



SÖKANDE

Hekajo AB, 556724-1939
Skeppsgatan 13
211 11 Malmö

Ombud: advokat Maria Lidbom och jur.kand. Ragnar Linné Petersson
Advokatfirman LA Partners Aktiefbolag
Box 487
201 24 Malmö

MOTPARTER

1. Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud: advokaten Annika Andersson och jur.kand. Anna Elowson Ek
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

2. Reduced Holding AB, 556948-7829
Bispgatan 78
216 22 Limhamn

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Malmö stads upphandling avseende drift av Ribersborgs kallbadhus, dnr 16/200, inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från Reduced Holding AB inte får beaktas.

BAKGRUND

Malmö stad genomför en upphandling enligt öppet förfarande avseende drift av Ribersborgs kallbadhus, dnr 16/200. Enligt tilldelningsbeslut den 27 januari 2017 har Reduced Holding AB (Reduced) tilldelats kontrakt. Hekajo AB (Hekajo) har placerats på andra plats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Hekajo ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU och förordna om rättelse på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs där Reduceds anbud inte tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar Hekajo att upphandlingen ska göras om.

Hekajo som inledningsvis har yrkat edition avseende den ”Genomförande-beskrivning” som Reduced bifogat sitt anbud, har under målets handläggning frånfallit detta yrkande men vidhåller att förvaltningsrätten mot bakgrund av sitt utredningsansvar bör inhämta genomförandebeskrivningen.

Till grund för sin talan anför Hekajo att Reduced har inte uppfyllt skalkraven i förfrågningsunderlaget beträffande krav på juridisk ställning och registrering, krav på organisation eller krav på minimiöppettider.

I fråga om kravet på öppettider anförs bl.a. följande. I punkten 2.21.9 i förfrågningsunderlaget anges de minimiöppettider som gäller för anläggningen. Kravet om öppettider är tydligt formulerat. Anläggningen ska minst vara öppen till klockan 21.00 två kvällar i veckan. Reduceds anbud uppfyller inte kraven på att hålla öppet till klockan 21.00 minst två kvällar i veckan.

Genom att anta Reduceds anbud har Malmö stad handlat i strid med principen om likabehandling. Om Reduceds anbud förkastats hade Hekajo tilldelats kontrakt. Hekajo har därmed lidit skada av upphandlingsfelet.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det är ostridigt i målet att anläggningen ska hålla öppet enligt de minimiöppettider som anges i förfrågningsunderlaget. Det är också ostridigt att Reduced angett i sitt anbud att de kommer att hålla öppet till klockan 21.00 en kväll i veckan. Reduced har dock genom att underteckna anbudet bekräftat att samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget uppfylls.

Reduced har redogjort i sitt anbud för tänkta öppettider både under första verksamhetsåret och under kommande år. Reduced har uppgett att de på sikt har för avsikt att utöka öppettiderna. Mot bakgrund av att Reduced inte har för avsikt att skära ner öppettider utan snarare att utöka dem anser Malmö stad att det är fråga om en uppenbar felskrivning. Malmö stad har därför låtit Reduced förtydliga och rätta sitt anbud i enlighet med 9 kap. 8 § LOU.

Reduced yttrar följande. Genom att underteckna anbudet har Reduced med bindande verkan bekräftat att samtliga ställda krav och villkor accepteras. Detta omfattar även kravet på minimiöppettider i förfrågningsunderlaget. Reduced har för avsikt att så snart som möjligt efter övertagandet utöka öppettiderna för verksamheten i den mån det är möjligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

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 iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud (HFD 2016 ref. 37).

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av andra stycket samma bestämmelse följer att förtydligande eller komplettering av anbudsansökan eller anbudet får tillåtas av upphandlande myndighet, under förutsättning att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Att eventuella sådana åtgärder måste vidtas i vart fall

innan ett tilldelningsbeslut fattas följer av praxis (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 mars 2009 i mål nr 7714-08).

Kravet på minimiöppettider är ett obligatoriskt krav som angetts i förförfrågningsunderlaget. Det är ostridigt i målet att Reduceds anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på minimiöppettider i sitt anbud. Malmö stad har låtit Reduced ändra sitt anbud knappt tre månader efter tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten konstaterar att den ändring Malmö Stad låtit Reduced göra av sitt anbud innebär en otillåten ändring.

Genom att Reduceds anbud har utvärderats och antagits har Malmö stad agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten finner att Malmö stad i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Hekajo till följd härav lidit skada föreligger grund för ingripande mot upphandlingen. Upphandlingen bör rättas genom att förnyad anbudsutvärdering genomförs, i vilket anbudet från Reduced inte ska beaktas. Det saknas därmed skäl att pröva de övriga grunderna som Hekajo åberopat. Skäl finns heller inte för förvaltningsrätten att inhämta Reduceds genomförandebeskrivning.

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

Madeleine Westberg

Ulrika Skogler har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.