

KLAGANDE

Bjuvs kommun

Ombud: Förbundsjuristen Ulf Palm
Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik
118 82 Stockholm

MOTPART

Väla Mark & Trädgård AB, 556520-3550

Ombud: Advokaterna Per Vestman och Charlotta Wälsäter
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 15
211 34 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 31 augusti 2012 i mål nr 3941-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Bjuvs kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom samt anför bl.a. följande.

Giltighetstiden för anbudet har gått ut. Enligt praxis krävs ett ömsesidigt medgivande av upphandlande myndighet och anbudsgivare för att anbudets giltighetstid ska kunna förlängas. Sådant medgivande föreligger inte i målet. Ansökan om överprövning har därför bort avvisas alternativt avslås av förvaltningsrätten redan på denna grund. Det saknar betydelse om giltighetstiden går ut före eller efter att en upphandling avbrutits så länge det inte finns ett ömsesidigt medgivande om förlängning innan kontrakt tecknas.

Entreprenadens omfattning framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget med bilagor. När kommunen fattade tilldelningsbeslutet hade den inte kännedom om att Väla Mark & Trädgård AB (Väla) hade feltolkat förfrågningsunderlaget. Detta uppdagades först i samband med att kontrakt skulle tecknas. Väla begärde då ytterligare ersättning med 475 000 kr per år för att genomföra uppdraget, varvid kommunen valde att avbryta upphandlingen.

Väla har medvetet eller omedvetet feltolkat förfrågningsunderlaget och har därefter begärt ytterligare ersättning för påstådda tilläggsarbeten i form av underhåll av gator och gång- och cykelvägar – arbeten som övriga anbudsgivare har inkluderat i sina anbud. Välas anbud är således orent. Utvärderingen av anbudet hade kunnat utfalla annorlunda om Väla hade tolkat förfrågningsunderlaget som övriga anbudsgivare. Om kommunen hade godtagit att Väla begärde ersättning för tilläggsarbeten, så hade det också inneburit att kommunen inte hade behandlat anbudsgivarna lika. Kommunen har således haft flera sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Eftersom Välas anbud är orent kan bolaget inte anses ha lidit skada av beslutet att avbryta upphandlingen.

Väla anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Det föreligger inte grund för att avskriva en ansökan om överprövning enbart med hänvisning till att anbudens giltighetstid har löpt ut.

Kommunen har inte haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Välas anbud är inte orent. Prisuppgiften om 475 000 kr har lämnats av Väla efter utvärderingen av anbudet och efter att tilldelningsbeslutet meddelats. Fråga är om ett pristillägg för tillägsarbete baserat på de uppgifter som Väla fått från kommunen efter tilldelning.

Genom kommunens beslut att avbryta upphandlingen efter meddelat tilldelningsbeslut har Väla lidit skada, eller riskerar att lida skada, eftersom Väla skulle ha haft ekonomisk vinst genom att tilldelas kontraktet.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Fråga om förutsättningar för prövning av Välas ansökan

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det saknas hinder för prövning av Välas ansökan om överprövning på den grunden att giltighetstiden för anbudet i upphandlingen löpt ut.

Prövning i sak

Förfrågningsunderlaget

Av bestämmelsen i AFA.21 i förfrågningsunderlaget framgår att entreprenaden, som avser perioden den 1 mars 2012–31 december 2014, ska utföras enligt gällande skötselplaner för Bjuvs kommun 2011, Ekeby. Vidare anges att skötselplanerna bl.a. omfattar skötsel av kommunala gator och gång-/cykelvägar samt vinterväghållning av kommunala gator och gång-/cykelvägar. Undantag görs vad gäller vinterväghållning för vinter-

säsongen november 2011–mars 2012 då denna redan är föremål för upphandling.

I förfrågningsunderlaget ingår bl.a. handlingen Skötselplan Bjuvs kommun 2011, Ekeby. Av skötselplanen framgår att allt arbete som beskrivs i planen ingår i entreprenaden om det inte specifikt står att arbetet inte ingår eller att arbetet regleras separat. Avsnitt 414 i skötselplanen gäller hårdgjorda ytor i form av gator, vägar, grusvägar samt gång- och cykelvägar. Därvid anges de närmare åtgärder som entreprenören ska åta sig att utföra, bl.a. vår- och höststädning, maskinsopning samt skräpplockning. Även andra avsnitt i skötselplanen innehåller vissa anvisningar som är hänförliga till bl.a. gång- och cykelvägar. Exempelvis anges i avsnitt 413, Bruksbuskage/slutna buskage, att det inte får hänga ut störande vegetation utmed gång- och cykelvägar.

I förfrågningsunderlaget återfinns vidare en flygbild över Ekeby där området med lekpark, restmark, exploateringsmark, park, parkering, cykelväg, extensiv gräsmatta samt idrottsplats och grusplan markerats med olika färger. I förfrågningsunderlaget finns därtill en karta benämnd vinterväghållning utvisande gatu- och gång-/cykelvägnät i Ekeby med färgmarkeringar för snöröjning, cykelvägar och kommunala verksamhetsfastigheter.

Kammarrättens bedömning

Enligt kammarrättens uppfattning ger förfrågningsunderlaget i sig vid handen att skötsel av samtliga kommunala gator samt gång- och cykelvägar i Ekeby omfattas av upphandlingen, med undantag för snöröjning under vintersäsongen november 2011–mars 2012.

Väla har åberopat en karta som kommunen tillhandahållit bolaget efter tilldelningsbeslutet samt därvid angett att bolaget, vid erhållandet, påtalat för kommunen att det förelåg skillnader mellan kartan och underlaget enligt

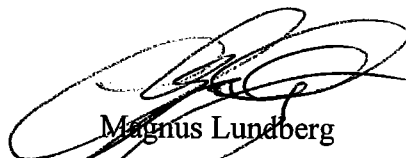
förfrågningsunderlaget. Av kartan, i jämförelse med förfrågningsunderlaget, kan dock enligt kammarrättens uppfattning inte utläsas att uppdraget skulle ha utvidgats efter tilldelningsbeslutet. Väla har inte heller på något annat sätt närmare preciserat på vilket sätt uppdraget skulle ha utvidgats i förhållande till förfrågningsunderlaget. Vid dessa förhållanden kan den omständigheten att Väla begärt en tilläggsersättning om 475 000 kr per år inte uppfattas på annat sätt än att bolagets anbud är begränsat i förhållande till föremålet för upphandlingen och således att beteckna som orent.

Mot denna bakgrund anser kammarrätten att kommunen har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrättens dom ska därmed upphävas.

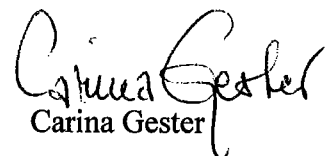
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



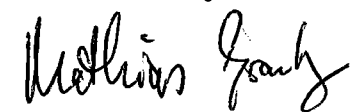
Ingvar Johansson



Magnus Lundberg
referent



Carina Gester
Carina Gester



Mathias Granberg
/Mathias Granberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
2012 -08- 3 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3941-12 E

SÖKANDE

Väla Mark & Trädgård AB, 556520-3550
 Gamla vägen 20 A
 254 68 Helsingborg

Ombud: Advokat Per Vestman
 Foyen Advokatfirma i Sverige KB
 Södergatan 15
 211 34 Malmö

Ombud: Charlotta Wälsäter
 Foyen Advokatfirma AB
 Södergatan 15
 211 34 Malmö

MOTPART

Bjuvs kommun
 Box 501
 267 25 Bjuv

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten upphäver Bjuvs kommuns beslut den 10 april 2012 att avbryta entreprenadupphandlingen av gata, park- och grönytor i Ekeby kommunedel.

YRKANDEN M.M.

Bjuvs kommun har genomfört entreprenadupphandling av gata, park- och grönytor i Ekeby kommunedel. I tilldelningsbeslut den 18 januari 2012 har Väla Mark & Trädgård AB tilldelats uppdraget. Bjuvs kommun har därefter, genom beslut den 10 april 2012, avbrutit upphandlingen. Som skäl för att avbryta upphandlingen har angetts att den överenskommelse om huruvida skötsel av gator och GC-vägar inom Ekeby kommunedel ingår i omfattningen inte har kunnat träffas samt svaret av Väla Mark & Trädgård AB om att erhålla ytterligare 475 000 kr årligen kan inte uppfattas som annat än ett sido- eller tilläggsanbud och det står därför i strid med förutsättningarna i kommunens ursprungliga förfrågningsunderlag.

Väla Mark & Trädgård AB (Väla) begär överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att det ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför de bland annat följande. Kommunen har inte haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Agerandet strider mot kravet på likabehandling och proportionalitet enligt LOU. Väla har som vinnande anbud lidit skada av kommunens agerande. Parterna har efter tilldelningsbeslutets meddelande haft diskussioner kring omfattningen av entreprenaden, det vill säga entreprenörens åtagande enligt förfrågningsunderlaget. Väla har inte på något sätt villkorat sitt anbud på ett sätt som kan uppfattas som en reservation. 475 000 kr är den uppskattade kostnaden för det utökade åtagandet som kommunen önskat få utfört i entreprenaden. Tilläggspriset har efterfrågats av kommunen när parternas meningsskiljaktigheter uppdagades. Kommunen har varit väl införstådd med att det var fråga om ett tillägsarbete som kunde uppkomma som en konsekvens av Välas tolkning av förfrågningsunderlaget. Kommunen kan inte ha uppfattat uppgiften som ett sido- eller tilläggsanbud, utan har insett att det varit fråga om ett tillägsarbete och inte ett orent anbud. Meningsskiljaktigheten kan inte utgöra legitimt skäl att avbryta upphandlingen. Några affärsmässiga skäl för avbrytandet finns

inte och det saknar förankring i praxis. Inget indikerar att övriga anbudsgivare har tolkat omfattningen av entreprenaden på olika sätt. Någon fel-skrivning har inte påståtts föreligga i förfrågningsunderlaget. Det saknar betydelse vem som har rätt eller fel beträffande entreprenadens omfattning i målet. I förfrågningsunderlaget saknas mängdförteckning över ytorna och objekten. Man får istället utläsa detta ur det i förfrågningsunderlaget till-handahållna kartor och ritningar. Vid möte med kommunen den 19 mars 2012 presenterade kommunen en karta över området. Väla påtalade då att det förelåg skillnader mellan den kartan och förfrågningsunderlaget. Väla presenterade vid möte den 4 april 2012 ett förslag på mängdreglering för gatmarkytor som inte var färgmarkerade på kartan i förfrågningsunderlaget, som innebar att dessa ytor omfattas mot en ersättning om 475 000 kr/år.

Bjuvs kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför följande. Omfattningen av entreprenaden är skriven på ett otvetydigt sätt i förfrågningsunderlaget, avsnitt AFA. 21. Omfattningen preciseras i AFA. 21 och den så kallade skötselplanen. Kartorna anger Ekeby kommundel och dess avgränsning. Kartorna kan rimligtvis inte anses överordnade beskrivningen i förfrågningsunderlaget och skötselplanen. Skälen till avbrytandet är tillräckligt sakliga enligt kommunen. Efter tilldelningsbeslut och före avtalsskrivning har tydliggjorts att Väla och kommunen inte har haft gemensam uppfattning om vad entreprenaden omfattar. Kommunen har inte haft någon anledning att tro att förfrågningsunderlaget var felaktigt. Ingen av de övriga anbudsgivarna har uppfattat förfrågningsunderlaget som Väla, utan tagit med gator och CG-vägar i sina anbud. Att kommunen och Väla visat sig ha olika uppfattning om entreprenadens omfattning kan möjligen innebära att det finns en oklarhet i förfrågningsunderlaget. Om Väla i efterhand tillåts kräva mer ersättning än vad som framgår av Välas anbud har anbudsgivarna inte behandlats lika. Väla har först efter tilldelningsbeslut ifrågasatt en av kartbilagorna. Någon förhand-

2012 -08- 3 1

ling, diskussion eller tolkning av förfrågningsunderlaget har inte pågått, kommunen har endast meddelat sin ståndpunkt. Kommunen har under inga omständigheter varit införstådd med att Välas tilläggspris skulle betraktas som ett tilläggsarbete. Kommunens skrivning om tilläggsarbeten i förfrågningsunderlaget, avsnitt AFC. 23, är klar och otvetydig. Kommunen har inte haft anledning att begära in eller beställa någon form av tillägg. Oklarheterna när det gäller mängder m.m. är något som visar att underlaget kan uppfattas olika av anbudsgivarna och att det enda rätta är att avbryta och göra om upphandlingen. Det är inte meningsskiljaktigheten som ligger till grund för avbrytandet av upphandlingen utan det förhållandet att anbudsgivarna ska behandlas lika och underlaget har bevisligen uppfattats olika av Väla och övriga anbudsgivare. Tecknande av kontrakt enligt Välas krav på ersättning för skötsel av gator och GC-vägar skulle vara att betrakta som en väsentlig ändring och ett nytt avtal. Dessutom skulle kommunen göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling. – Bjuvs kommun har yrkat att målet ska avskrivas. Som grund har kommunen åberopat att giltighetstiden för anbuderna numera har gått ut och att kommunen inte har gått med på en förlängning av giltighetstiden.

DOMSKÄL

I frågan om en prövning inte bör ske och målet skrivs av enbart av den anledningen att giltighetstiden för anbuderna har gått ut, tar förvaltningsrätten som utgångspunkt att en upphandling inte är avslutad förrän avtal sluts mellan upphandlande myndighet och en leverantör (se 16 kap. 6 § andra stycket LOU) eller upphandlingsförfarandet avbrutits. I förevarande mål har upphandlingen avbrutits men denna fråga är dock föremål för prövning. Anbudens giltighetstid (som gällde till den 30 april 2012) hade inte gått ut vid tidpunkten för beslutet att avbryta upphandlingen (den 10 april) och heller inte vid ansökan om överprövning (den 19 april). En omständighet av betydelse i målet är också om meningsskiljaktigheterna mel-

lan Väla och Bjuvs kommun inför avtalstecknandet föranlett avbrytandet. Syftet med att avbryta av en sådan anledning skulle från en upphandlande myndighets sida kunna uppnås genom att giltighetstiden för anbudet går ut under en överprövningsprocess. Förvaltningsrätten ser inte skäl att skriva av målet enbart av det skälet att anbudets giltighetstid gått ut. Målet ska därmed prövas i sak.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva en upphandling på ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

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 iaktar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för avbrytandet (jfr. t.ex. RÅ 2009 ref. 43).

Enligt praxis har ett avbrytande av en upphandling godtagits t.ex. då fel/brister i förfrågningsunderlaget gjort att man inte har kunnat bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då anbudet varit högre än vad den upphandlande myndighetens budget tillät och vid bristande konkurrens då endast en lämplig anbudsgivare återstod i förfarandet.

Förvaltningsrätten kan i ett mål om avbrytande av upphandling endast besluta att det överprövade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras eller inte.

Vad förvaltningsrätten ska pröva i målet är således om kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 10 april 2012 att avbryta den aktuella upphandlingen.

Kommunen har motiverat avbrytandebeslutet med att överenskommelse om huruvida skötsel av gator och GC-vägar inom Ekeby kommundel ingår i omfattningen inte har kunnat träffas, svaret av Väla Mark & Trädgård AB om att erhålla ytterligare 475 000 kr årligen kan inte uppfattas som annat än ett sido- eller tilläggsanbud och det står därför i strid med förutsättningarna i kommunens ursprungliga förfrågningsunderlag. Kommunen har i målet förklarat att det inte är meningsskiljaktigheten som ligger till grund för avbrytandet av upphandlingen utan det förhållandet att anbudsgivarna ska behandlas lika och underlaget har bevisligen uppfattats olika av Väla och övriga anbudsgivare. Förvaltningsrätten kan först konstatera att Välas anbud ursprungligen har ansetts uppfylla samtliga ställda krav. Bolaget har också tilldelats uppdraget. Oavsett det nyss nämnda konstaterar förvaltningsrätten att kommunens påstående att meningsskiljaktigheterna i kommunens och Välas tolkning av entreprenadens omfattning möjligen kan visa på otydligheter i förfrågningsunderlaget, inte har stöd i några konkreta omständigheter. Förfrågningsunderlaget har varit av sådan beskaffenhet att det gått att utvärdera anbuden. Inte heller finns tillräckligt stöd för att övriga anbudsgivare har uppfattat kraven i förfrågningsunderlaget på sådant sätt att en likabehandling inte upprätthålls. Förvaltningsrätten finner därmed sammantaget och med hänsyn till hur avbrytandebeslutet utformats, att de skäl som kommunen anfört till stöd för avbrytandet av upphandlingen inte är sakligt godtagbara skäl. Beslutet om avbrytande strider därmed mot bestämmelserna i LOU och ska upphävas.

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


Madeleine Westberg

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.