



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Per Gyllenstierna

DOM
2013-06-11
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1628-13

SÖKANDE

Bowltech Sweden AB, 556316-8060
Viaredsvägen 4 B
504 64 Borås

Ombud: Advokat Pär Caldenby
Caldenby Advokat AB
Hagtornsgatan 3
413 21 Göteborg

MOTPART

Nybro kommun
382 80 Nybro

Ombud: Advokat Anders Nilsson och jur. kand. Lovisa Molander
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bowltech Sweden AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 1 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 72923

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Nybro kommun (kommunen) har inlett en offentlig upphandling av utbyte av kägelresningsmaskiner samt klotreturrännor, projektnummer 2013/01-0013. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande. Utvärderingen skedde på så sätt att det anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt antogs.

Genom tilldelningsbeslut den 18 april 2013 tilldelades Bowltech Sweden AB (bolaget) kontraktet. Samma dag beslutade kommunen att avbryta upphandlingen.

Kommunen anförde som skäl för att avbryta upphandlingen bl.a. följande. Bolaget hade i sitt anbud angivit att nedmontering och bortforsling av gammal utrustning ingick. I förfrågningsunderlaget står det att beställaren nedmonterar och bortforslar befintlig utrustning. Kommunen ställde en fråga till bolaget om denna omständighet förändrade priset något. Bolaget svarade att priset kunde sänkas med 15 000 kr. Det förändrade inte den inbördes ordningen mellan anbuden då bolaget hade lämnat lägst anbud. Efter tilldelning kontaktade den andra anbudsgivare, VBS Bowling AB (VBS), kommunen och ansåg att VBS inte fått chansen att komplettera anbudet. VBS har i anbudet angett att beställaren ansvarar för bortforsling och skrotning av demonterade klotreturer. VBS ansåg att skrivningen i VBS anbud att demontering av fyra stycken klotreturer ingår borde gett även VBS-möjligheten att komplettera sitt anbud. Kommunen ansåg att det var rimligt. I och med att tilldelningsbeslut har röjt sekretessen så gjorde kommunen bedömningen att upphandlingen inte kunde kompletteras ytterligare. Eftersom likabehandlingsprincipen måste iaktas avbröts upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att kommunens tilldelningsbeslut ska bli fortsatt gällande och bolaget därmed tillerkänns den aktuella upphandlingen. Som skäl för sin inställning anför bolaget i huvudsak följande. Saklig grund för att avbryta upphandlingen har inte förelegat. Kommunen har genom sitt agerande röjt sekretessen och åsidosatt konkurrensneutraliteten mellan parterna. Kommunen har grundat sitt beslut på en felaktigt tolkad materiell bakgrund.

Av upphandlingsprotokoll av den 18 april 2013 framgår att bolaget vann med ett lägre anbud än det som lämnades av den andre anbudsgivaren VBS. I samband med tilldelningen kontaktades bolaget av kommunen och tillfrågades angående förhållandet att bolaget angett att demontering av de gamla maskinerna ingick i anbudet, medan förfrågningsunderlaget angett att kommunen som beställare monterade ned de gamla maskinerna. Bolaget vidgick att det var ett förbiseende - normalt svarar leverantören för demontering av gammal utrustning - och det påverkat priskalkylen med 15 000 kr. Kommunen önskade och fick avräkna detta belopp från hela anbudssumman, mot att demonteringsarbetet alltså utfördes av kommunen. Det ska noteras och understrykas att bolaget, oavsett förbiseendet, hade det lägsta anbudet och alltså hade vunnit upphandlingen oavsett prisreduktion. Dessutom svarar anbudsgivaren själv för eventuella misstag i att inkludera varor eller tjänster som inte efterfrågas av beställaren, liksom för att ingivet anbud i sådant fall kan komma att vara för högt prissatt och därmed förlora upphandlingen. Motsatt tolkning skulle leda till brister i transparens och förutsebarhet för anbudsgivare generellt om vad som gäller. Noterbar är vidare regeln i 15 kap. 12 § LOU om rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Förbiseendet måste ha framstått som uppenbart för kommunen, om också direkt reagerade på det. VBS deklarerade tydligen att

VBS i den uppkomna situationen borde ha beretts tillfälle att justera sitt pris, men som bolaget uppfattar det avseende en helt annan fråga. VBS hade i sitt anbud exkluderat demonteringsarbete inte bara för kägelrensningmaskinerna utan även för de s.k. klotreturerna. Effekten blev att kommunen beslutade att avbryta hela upphandlingen och förklarade att den skulle göras om.

De ingivna anbuden är nu offentliga. Ett omtag på upphandlingen innebär en uppenbar risk för att den förlorande parten dumpar sitt pris för att vinna den nya upphandlingen och bolaget måste då följa efter. Detta skulle naturligtvis gynna kommunen, men skulle samtidigt helt omkullkasta den konkurrensneutrala spelplan som ska råda mellan anbudsgivarna. Oavsett hur utfallet av en ny upphandling skulle bli, så skulle bolaget komma att lida skada jämfört med att kvarstå som vinnande anbudsgivare i den redan genomförda upphandlingen.

För att avbryta en upphandling krävs sakliga skäl, vilka inte får riskera att missgynna någon part, eller bryta mot de allmänna principerna till grund för LOU, dvs. proportionalitet och konkurrensneutralitet.

Det framgick mycket klart att kommunen själv skulle demontera de gamla kägelrensningmaskinerna och det var i det avseende bolaget gjorde sitt förbiseende. Beträffande klotreturerna anges emellertid inte i förfrågningsunderlaget att kommunen ansvarar för demontering och omhändertagande av dem. VBS hade dock utgått från att så skulle vara fallet och därmed uppenbarligen räknat bort den kostnaden från sitt anbud, vilket därmed kommit att bli lägre än vad det borde ha varit; en korrigering kan alltså inte rimligen tänkas resultera i en sänkning. Trots att denna kostnad är med i bolagets anbud har det varit det lägsta anbudet. Kommunens beslut är således fattat på grundval av att VBS borde ha avgett ett högre pris, vilket up-

penbarligen inte skulle kunna ändra rangordningen mellan anbudena och därför inte heller ska kunna utgöra grund för ett avbrytande.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges att kommunen nedmonterar och bortforslar befintlig utrustning. Vid genomgången av bolagets anbud upptäckte kommunen att det i anbudet ingick nedmontering och bortforsling i bolagets anbud. Kommunen ställde därför frågan om bolagets anbudspris skulle bli lägre om nedmontering och bortforsling av befintlig utrustning inte skulle ingå. Bolaget uppgav att detta var ett misstag och i tilldelningsbeslutet angavs att bolaget tillåtits att justera priset nedåt med 15 000 kr. Därefter kontaktade VBS kommunen och anförde att även deras pris var beräknat utifrån att demontering av klotreturer ingick i uppdraget. VBS påpekade att kommunen hade överträtt likabehandlingsprincipen eftersom endast bolaget tillåtits justera ned sitt anbudspris. Kommunen konstaterade att VBS påpekande var korrekt och gjorde samtidigt bedömningen att förfrågningsunderlaget var otydligt vad gäller vad som skulle ingå i uppdraget i detta avseende. Med hänsyn till detta återkallade kommunen den 18 april 2013 tilldelningsbeslutet och meddelade samtidigt att upphandlingen avbröts.

Kommunen har låtit bolaget justera sitt anbudspris. I bolagets ursprungliga anbudspris inkluderas demontering och bortforsling av gammal utrustning. Bolaget justerade ned priset med 15 000 kr. Först efter tilldelningsbeslutet hade fattats upptäckte kommunen att även VBS-anbudspris innefattade ett visst mått av demontering av utrustning, dvs. demontering av befintliga klotreturer. VBS gavs dock inte möjlighet att justera sitt anbudspris innan tilldelningsbeslutet fattades.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att nedmontering och bortforsling av skrot avseende kägelresningsmaskinerna ska hanteras av kommunen.

Det framgår dock inte tydligt vem som bär ansvaret för att byta ut/demontera klotreturerna. Båda anbuden innehöll inslag av demontering, men endast bolaget fick möjligheten att justera anbudspriset. Rätteligen skulle även VBS fått möjligheten att justera sitt anbud på motsvarande sätt. Den aktuella prisjusteringen är knappast att se som en uppenbar felskrivning utan snarare som ett förtydligande eller en komplettering. Komplettering är endast tillåten om den kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunens förfarande riskerade att strida mot likabehandlingsprincip i det att endast en av anbudsgivarna getts möjlighet att justera sitt pris. Vidare har förfrågningsunderlaget sannolikt inte varit tillräckligt tydligt beträffande ansvaret för utbyte av skadade klotreturer, vilket även bolaget påpekat. Det är uppenbart att anbudsgivarna har uppfattat förfrågningsunderlaget på olika sätt. VBS har utgått från att kommunen ansvarar för bortforsling och skrotning av demonterade klotreturer. Själva demonteringen av fyra klotreturer ingick dock i VBS:s anbud. Av bolagets anbud framgår istället att bolaget uppfattade förfrågningsunderlaget som om demontering och bortforsling av "gammal utrustning" skulle inkluderas i priset. Kommunens uppfattning är att VBS sannolikt skulle ha sänkt sitt anbudspris och räknat bort kostnaden för demonteringen av klotreturer om VBS skulle ha fått möjlighet till det. Enligt kommunen är det omöjligt att säga vilket anbud som skulle ha antagits om VBS hade tillåtits justera sitt pris.

Det förhållandet att endast den ena anbudsgivaren tillåtits att justera sitt anbud riskerar att stå i strid med principen om likabehandling. Eftersom det synes stå klart att anbudsgivarna har uppfattat kommunens förfrågningsunderlag på olika vis gör kommunen bedömningen att underlaget brister i tydlighet och därmed mot principen om transparens. Mot bakgrund av dessa slutsatser har det förelagat sakliga skäl för kommunen att avbryta upphandlingen. Det föreligger inte några överträdelse av LOU och någon

åtgärd enligt 16 kap. LOU kan därför inte komma ifråga. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Bolaget tillägger bl.a. följande. Varken anbudsgivare eller kommunen har under anbudstidens gång ansett att den i målet aktuella frågan var oklar. Förfrågningsunderlaget kan inte förstås på annat sätt än att kommunen avsett att helt själv montera ned och forsla bort kägelrensningmaskinerna. Samma förutsättning har inte gällt avseende de skadade och för byte aktuella klotreturrännorna. Att bolagets anbud av misstag kom att omfatta mer än vad kommunen efterfrågat i förfrågningsunderlaget, dvs. nedmontering och bortforsling även av de gamla kägelrensningmaskinerna, gör ingen skillnad mot att bolaget uppfyllt ställda krav. VBS har egentligen uteslutit något som kommunen enligt ordalydelsen faktiskt har efterfrågat, bortforsling och skrotning av klotreturrännorna, och borde egentligen ha diskvalificerats från prövning. Att olika anbudsgivare må uppfatta förutsättningarna något olika gör inte att ett förfrågningsunderlag ska anses otydligt och allt måste göras om. Att medge en sådan sak vore att öppna upp för en helt fri rätt för leverantörer att spela dumma när de inte vunnit en upphandling och därmed uppnå en ny chans i upphandling nummer två. Att godta kommunens skäl för att avbryta upphandlingen i förevarande fall skulle vara oproportionerligt och att ge företräde för en opportun misstolkning av vad som faktiskt har angetts i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt de grundläggande rättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Under det aktuella upphandlingsförfarandet uppstod en situation varefter kommunen ansåg sig föranledd att avbryta upphandlingen. Frågan i målet

är således om kommunen har haft saklig skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

Upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00). EU-domstolen har vidare uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98).

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Bland de skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (RÅ 2008 ref. 35) och för dyra anbud (RÅ 2009 ref. 43).

Av förfrågningsunderlaget punkten 2.1. framgår bl.a. följande. Nuvarande maskiner, av märket AMF, installerades i samband med att hallen byggdes 1979 och ska nedmonteras och forslas bort för skrotning. Detta hanteras av beställaren. Klotreturrännorna (enligt "frågor och svar" rätteligen klotreturer) i anslutning till maskinerna är skadade och ska bytas ut.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kommunen har tillfrågat bolaget om priset påverkas av att bolaget i sitt anbud angett att demontering och bortforsling av gammal utrustning är inkluderat, trots att detta enligt förfrågningsunderlaget skulle utföras av beställaren. Bolaget har därvid svarat att priset kunde sänkas med 15 000 kr. Därefter har VBS påpekat att det strider mot likabehandlingsprincipen att endast bolaget givits tillfälle att justera sin prisuppgift. Kommunen

gör gällande att den haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen dels eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen om VBS inte fick tillfälle att justera lämnad prisuppgift och dels då förfrågningsunderlaget är otydligt och således strider mot principen om transparens.

Att endast en av anbudsgivaren skulle få möjlighet att justera sin prisuppgift innebär enligt förvaltningsrätten att kommunen riskerar att åsidosätta likabehandlingsprincipen. Den omständigheten att bolaget lämnat lägst anbud påverkar inte denna bedömning, eftersom det är oklart vilket bolag som haft lägst pris om även VBS tillåtit att justera sitt pris.

Vidare får förfrågningsunderlaget anses oklart såvitt avser frågan om vem som ska ansvara och bekosta demontering av klotreturerna. Förfrågningsunderlaget är således utformat på ett sådant sätt att det kan och har uppkommit oklarheter i vad som åsyftas. I detta avseende får förfrågningsunderlaget anses strida mot principen om transparens.

Förvaltningsrätten konstaterar således att kommunen genom upphandlingsförfarandet riskerade att bryta mot principerna om transparens och likabehandling. Kommunen får därmed haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen strider inte mot de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna inom offentlig upphandling. Bolagets begäran om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109-1D-LOU)

Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppge 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.