



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-11-21
Meddelad i Linköping

Mål nr
6023-16

SÖKANDE

IL Recycling Service AB, 556023-0194
Box 11079
161 11 Bromma

Ombud: Per Ohlsson
IL Recycling Service AB
Retortgatan 6
721 30 Västerås

MOTPART

Lejonfastigheter AB, 556477-7851
Box 1943
581 18 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-11-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 266900

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lejonfastigheter AB (Lejonfastigheter) genomför en upphandling avseende källsortering, dnr 16/7. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Lejonfastigheter har den 30 augusti 2016 meddelat ett tilldelningsbeslutet enligt vilket SUEZ Recycling AB har tilldelats kontraktet. Av bilagan Kvalificering till beslutet framgår att totalt fyra leverantörer inkom med anbud i upphandlingen och att två av anbuden, från IL Recycling Service AB (Bolaget) och från Tekniska verken i Linköping AB, inte bedömdes uppfylla samtliga obligatoriska krav, då fel prisformulär bifogats till respektive anbud.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse skett. Rättelsen ska bestå i att Bolagets anbud inte förkastas varvid Bolagets anbud blir det anbud som ska antas.

Lejonfastigheter begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Bolaget**

Lejonfastigheter har tagit in anbud via e-verktyget TendSign. Anbudsgivarna har ålagts att fylla i de dokument som anges i Lejonfastigheters särskilda föreskrifter för upphandlingen. Dessa dokument har placerats under fliken *Strukturerade dokument* i TendSign. Under anbudstiden har prisformuläret uppdaterats i en ny version benämnd *Prisformulär reviderad*. Den nya versionen har dock inte laddats upp under fliken *Strukturerade dokument*, utan istället laddats upp under fliken *Frågor & svar*. Samtidigt har det ursprung-

liga prisformuläret legat kvar under fliken *Strukturerade dokument*.

Att bifoga ifyllt prisformulär har varit ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Prisformulärets utformning har dock förändrats på ett marginellt sätt under anbudstiden. Förändringen har bestått i att två nya fraktionsrader har tillfogats den nya versionen. På fraktionsraderna ska prisuppgifter för hyra av kärl för och tömning av de olika återvinningsbara materialen anges. De tillkommande fraktionerna var tidningar och pappersförpackningar. Bolaget och sannolikt även de övriga anbudsgivarna tillämpar samma pris oavsett vilken fraktion det gäller.

Lejonfastigheter har meddelat anbudsgivarna att en revidering av prisformuläret skulle komma att ske, men har inte informerat om att den nya versionen av prisformuläret laddats upp under fliken *Frågor & svar*. E-verktygets utformning bygger på en metodik som medför att rätt dokument alltid ska användas, nämligen publikationen under *Strukturerade dokument*.

Bolagets och Tekniska verken i Linköping AB:s anbud har förkastats med motiveringen att till dessa inte har bifogats Prisformulär reviderad. Att två av fyra anbudsgivare skickat det ursprungliga prisformuläret visar att Lejonfastigheter har varit mycket otydliga i sina anvisningar.

Det råder inget tvivel om att det ursprungliga kravet på att lämna in prisformulär är obligatoriskt. Bolaget anser dock att kravet på att istället fylla i det reviderade prisformuläret inte skulle uppfattas som obligatoriskt av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Inte heller kan uppgifterna som skulle fyllas i enligt det reviderade prisformuläret anses ingå som ett kriterium för att det obligatoriska kravet på att fylla i prisformulär ska vara uppfyllt. Under alla omständigheter är det inte proportionerligt att kravet på att fylla i de två nya fraktionsraderna i det reviderade prisformuläret är obligatoriskt.

Bolaget har bifogat det ursprungliga prisformuläret fullständigt ifyllt. Det ursprungliga prisformuläret har hela tiden funnits kvar under fliken *Strukturerade dokument*, där samtliga för anbudsgivarna relevanta handlingar har laddats upp. Det har saknats anledning för Bolaget att besöka fliken *Frågor & svar*. Vilken anbudsgivare som ställt vilken fråga under anbudstiden är i sak inte relevant. Eftersom kostnaden för tömning är densamma för alla fraktioner, har de uppgifter som efterfrågats i det reviderade prisformuläret inte påverkat bedömningen av anbudet.

Som huvudregel är det inte tillåtet för en upphandlande myndighet att ändra ett förfrågningsunderlag under anbudstiden. Denna huvudregel gäller med särskild styrka ifall ändringen avser ett obligatoriskt krav. En upphandlande myndighet torde i första hand vara hänvisad till att avbryta upphandlingen i ett sådant fall. Det kan dock uppstå situationer där det kan accepteras att ändringar genomförs. Mot bakgrund av att Lejonfastigheter har förkastat Bolagets anbud med anledning av att uppgifterna enligt det reviderade prisformuläret saknades, kan konstateras att Lejonfastigheter varit av uppfattningen att uppgifterna utgjorde obligatoriska krav. Upphandlingen borde således ha avbrutits. Lejonfastigheter borde vidare, när upphandlingen trots detta fortsatte, varit tydligare med var man dokumenterar uppdaterade dokument för att undvika att fel versioner används av anbudsgivare. Lejonfastigheter har således inte vidtagit åtgärder så att negativa konsekvenser undviks och ändringen har därför inte varit tillåten.

Lejonfastigheter har haft möjlighet att undanröja effekterna av sin otydliga ändring av förfrågningsunderlaget genom att ge Bolaget möjlighet till komplettering av efterfrågade prisuppgifter. Trots att det som utgångspunkt inte föreligger någon skyldighet för Lejonfastigheter att ge Bolaget en sådan möjlighet, har det varit lämpligt att göra det i en situation där förfrågningsunderlaget blivit otydligt som en följd av Lejonfastigheters försumlighet. I detta fall har hälften av anbudslämnarna uteslutits på grund att fel dokument

bifogats anbuden. Vid bedömningen av anbuden har Lejonfastigheter således endast haft två av anbudsgivarna att välja bland. Ett så litet antal anbudsgivare motsvarar inte kravet på effektiv konkurrens.

Lejonfastigheter

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen publicerades den 9 maj 2016 och anbudstiden gick ut den 15 augusti 2016, en anbudstid om nästan 100 dagar. Den 13 juni 2016 ställde ombudet för Bolaget själv en fråga om saknade priser i prisbilagan. Frågan besvarades av Lejonfastigheter den 1 juli 2016, alltså med 35 dagar av anbudstiden kvar. I direkt anslutning till Lejonfastigheters svar publicerades en ny reviderad prisbilaga. Anbud öppnades den 16 augusti 2016, varvid kunde konstateras att Bolaget och Tekniska Verken AB inte till sina anbud hade bifogat den reviderade prisbilagan. Lejonfastigheter såg sig tvungna att i detta läge, efter att anbudstiden utgått, förkasta de anbud som inte bifogat korrekt prisbilaga.

Lejonfastigheter har i punkterna 2.3.2.3 UF 3.23 och 2.3.2.4 UF 3.24 i förfrågningsunderlaget tydligt angett hur eventuella förtydliganden av underlaget skulle komma att ske. Såsom tydligt framgår av publicerade *Frågor & svar* har Lejonfastigheter svarat på Bolagets fråga och i direkt anslutning till frågan publicerat en reviderad prisbilaga. Lejonfastigheter har tydligt angivit att presumtiva anbudsgivare är skyldiga att hålla sig uppdaterade om förfrågningsunderlaget, genom att bevaka upphandlingen i Tendsign, något som också tydligt i svensk praxis förväntas av rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare, även om detta inte hade skrivits in i förfrågningsunderlaget. Det kan inte anses fastställt att Lejonfastigheter - för att en uppdatering ska anses vara tillräckligt tydlig - måste publicera dokumentet under både *Frågor & svar* och *Strukturerade dokument*. Om Bolaget någon gång under andra halvan av anbudstiden hade besökt fliken *Frågor & svar* för att bevaka svaret på den fråga man själv ställt, så hade man inte

kunnat undvika att uppmärksamma den nya publicerade prisbilagan. Man hade därefter haft gott om tid att eventuellt revidera sitt anbud i enlighet med förtydligandet.

I enlighet med rättspraxis kan det finnas situationer där en ändring av förfrågningsunderlaget kan genomföras på acceptabelt sätt. Lejonfastigheter anser att den föreliggande upphandlingen utgör en sådan situation. Omfattningen och betydelsen av ändringen är begränsad och sakligt grundad. Att inte göra ändringen, efter att en anbudsgivare påpekat att de aktuella priserna saknades i prisbilagan, hade inneburit att Lejonfastigheter inte fått en korrekt prisbild i inkomna anbud. Tillägget av prissättning av två ytterligare fraktioner i prisbilagan har inte ändrat hur anbudspriset har framräknats eller utvärderingsmodellen som sådan. Ändringen kan därmed inte anses ha haft väsentlig betydelse för upphandlingen.

Ändringen gjordes vidare i mycket god tid innan anbudstiden gick ut, varvid det fanns erforderligt tidsutrymme för anpassning av anbudena. Att ändringen har publicerats på uppmaning av en presumtiv anbudsgivare, samt i enlighet med instruktioner i förfrågningsunderlaget och i enlighet med gängse praxis på den svenska upphandlingsmarknaden, visar att Lejonfastigheter vidtagit alla för Lejonfastigheter tillgängliga åtgärder för att förhindra eventuella negativa effekter av ändringen.

Det idag gängse förfarandet med annonsering i elektroniska databaser, såsom TendSign, i vilka anbudsgivare ständigt har tillgång till förfrågningsunderlaget och direkt kan se eventuella kompletteringar/förtydliganden torde, i kombination med tydliga instruktioner till presumtiva anbudsgivare om detta i förfrågningsunderlaget, innebära att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare håller sig uppdaterad om innehållet i förfrågningsunderlaget samt inser att eventuella reviderade dokument som är del av förfrågningsunderlaget är lika obligatoriska som de ursprungliga do-

kument som ersätts.

Lejonfastigheter har genomfört upphandlingen helt i enlighet med LOU och har iakttagit samtliga av dess grundläggande principer. Lejonfastigheter har således inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och Bolagets anbud uppfyller heller inte kvalificeringskraven för upphandlingen och kan därmed inte lida skada, varför grund för ingripande saknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Lejonfastigheter har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är mellan parterna i målet otvistigt att ett obligatoriskt krav i upphandlingen enligt punkten 1.6.2 i anbudsformuläret har varit att till anbudet bifoga ett prisformulär. Vidare är det i målet klarlagt att prisformulär funnits i upphandlingsverktyget Tendsign i två versioner, en ursprunglig under fliken *Strukturerade dokument* som publicerades den 9 maj 2016 och en reviderad

under fliken *Frågor & svar* som publicerades den 1 juli 2016 samt att det var med anledning av en fråga från Bolaget som den reviderade versionen publicerades. Skillnaden mellan de två versionerna har bestått i att två nya fraktionsrader (tidningar och pappersförpackningar) med därtill hörande uppgift om utrustning samt tömningsintervall har tillfogats prisformuläret varvid prisuppgifter ska anges dels för hyra av kärl och dels för tömning av dessa två tillkommande material.

Lejonfastigheter har uteslutit Bolagets anbud med motiveringen att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav då det reviderade prisformuläret inte bifogats till anbudet. Bolaget gör gällande att kravet på att fylla i det reviderade prisformuläret inte är obligatoriskt och att i vart fall ett tvingande krav att fylla i de nya raderna är oproportionerligt, att ändringen i prisformuläret för det fall ett sådant obligatoriskt krav tillförts är otillåten samt att Bolaget borde ha getts möjlighet till komplettering av uppgiften då förfrågningsunderlaget blivit otydligt som en följd av Lejonfastigheters försumlighet. Lejonfastigheter gör i sin tur gällande att det i upphandlingen funnits ett tydligt obligatoriskt krav på att lämna in det reviderade prisformuläret, att den aktuella ändringen är tillåten samt att inte göra ändringen hade inneburit att Lejonfastigheter inte fått en korrekt prisbild i inkomna anbud.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att det åligger en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare att ta del av all information som publiceras beträffande upphandlingen i upphandlingsverktyget TendSign. Även om Lejonfastigheters hantering inte varit optimal då myndigheten inte tagit bort det ursprungliga prisformuläret från det publicerade förfrågningsunderlaget, finner förvaltningsrätten, i och med att det reviderade prisformuläret publicerats på ett tydligt och överskådligt sätt, att det måste ha stått klart för en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare att det obligatoriska kravet att lämna in ett prisformulär har gällt den reviderade och inte den ursprungliga versionen av formuläret. Att det är en fråga från just Bolaget som

initierade den aktuella ändringen talar ytterligare för att det måste ha stått klart för Bolaget att det är just det reviderade prisformuläret som Bolaget skulle fylla i och bifoga till sitt anbud. Det tillkommande kravet på prissättning av fraktioner som sådant bedöms inte heller vara i strid med proportionalitetsprincipen. Med beaktande av det reviderade förfrågningsunderlaget som gällde efter att ett nytt prisformulär publicerats uppfyllde således inte Bolagets ingivna anbud det aktuella obligatoriska kravet rörande prissättning.

Vad sedan beträffar frågan huruvida den aktuella ändringen av förfrågningsunderlaget i sig kan accepteras med beaktande av LOU och dess allmänna principer finner förvaltningsrätten följande.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Utgångspunkten är dock likabehandlingsprincipen som innebär att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget dessutom vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. En upphandlande myndighet är därför normalt inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbuderna ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål 2016-08). Härvid bör också framhållas att möjligheten att ändra i ett förfrågningsunderlag även kan påverkas av det upphandlingsförfarande som tillämpas och i vilket skede av processen som ändringen sker, dvs. om den upphandlande myndigheten vid ändringstillfället har kunskap om den krets av leverantörer som inbjudits att lämna anbud eller om denna krets är okänd.

I upphandlat kontrakt punkt SF6.11 anges att ersättning till entreprenören ska utgå som fast ersättning per tömning, fraktion och kärldorlek. Genom det reviderade prisformuläret har, såsom förvaltningsrätten uppfattar det, Lejonfastigheter lagt till två ytterligare fraktioner (tidningar och pappersförpackningar) med en preciserad tömningsfrekvens och kärldorlek som ska medtas i prisutvärderingen (se punkt 1.6 i förfrågningsunderlaget) och för vilka fast ersättning sedemera ska utgå till vald leverantör enligt nyssnämnd punkt i kontraktet. Även med beaktande av att de nämnda fraktionerna i enlighet med den kärllista som utgjorde bilaga till Särskilda föreskrifter för upphandlingen ingick i entreprenörens uppdrag (se bl.a. punkt SF1) bedöms att det ej förelåg utrymme att enligt den ursprungliga varianten av prisformuläret prissätta dessa på ett sådant sätt som ovan nämnd ersättningsreglering i kontraktet förutsätter.

Med beaktande av det ovan angivna finner förvaltningsrätten att ändringen ifråga påverkat såväl underlaget för prisutvärdering och därmed kontraktstildelningen som möjligheten till ersättning för vald leverantör under kontraktstiden.

Eftersom det är fråga om ett förenklat förfarande kan mot ovan angiven bakgrund inte uteslutas att det finns leverantörer på marknaden som varit villiga att delta i konkurrensen om kontraktet om dessa haft kunskap om de nya förutsättningar som det reviderade prisformuläret innebar. Med hänsyn härtill samt med beaktande av att det även fråga om ändring av ett obligatoriskt krav anser förvaltningsrätten att den ändring som skett av förfrågningsunderlaget i aktuellt hänseende är väsentlig och därmed i strid med LOU och dess allmänna principer.

För att en överträdelse av LOU ska föranleda någon åtgärd krävs vidare att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av det fel som begåtts. I denna del kan följande sägas. Eftersom den ändring som gjorts

enligt förvaltningsrättens förmenande inte är tillåten inom ramen för den annonserade upphandlingen har det istället rätteligen åvilat Lejonfastigheter, för det fall att man önskat införa densamma i prisformuläret, att avbryta den pågående upphandlingen och vid en ny upphandling införa ett sådant tillkommande krav rörande prissättningen av efterfrågade tjänster. Bolaget hade vid en sådan upphandling haft möjlighet att lämna ett annat anbud. Med hänsyn till nämnt förhållande får anses att Lejonfastigheters felaktiga förfarande har inneburit en sådan skada för Bolaget som avses i 16 kap. 6 § LOU. Den aktuella bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet och kan därför inte åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.