖKANDE

NCC Industry AB, 556302-3307
170 80 Solna

MOTPART

Landskrona stad
Stadshuset
261 80 Landskrona

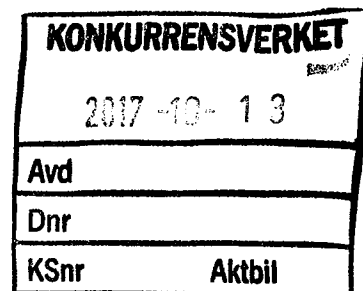
Ombud: Advokat Viveka Bonde
Füerst & Partners Advokatfirma AB
Riddargatan 7A
114 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår NCC Industry AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Landskrona stad (Staden) genomför upphandling av ramavtal avseende beläggingsarbete och vägmarkeringsmålning, drift och underhåll. Upphandlingen genomfördes inledningsvis som ett öppet förfarande och genom tilldelningsbeslut den 2 maj 2017 tilldelades Peab Asfalt AB uppdraget. Den 9 maj 2017 återkallar Staden tilldelningsbeslutet då inte heller Peab Asfalt AB uppfyller ställda krav. Eftersom det vid dessa förhållanden inte fanns något giltigt anbud i upphandlingen beslutade Staden enligt 6 kap. 6 § LOU att övergå till ett förhandlat förfarande. Staden gick därefter den 10 maj 2017 ut med en begäran om att samtliga anbudsgivare skulle inkomma med kompletteringar till sina anbud för att täcka de brister som fanns i respektive anbud. Staden begärde också in en förklaring på låga anbudspriser från Peab, Sydbeläggningar och NCC. Genom tilldelningsbeslut den 29 maj 2017 ska uppdraget tilldelas i första hand Peab Asfalt AB, i andra hand Sydbeläggningar AB och i sista hand NCC Industry AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

NCC Industry AB (NCC) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till grund för ansökan anförs i huvudsak följande. Staden har under pågående upphandling övergått från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande, eftersom inget anbud uppfyllde samtliga krav i upphandlingen. Utan att annonsera på nytt har Staden gett anbudsgivarna möjlighet att komplettera sina anbud i syfte att läka bristerna i respektive anbud. Eftersom bristerna i anbuden hänför sig till kvalificeringskrav saknas lagliga möjligheter att avstå från att annonsera upphandlingen på nytt. Stadens agerande strider mot LOU. Stadens underlåtenhet att annonsera en upphandling som rätteligen ska annonsera innebär att staden nu genomför en otillåten direktupphandling. Genom att Staden inte har annonserat upphandlingen på nytt har NCC förtagits möjligheten att inkomma

med ett nytt, konkurrenskraftigt anbud. Om NCC hade beretts möjlighet att inkomma med ett nytt anbud efter en ny annonsering hade NCC haft goda möjligheter att rangordnas etta i ramavtalet. Genom att inte rangordnas etta kommer NCC att gå miste om de avrop om maximalt två miljoner kronor som Staden kommer att göra framgent. Eftersom upphandlingsfelet hänförs sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Av LOU framgår att upphandlande myndighet får övergå från öppet till förhandlat förfarande då de anbud som lämnats är ogiltiga eller inte acceptabla. En övergång till förhandlat förfarande med föregående annonsering innebär att upphandlingen annonseras på nytt som ett förhandlat förfarande. Upphandlande myndighet får avstå från annonsering endast om den i förfarandet tar med anbudsgivare som inte ska uteslutas och som uppfyller kvalificeringskraven samt som har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven i anbuds förfarandet i det föregående öppna förfarandet.

Eftersom samtliga anbudsgivare lämnat anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten är de ogiltiga och förutsättningar för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte förelagat. Då staden nu underlåter att annonsera upphandlingen på nytt innebär att staden genomför en otillåten direktupphandling.

Landskrona stad (Staden) bestrider NCC Industry AB:s ansökan om överprövning och anser att ansökan ska avslås. Staden anför bl.a. följande. Staden anser att förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda, eftersom en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande har lämnats anbud som är ogiltiga eller inte acceptabla. Enligt LOU behöver alltså inte ett förhandlat förfarande ånyo annonseras om de anbudsgivare som bjuds in till det förhandlade förfarandet inte ska uteslutas och uppfyller kvalificeringskraven samt de krav som den upp-

handlande myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande. Ytterligare en förutsättning för att medge underlåtenhet att annonsera upphandlingen är att endast leverantörer som har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna förfarandet bjuds in till det förhandlade förfarandet. Det bör framhåvas att de krav som ställs på uppfyllande av kvalificeringskraven avser anbudsgivarna och inte de ingivna anbuden. Att ett anbud innehåller brister med avseende på bevisning om att anbudsgivaren uppfyller kvalificeringskraven eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, behöver sålunda inte innebära att anbudsgivaren inte uppfyller nämnda krav. Det är Stadens uppfattning att samtliga anbudsgivare uppfyllde de i upphandlingen ställda formella kraven för anbudsförfarandet i enlighet med LOU.

Det ska understrykas att det saknas någon närmare vägledning i de bakomliggande direktiven, förarbetena och praxis om vad som utgör formella krav. I Stadens förfrågningsunderlag AFB.31 lisats de formella kraven i upphandlingen ifråga. Staden har gjort bedömningen att samtliga anbudsgivare uppfyllde de i upphandlingen uppställda formella kraven för anbudsförfarandet i enlighet med LOU redan i det tidigare öppna förfarandet.

Vid övergången till förhandlat förfarande gavs samtliga anbudsgivare möjlighet att komplettera sina anbud och därmed rätta de brister som respektive anbud innehöll. Vad som hade varit den aktuella bristen i respektive anbud tydliggjordes av Staden. Förfrågningsunderlaget förblev identiskt i det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering. Upphandlingen hade givetvis redan annonserats en gång i det öppna förfarandet. Staden har därmed följt principen om likabehandling, transparens samt icke diskriminering i detta hänseende.

Gällande de aktuella bristerna var samtliga att härröra till dokumentation att inlämna för att fastställa att sätta krav i de administrativa föreskrifterna uppfylldes. Det är dokumentation som Staden kan begära att anbudsgivaren rättar, förtydligar eller kompletterar anbudet med enligt LOU så länge Stadens åtgärd är förenlig med principen om likabehandling och öppenhet, vilket innebära att alla ges motsvarande möjlighet att inkomma med kompletteringar. Åtgärden var ägnad att gynna effektiv konkurrens, vilket understöds av att samtliga leverantörer gavs möjlighet att komplettera sina anbud. De kompletteringar till i anbudet levererade handlingar som Staden efterfrågade i förhållande till samtliga anbudsgivare som deltagit i det öppna förfarandet, gjordes sålunda i enlighet med likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen samt principen om transparens. Staden tilldelade därefter avtalet till den anbudsgivare som gett in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det föreligger ingen skada och ansökan ska avslås.

Det ska även understrykas att Staden hela tiden under det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering respekterat det ursprungliga underlaget i upphandlingen. Vidare var inte de krav som uppställdes i det öppna förfarandet orimligt stränga eller omöjliga att uppfylla. Därmed har inte heller proportionalitetsprincipen trätts förnär.

NCC har slutligen inte visat på vilket sätt de lidit eller riskerat att lida skada på grund av det efterföljande förhandlade förfarandet utan annonsering. Kammarrätten i Sundsvall har i mål 2550-16 uttalat att det den klagande parten inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada då den upphandlande myndigheten inte hade ändrat villkoren för kontraktet vid övergången till förhandlat förfarande. NCC har inte missgynnats i förhållande till övriga anbudsgivare genom övergången till förhandlat förfarande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan 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 6 kap. 6 § LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.

Vidare får, enligt 6 kap. 16 § LOU, en upphandlande myndighet i de fall som avses i 6 kap. 6 § LOU avstå från att annonsera upphandlingen på nytt om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som

1. inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap,
2. uppfyller de krav som anges i 14 kap. och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och
3. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga ska sökanden

visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Vid prövning av LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

NCC Industry AB gör gällande att Staden har brutit mot LOU genom att övergå från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då alla förutsättningar för en sådan övergång inte har förelagat. På grund av att Staden inte annonserat upphandlingen på nytt har bolaget förtagits möjligheten att inkomma med ett nytt konkurrenskraftigt anbud och har därmed lidit eller kunnat komma att lida skada.

När det först gäller frågan om tillämpat upphandlingsförfarande kan konstateras att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förfarandet, som innebär ett undantag från annonseringsskyldigheten, är tillämpligt. Staden har motiverat övergången till det aktuella förfarandet med att inget av de anbud som inkommit under det inledande öppna förfarandet uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och därför var ogiltiga. Med hänvisning till att anbudsgivarna uppfyllde kraven i 6 kap. 16 § LOU har staden valt att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Såvitt framgår av utredningen har inga andra än de ursprungliga anbudsgivarna fått delta i det förhandlade förfarandet. Förvaltningsrätten delar stadens uppfattning att det under de aktuella omständigheterna har varit förenligt med LOU att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av åberopade brister avseende valt upphandlingsförfarande föreligger enligt rättens mening således inte.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

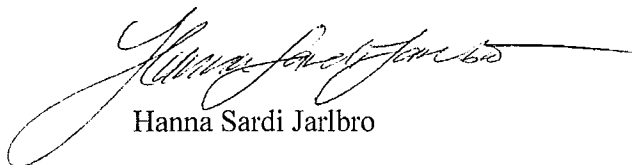
DOM

Det har inte heller visats att Landskrona stad i den slutliga utvärderingen tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Vidare har NCC i sin ansökan inte klargjort eller konkretiserat på vilket sätt övergången till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Enligt förvaltningsrättens mening har NCC inte förmått visa att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada till följd av återopad brist i upphandlingsförfarandet. Vid nu angivna förhållanden ska ansökan avslås.

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



Hanna Sardi Jarlbro

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.