



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2013-06-07
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3086-13
Enhet 2

SÖKANDE

Auto-Centrum i Västerås Aktiebolag, 556444-4411
c/o Auto-Centrum i Västerås Aktiebolag
Wijkmansgatan 1
721 36 Västerås

MOTPART

Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
631 86 Eskilstuna

Ombud: Sara-Li Olovsson och Anna Ulfsson Forsell
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 0 7	
Awd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 124345

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Eskilstuna Energi & Miljö AB (EEM) genomför en upphandling av lastväxlare och dumperbil, dnr UH 13-01. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Enligt tilldelningsbeslut den 22 april 2013 avser EEM att teckna avtal med annan anbudsgivare än Auto-Centrum i Västerås AB (bolaget). Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud inte gått vidare till utvärdering då bolaget inte uppfyller samtliga ska-krav. Bolaget har bifogat leveransvillkor tunga fordon 2010, vilket innebär att samtliga kommersiella villkor i upphandlingen inte accepteras.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Av sista sidan i bolagets offert framgår att ALOS 05 gäller från påbyggaren. Bolagets misstag var att på sidan 4 i offerten låta texten "samtliga priser gäller exklusive moms fritt och enligt bifogade leveransvillkor för näringsidkare" stå kvar. När upphandlaren ville ha ett förtydligande den 16 april 2013, så gjorde de det vad gällde 30 dagars betalningstid. Däremot skickade bolaget i stressen över "leveransvillkor för näringsidkare" när det skulle vara ALOS 05. Eftersom påbyggaren åberopar ALOS 05 och kunden köper allt genom dem så förstår de inte annat än att de är skyldiga att följa det i hela affären. Bolaget missförstod alltså upphandlaren även när de talades vid per telefon, vilket upphandlaren också skriver i mejlet den 24 april 2013. På Konkurrensverkets hemsida står det såvitt de kan se inte något om att man bara får rätta en eller två gånger. Upphandlaren tog inte reda på att bolaget verkligen förstod vad hon menade, "är det ALOS 05 eller den andra?" För övrigt agerade upphandlaren korrekt. Bolagets förhoppning är att EEM:s tilldelningsbeslut ogiltigförklaras och att de får vara med i upphandlingen.

EEM motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts korrekt. Bolagets anbud har utvärderats utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och med hänsyn till reglerna i 9 kap. 8 § LOU om förtydliganden och kompletteringar. Därigenom har samtliga grundläggande principer och övriga bestämmelser i LOU iakttagits i upphandlingen och bolaget kan inte riskera att lida skada av EEM:s agerande. Bolagets anbud bedömdes efter förtydliganden som bristfälligt och förkastades. En av upphandlingsrättens grundläggande principer är likabehandlingsprincipen. Denna princip innebär att alla anbudsgivare och anbud ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. En annan grundläggande princip är transparensprincipen som innebär att upphandlingar ska genomföras på ett öppet och förutsebart sätt. Både likabehandlingsprincipen och transparensprincipen framgår av 1 kap. 9 § LOU. Skallkrav är krav som måste uppfyllas för att anbudsgivarens anbud överhuvudtaget ska kunna utvärderas och för att anbudsgivaren överhuvudtaget ska kunna tilldelas kontrakt. En upphandlande myndighet som inte iakttar detta bryter mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Av kommentaren till den äldre lagen om offentlig upphandling (Hentze & Sylvén, Norstedts Juridik, Stockholm 1998) framgår att Europeiska kommissionen uttalat bl.a. följande. "Det åligger en upphandlande enhet som valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att endast pröva inkomna anbud utifrån de bedömningskriterier som ställts i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen av anbuderna får den upphandlande enheten således inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skallkrav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare." Detta bekräftas också av rättspraxis, se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 12 november 2010 i mål nr 5078-10. Det är därmed tydligt att en upphandlande myndighet är förhindrad att anta anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav.

Enligt punkt 3.6 i anbudsinvjudan framgår att ALOS 05 ingår i förfrågningsunderlaget. Av punkt 9.2 framgår att ALOS 05 även gäller som allmänna bestämmelser, vilka ska accepteras enligt krav i punkt 9. Det har därmed varit ett obligatoriskt krav att acceptera ALOS 05 som de allmänna bestämmelser som ska gälla i upphandlingen. Av bolagets anbud framgår bl.a. följande. "Offerten är giltig i 90 dagar efter sista dag för anbudets inlämnande den 2 april 2013. Leveranstid: Inom 18 veckor från beställningsdatum. Betalningsvillkor Faktura AutoCentrum: 20 dagar netto. Övriga villkor i överensstämmelse med ALOS 05." Vidare angavs att "Samtliga priser gäller exklusive moms fritt och enligt bifogade leveransvillkor för näringsidkare." Eftersom det inte var tydligt vilka leveransvillkor som bolaget refererade till ställde upphandlaren en förtydligande fråga till bolaget efter att anbudstiden löpt ut. Bolaget ombads att klargöra vilka leveransvillkor som omnämndes i anbudet. Som svar angavs att bolaget tillämpade betalningsvillkor om 30 dagar. Samma dag sände bolaget över leveransvillkor som EEM, med hänvisning till ordalydelsen "här kommer leveransvillkoren", uppfattade som bolagets villkor som avsågs tillämpas i upphandlingen. Leveransvillkoren var MRFs leveransvillkor tunga fordon 2010. Bolagets anbud uppfyller därmed inte upphandlingens skall-krav på att ALOS 05 ska gälla i upphandlingen.

Av reglerna 9 kap. 8 § LOU avseende kompletteringar och förtydliganden av anbud framgår att detta får tillåtas om det sker utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, dvs. det finns ingen som helst skyldighet för en upphandlande myndighet att låta en anbudsgivare förtydliga sitt anbud. Bestämmelsen innebär bl.a. att helt ny information som inte tidigare funnits med inte får tillföras anbudet. Vidare innebär bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU att ett förtydligande inte får ske i syfte att uppfylla ett skall-krav som inte tidigare var uppfyllt, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling. Av ett av de svenska förvaltningsdomstolarna ofta citerat uttalande av generaladvokat Lenz (mål C-87/94 Europeiska

kommissionen mot Konungariket Belgien, se även NOU:s yttrande dnr 2003/0289-29) framgår att såväl förtydligande som komplettering endast får innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras. Att en anbudsgivare, som inte uppfyllt ett skall-krav, i efterhand får förtydliga eller komplettera sitt anbud på så sätt att skall-kravet uppfylls är därför otillåtet eftersom det strider mot likabehandlingsprincipen i 9 kap. 8 § LOU. Att så är fallet framgår även av Kammarrätten i Stockholms dom den 5 april 2007 i mål nr 236-07. Vidare har Kammarrätten i Göteborg i dom den 18 juni 2007 i mål nr 270-07, där fråga var om uppgifter som tillfördes efter anbudstidens utgång gällande redovisning av kvalitetssystem, funnit att åtgärden inte skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den upphandlande enheten befanns således ha brutit mot bestämmelserna i LOU. Vidare återopas Kammarrätten i Jönköpings dom den 31 januari 2006 i mål nr 3979-05. I denna dom fann kammarrätten att det stred mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång medge anbudsgivaren rätt att komplettera sitt anbud med vissa uppgifter efter anbudstidens utgång, när anbudet annars skulle ha förkastats.

I förevarande fall fanns motstridig information i bolagets ursprungliga anbud, varför EEM gjorde bedömningen att bolaget skulle få möjlighet att förtydliga sitt anbud efter anbudstidens utgång. Detta skedde trots att EEM inte hade skyldighet att låta sådant förtydligande ske. När bolaget, efter att ha fått möjlighet att förtydliga vilka villkor som gällde för dess anbud, inte på något sätt nämnde eller antydde att ALOS 05 var de villkor som bolaget tillämpade i upphandlingen, ansåg EEM att det var tydligt att det aktuella skall-kravet inte uppfylldes. Från och med denna tidpunkt har EEM därför varit förhindrat att låta bolaget förtydliga eller ändra ingiven information. Något annat skulle innebära att bolaget behandlas i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt att konkurrensen skulle riskera att snedvridas i strid med 9 kap. 8 § LOU. Bolaget har således inte uppfyllt skall-kravet att ALOS 05 ska gälla som allmänna bestämmelser i upphand-

lingen. Detta synes även medges av bolaget då det anges att fel leveransvillkor, dvs. MRFs leveransvillkor tunga fordon, skickats till EEM som förtydligande av anbudet. Detta är högst beklagligt, men kan likväl inte medföra att bolagets anbud anses uppfylla alla krav i upphandlingen. Bolaget riskerar därför inte att lida skada till följd av EEM:s agerande. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att besluta att bolagets talan ska avslås.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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 iakttas.

I 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges följande. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten måste kontrollera att inkomna anbud inte avviker från sådana krav. En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att begära ett

förtydligande av anbud, men får göra det om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att ALOS 05 är en del av förfrågningsunderlaget och att det är ett ska-krav att ALOS 05 accepteras som allmänna bestämmelser i upphandlingen. Bolaget har medgett att det av misstag låtit texten "samtliga priser gäller exklusive moms fritt och enligt bifogade leveransvillkor för näringsidkare" stå kvar i anbudet samt att de skickade fel villkor (MRFs leveransvillkor för tunga fordon 2010 istället för ALOS 05) till EEM då bolaget fick möjlighet att förtydliga vilka villkor som omnämndes i dess anbud. För EEM får det efter detta förtydligande anses ha stått klart att de villkor som åsyftats i bolagets anbud varit andra än ALOS 05. EEM har varken haft anledning till eller skyldighet att begära ytterligare förtydliganden av bolaget för att försäkra sig om att bolaget uppfattat upphandlaren korrekt. Snarare skulle ett sådant förfarande från EEM:s sida ha stridit mot likabehandlingsprincipen.

Således har EEM haft fog för att utgå ifrån bolagets anbud inklusive bolagets förtydligande och att inte begära fler förtydliganden eller kompletteringar. Att bolagets anbud inte kan anses uppfylla aktuellt ska-krav står, enligt förvaltningsrättens mening, klart. EEM har således förfarit korrekt när man förkastat bolagets anbud. Till följd härav ska ansökan avslås.

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



Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Martina Thorn.



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.

DV 3109/1D LOU