



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-06-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5898-12 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Posten Meddelande AB, 556711-5695
105 00 Stockholm

Ombud: Annika Kenning
Postnord AB Juridik
105 00 Stockholm

MOTPART

Alingsås kommun
441 81 Alingsås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-06-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Posten Meddelande AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.id 146020

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag - fredag 08:00-16:00
---	---	---	-----------------------------------	---

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM****BAKGRUND**

Alingsås kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende hämtning och distribution av post. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt LOU. Av tilldelningsbeslut den 20 april 2012 framgår att två anbudsgivare inte ansetts kvalificerade. En av de icke kvalificerade anbudsgivarna var Posten Meddelande AB (Posten). Upphandlingen tilldelades en annan anbudsgivare samma dag.

YRKANDEN M.M.

Posten ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska rättas eller, alternativt, göras om. Vid rättelse ska upphandlingen få avslutas först sedan Postens anbud beaktats vid anbudsutvärderingen. Till stöd för sin talan anför Posten i huvudsak följande. Posten har i sitt anbud uttryckt en reservation mot en punkt i avtalsförslaget. Kommunen har inte före tilldelningsbeslutet efterfrågat vad Postens reservation var tänkt att innebära, eller vilken art eller omfattning densamma var tänkt att vara. Inte någonstans i anbudsinvitan eller anbuds-PM finns uppgifter om att det förslag på avtal som medskickats inte skulle kunna vara föremål för synpunkter eller reservationer. Tvärtom anges på ett flertal ställen begreppen "avtalsutkast" och "avtalsmall" samt andra uttryck för möjligheter till justeringar. Att Posten skulle ha förstått att avvikelser skulle innebära uteslutning från upphandlingen, genom att klausulen skulle anses som ett ska-krav, stämmer inte. Hade Posten haft uppfattningen att avvikelser skulle leda till uteslutning, vilket är följanden av att ett ska-krav inte uppfylls, hade Posten inte bemödat sig med att lämna in något anbud eftersom ett sådant hade varit lönlöst. Kommunen har inte haft invändningar mot Postens beskrivning av uppställningen i och tolkningen av var i förfrågningsunderlaget kvalificeringskraven ställts, det vill säga i avsnitt 3. Det synes ostridigt att Posten har uppfyllt samtliga de ska-krav som angivits i an-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 3
5898-12

budsinbudans avsnitt 3 samt genom efterfrågad dokumentation visat detsamma. Av avsnitt 3 framgår att det inte ställs några krav på acceptans av avtalsmallen. Något sådant krav ställs inte heller på annat ställe i dokumentationen. Kommunen har följaktligen inte i förfrågningsunderlaget uppställt något ska-krav med innebörden att avtalsmallen ska accepteras. Ett sådant krav kan därför inte uppställas i ett senare skede. Posten noterar också att av kommunens yttrande framgår att kommunen delar Postens uppfattning att avtalsförslaget inte är ett färdigt dokument. Att skapa sig en tillfredställande bild av ett avtalsförslag är inte samma sak som att uttyda att en avvikelse från detsamma skulle vara en diskvalificeringsgrund. I den åberopade e-postkonversationen framgår att varken kommunen eller Posten har uppfattat kravet som absolut. Istället har kommunen angivit att den punkt som Posten haft reservationer mot inte har varit den viktigaste för kommunen, samt att en eventuell justering "får ske i kontraktet" med anledning av att det inte gick att skicka ut någon ändring i ett så sent skede. Kommunen skulle givetvis inte ha uttryckt sig så om kommunen ansett reservationen utgöra en diskvalificeringsgrund utan skulle då istället ha varit tydlig med att vitesklausulen var att se som ett ska-krav. Om det inte kan finnas stöd för att det inte är fråga om ett ska-krav, så har det i vart fall inte tydliggjorts för Posten att det var fråga om ett sådant diskvalificeringskrav. I rättsfallet C-448/01, EVN och Wienstrom p.58 framgår det tydligt att om det i ett anbudsunderlag finns uppgifter som det är svårt eller omöjligt för anbudsgivarna att förstå den exakta innebörden av, har den upphandlade enheten brutit mot principen om transparens i LOU. Posten har erbjudit lägsta pris av de anbudsgivare som har uppfyllt ska-kraven och ska därför rätteligen erhålla kontraktet i enlighet med avsnittet "tilldelningsgrund" i anbudsinbudan. Genom att Posten inte har givits möjlighet till rättelse och/eller förtydligande har konkurrensen minskat. Upphandlingar ska göras med utnyttjade av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt. Att utesluta den leverantör som har erbjudit lägst pris med anledning av ett, i bästa fall, otydligt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
5898-12

krav uppfyller inte de kriterierna. Posten har lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall och anför i huvudsak följande. Vid upphandling ställs upphandlande myndighet inför ett stort antal avväganden i relation till de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Principerna har bland annat för avsikt att skapa likabehandling för alla leverantörer, både de som lämnar anbud och de som inte lämnar anbud. Alla leverantörer ska utifrån förfrågningsunderlaget känna sig säkra på och trygga i att genomförandet av upphandlingen sker på ett öppet och transparent sätt. För att säkerställa de ramar som ska gälla för en upphandling ger kommunen leverantörer förutsättningar för respektive anbud. Som del i detta använder man en avtalsmall/ett avtalsförslag för att säkerställa likabehandling för samtliga leverantörer. I ett avtalsförslag tydliggörs flera punkter i det som senare kommer att gälla som avtal mellan parterna, bland annat rangordning på handlingar, ansvar, betalningsvillkor, vite, uppsägning, hävning och så vidare. Av naturliga skäl är inte detta, när det presenteras i förfrågningsunderlaget, ett färdigt dokument eftersom man ofta kompletterar med enstaka tillägg som parter, kontaktpersoner och pris. Det är därför det tituleras avtalsmall/avtalsförslag. Det är ostridigt att Posten i sitt anbud reserverat sig mot vitesklausulen i avtalsförslaget. Att vitesklausulen skulle bestå är tydligt i svaret på den ställda frågan i åberopad e-postkonversation. Posten bygger sin sakframställan på att kommunen genom att tillämpa medskickat avtalsförslag brutit mot de grundläggande principerna om öppenhet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Att Posten inte skulle ha förstått att avtalsförslaget utgjorde förslag till avtal, eller innebörden av vitesklausulen eller dennes medverkan i ett avtal, måste ses som nonsens. Av allt att döma har Posten, vid upprättande av sitt anbud, kunnat skapa sig en tillfredställande bild av förutsättningarna kring avtalsförslaget och har följaktligen kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, även gällande avtalsförslaget. Detsamma gäller samtliga leverantörer. Det finns vissa möjligheter till för-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

handling inom förhandlat förfarande men att omförhandla ett förslag till avtal på ett sådant sätt som Posten vill föreställa kan aldrig omfattas av dessa regler. Till yttermeravisso sätter ett beteende som Posten föreslår principerna i 1 kap. 9 § LOU ur spel och motverkar syftet med lagen. Således ska inte någon rättelse eller ny upphandling vara aktuell. Om förvaltningsrätten ändå upplever frågan om avtalsförslagets medverkan i upphandlingen som oklart ser kommunen inga problem med att göra om upphandlingen.

DOMSKÅL*Tillämpliga bestämmelser*

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

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medför att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

Anbudsinbjudan är daterad den 14 mars 2012 med sista anbudsdag den 11 april 2012 och gäller hämtning och distribution av internpost och brevfrösendelser. Förfrågningsunderlaget består av budsinbjudan, gällande posttur, budsförmulär, avtalsförslag och eventuella kompletteringar till upphandlingen som meddelats budsgivare. Av buds-PM 1 daterad den 30 mars 2012 framgår att det till avtalsmallen kommer att läggas en paragraf om vite. Punkt 3 i paragrafen lyder "vid fel, försumlighet eller försening

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

från någon parts sida utgår vite med faktiskt belopp motsvarande ekonomisk förlust för motparten". Den 11 april 2012 lämnade Posten anbud på upphandlingen, med reservation för punkt 3 i vitesparagrafen i avtalsförslaget.

Av kommunen åberopad e-postkonversation framgår i huvudsak följande.

Den 4 april 2012 sändes ett e-postmeddelande från Posten till kommunen i vilket Posten meddelar att de inte kan acceptera paragraftillägget om vite. Posten föreslår istället att avtalsförslaget ser ut som avtalsmallen/avtalsförslaget i anbudsinbjudan. För de eventuella fall som inte täcks av avtalsmallen hänvisar Posten till Postens allmänna kundvillkor för näringsidkare och andra organisationer. Posten hoppas att detta fungerar för kommunen och att de får möjlighet att lämna ett kvalificerat anbudssvar senast den 11 april 2012.

Den 10 april 2012 sändes ett e-postmeddelande från kommunen till Posten i vilket kommunen meddelade att vites-klausulen kommer att vara kvar enligt anbud-PM 1. Postens kundvillkor verkar främst gälla förmedling av postförsändelser. Den aktuella upphandlingen gäller transport av post (internpost och externpost) mellan kommunens förvaltningar och till/från Posten.

Av Posten åberopad e-postkonversation framgår i huvudsak följande.

Den 10 april 2012 sändes ett e-postmeddelande från Posten till kommunen i vilket Posten meddelade att det främst är punkt 3 i paragrafen som de har problem med. Det finns idag ett avtal med Sveriges kommuner och landsting som kommunen tog hänsyn till vid tidigare anbudsfrågningar. Av avtalet framgår bland annat följande "i de diskussioner som förevarit mellan SKL och postoperatörerna när det gäller utformningen av villkoren och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

i synnerhet då ansvarsvillkoren har postoperatörerna framhållit att man inte kan acceptera vitessanktionerade leveransvillkor bl.a. av det skälet att det i normalfallet rör sig om massproducerade tjänster där många kunders försändelser hanteras i samma flöden. Det går således inte i normalfallet att urskilja en specifik avsändares försändelser och utfärda någon leveransgaranti för denne". Postens önskan är alltså att det finns en möjlighet för kommunen att se över paragrafen och vikten av den.

Den 10 april 2012 sändes ett e-postmeddelande från kommunen till Posten i vilket kommunen meddelade att det är punkt 1 och 2 i vitesklausulen som nog är viktigast för deras del, så det är bra att de punkterna är okej för Posten. Vad gäller punkt 3 måste kommunen göra en framställan och då motivera om ekonomisk förlust uppkommit. Kommunen kan möjligen precisera att punkt 3 gäller transporter, alltså att det är kommunens upphandling som det handlar om. Men det får bli i kontraktet i så fall. Någon ändring kan inte skickas ut nu eftersom anbudstiden löper ut den 11 april 2012. Avtalet med SKL som Posten hänvisar till gäller postförsändelser.

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 Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2009 ref. 69.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att acceptans av avtalsförslaget/avtalsmallen i sin helhet är en förutsättning för att bli kvalificerad för utvärdering. Likaså ger e-postmeddelandet från kommunen intryck av att vitesparagrafen i avtalsmallen är förhandlingsbar. Att Posten reserverade sig mot vitesparagrafen skulle därmed inte

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 8
5898-12

ha inneburit att de diskvalificerades. Genom att inte beakta Postens anbud vid anbudsutvärderingen har kommunen således brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Posten lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom bristerna rör förfrågningsunderlagets utformning och därmed upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen göras om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1B LOU)



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Sofia Arvidsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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