



KLAGANDE

KEWAB, Kenneth Wahlström AB, 556378-6093

Ombud: Advokaterna Ulrik Karlsson och Henrik Nilsson
Advokatfirman Allians IBL AB
Västra Kyrkogatan 1
652 24 Karlstad

MOTPART

Arvika kommun
671 81 Arvika

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 28 december 2017 i mål nr 3157-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; nu fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

KEWAB, Kenneth Wahlström AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att Värmlandsschakts anbud utesluts. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas genom att Värmlandsschakts anbud ändras avseende ett flertal positioner där bolaget angett felaktiga uppgifter. För det tredje yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har genomförts i strid med de grundläggande principerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Förutom att upphandlingen strider mot principerna om öppenhet och transparens strider den även mot principen om likabehandling.

Enligt förfrågningsunderlaget ska maskinparkens omfattning redovisas i särskild bilaga. Värmlandsschakts anbud innehåller ett stort antal brister och uppfyller inte skall-kravet. Vidare har Värmlandsschakt angett felaktiga uppgifter vilket gett dem en fördel i upphandlingen. Det föreligger sådana brister i förfrågningsunderlaget att det inte är tillräckligt med rättelse. Bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökandet skedet. Om förfrågningsunderlaget hade varit tydligt formulerat så hade bolaget valt att pris-sätta sitt anbud på ett annat sätt, vilket skulle medfört att anbudet varit mer konkurrenskraftigt utformat.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I lagen om offentlig upphandling finns inte några särskilda bestämmelser om talerätt. Reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291) blir därför tillämpliga.

Enligt 33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den det angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är därför om förvaltningsrättens dom angår bolaget och går det emot i den mening som avses i paragrafen.


Högsta förvaltningsdomstolen har behandlat frågan om en leverantörs talerätt när förvaltningsrätten har förordnat om att en upphandling ska göras om i stället för att rättas som leverantören yrkat (HFD 2012 ref. 2). Högsta förvaltningsdomstolen anförde att av domstolens praxis i talerättsfrågan framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller


kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att förvaltningsrätten på ansökan av klaganden överprövat upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen angav att förvaltningsrättens förordnande om att upphandlingen ska göras om inte kan anses ha en sådan betydelse för klaganden att detta bolag har talerätt, varför kammarrätten gjorde rätt som avvisade överklagandet. Klaganden hade i kammarrätten överklagat förvaltningsrättens beslut om att upphandlingen skulle göras om och yrkat på att upphandlingen i stället skulle rättas.

Av ovan redovisad praxis framgår således att det avgörande för om bolaget ska anses ha talerätt i förevarande mål är om det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för bolaget. Här ska inte vägas in vad utfallet blir eller kan antas bli av den åtgärd som domstolen väljer. Förvaltningsrätten har beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av en ny anbudsutvärdering. Detta innebär inte i sig att bolaget utesluts från det vidare förfarandet eller att en annan leverantör utpekas som vinnande. Kammarrätten finner att förvaltningsrättens förordnande om rättelse inte kan anses ha en sådan betydelse för bolaget att bolaget har talerätt (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 24 juli 2013 i mål nr 4576-13, Kammarrätten i Göteborgs beslut den 4 juli 2012 i mål nr 4528-12 och Kammarrätten i Sundsvalls beslut den 16 september 2011 i mål nr 2347--2352-11). Överklagandet ska därför avvisas.

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


Mikael Ocklind


Andreas Sundberg
referent


/Ebba Idunger Lundgren



SÖKANDE

KEWAB Kenneth Wahlström AB, 556378-6093
Box 8026
650 08 Karlstad

Ombud:

Advokat Ulrik Karlsson
Advokat Henrik Nilsson
Advokatfirman Allians IBL AB
Västra Kyrkogatan 1
652 24 Karlstad

MOTPART

Arvika kommun
671 81 Arvika

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om i enlighet med vad som anges i skälen för avgörandet.

BAKGRUND

Arvika kommun har genomfört en upphandling benämnd ”Transport, Anläggningsmaskintjänster inkl. förare”, dnr 2016-130. Anbud ingavs av KEWAB Kenneth Wahlström AB (KEWAB) och Värmlandsschakt. Arvika kommun beslutade att anta anbudet från Värmlandsschakt.

PARTERNAS TALAN

KEWAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om samt anför bl.a. följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget (p 1.2.8) angett att anbud kan lämnas för en eller flera positioner i anbudsbilagan, att kommunen kommer att anta det anbud per position som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (p 1.3.8), att del av anbud kan komma att antas samt att med del av anbud avses enskild position p 1.3.1). Det föreligger brister i anbudsutvärderingens utformning. Förfrågningsunderlaget är otydligt på så vis att det inte framgår på vilket sätt utvärderingen kommer att ske. Kommunen har använt sig av en utvärderingsmodell som bygger på att en rad delpriser ska anges. Delpriserna ska slutligen summeras och överföras till ett helhetspris. Detta innebär att rangordning och tilldelning ska ske avseende var och en av dessa delposter. Kommunen har dock sedermera valt att utgå från det angivna totalbeloppet och därefter beslutat att rangordna anbudsgivarna utifrån denna summa. Därtill är den information som lämnats i upphandlingsdokumenten inte tillräckligt tydlig för att en leverantör ska kunna bedöma omfattningen av upphandlingen och att leverantörer därför eventuellt avstått för att lämna anbud. Detta har medfört eller riskerat medföra att konkurrensen i ärendet begränsats. Om utvärderingskriterierna hade varit tydligt utformade hade KEWAB valt att prissätta de olika delpositionerna på ett annat sätt, vilket skulle medfört att anbudet utifrån den aktuella situationen varit mer konkurrenskraftigt. Med anledning av att upphandlingen påbörjades efter den 1 januari 2017 skulle

kommunen dessutom ha valt att upphandla aktuella tjänster utifrån den nya LOU-lagen (2016:1145). Kommunen har dock valt att använda sig av den gamla lagen (2007:1091).

Arvika kommun medger i yttrande rättelse på så sätt att utvärderingen görs om på så sätt att utvärderingen och tilldelningen ska avse varje position. Kommunen motsätter sig däremot att upphandlingen görs om i sin helhet och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser fem grupper. Av tilldelningsbeslut daterat den 1 juni 2016 framgår att upphandlingen beträffande grupp 1 hade avbrutits redan under anbudstiden och att grupp 5 avbröts vid tilldelningen. Eftersom upphandlingen i dess helhet hade påbörjats under 2016 och då det i tilldelningen meddelats att grupp 1 och 5 skulle göras om har kommunen tillämpat LOU i dess lydelse före den 1 januari 2017. Kommunen kan inte se på vilket sätt en tillämpning av LOU i dess lydelse före den 1 januari 2017 har orsakat KEWAB skada. - Av anbudsförfrågan under punkten 1.3.8 framgår klart att utvärderingen skulle ske per position. Så har inte skett. KEWAB:s påstående att anbudsförfrågan är oklar saknar grund. Det framgår klart att tilldelningen skulle ske per position. Utvärderingen och tilldelningen bör därför göras om på så sätt att utvärderingen görs per position och att tilldelningen också sker positionsvis.

KEWAB vidhåller i yttrande sitt yrkande att upphandlingen ska göras om och tillägger bl.a. följande. Ett ingripande på det sätt kommunen medger är inte tillräckligt då de aktuella bristerna hänför sig till otydligheter i förfrågningsunderlaget. Kommunen har i anslutning till tilldelningsbeslutet i samtal med KEWAB meddelat att utvärderingsprocessen inte varit fastlagd utan varit beroende av dels antal anbudsgivare men också huruvida anbudsgivarna lämnat anbud på samtliga poster eller endast på delposter. Förfrågningsunderlaget och upphandlingen i övrigt har varit otydlig och denna brist medfört begränsningar i det konkurrensuppsökande skedet dvs. risk har förelagts för att aktörer underlåtit att inge anbud. Detta framgår även att det i förfråg-

ningsunderlaget föreligger punkter (bland annat 1.3.1 och 1.3.8) som är motsägelsefulla. - KEWAB menar att bolaget genom att ha förtagits möjligheten att nyttja de i den nya lagen i förhållande till den gamla lagen tillkommande bestämmelserna har kunnat komma att lida skada.

Arvika kommun tillägger ytterligare synpunkter.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt förvaltningsrättens mening får den aktuella upphandlingen anses ha påbörjats före ikraftträdandet av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Det är därmed lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som ska tillämpas i målet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

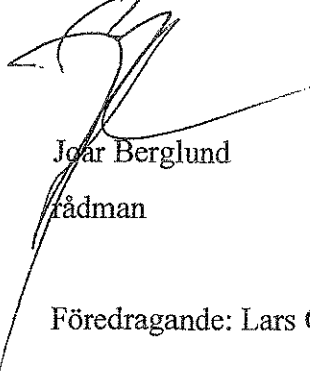
Upphandlingen avser anläggningsmaskintjänster inom kommunen och dess bolag. Anbud kan lämnas på en eller flera positioner i upphandlingens anbudsbilaga. I upphandlingsföreskrifternas avsnitt 1.3 anges inledningsvis att del av anbud kan komma att antas och att med del av anbud avses enskild position (punkt 1.3.1). Vidare anges att kommunen och dess bolag kommer att anta det anbud per position som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget i dessa avseende är tillräckligt tydligt för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. KEWAB gör gällande att förfrågningsunderlaget även i övrigt är otydligt. KEWAB har dock inte närmare preciserat vad otydligheten skulle bestå i. Förvaltningsrätten finner att KEWAB inte heller i övrigt har visat att upphandlingen brister i det konkurrensuppsökande skedet varför de saknas skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Vad härefter gäller själva utvärderingen är parterna samstämmiga i att denna inte har skett i enlighet med upphandlingsföreskrifterna genom att utvärderingen och efterföljande tilldelning inte har gjorts per position. Förvaltningsrätten instämmer i denna uppfattning. Eftersom utvärderingen således skett i strid mot upphandlingsföreskrifterna föreligger därmed skäl för ingripande enligt LOU i form av rättelse. Rättelsen ska bestå i att utvärderingen görs om. Utvärdering och tilldelning ska därvid göras per position.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B,

LOU)



Jöar Berglund

rådman

Föredragande: Lars Överström

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. 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 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.