



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-11-01
Meddelad i
Stockholm

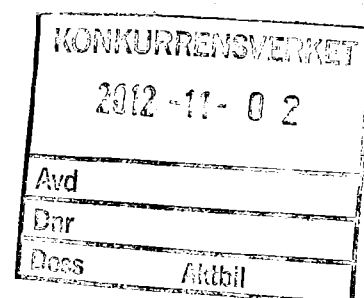
Mål nr
21362-12
22085-12
Enhet 17

SÖKANDE

Hildebeck & Co. Aktiebolag, 556223-6157
Vikingavägen 17 B
133 33 Saltsjöbaden

Ombud: Advokat Emma Berglund
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

Ombud: Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Försvarmakten, Försvarmaktens Logistik, Upphandlingsenheten
107 86 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 289523

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Försvarsmakten har inlett en upphandling av destruktionsavtal av fartyget HMS Visborg dnr FM-9144-12/2. Enligt tilldelningsbeslut daterat 2012-10-03 ska avtal tecknas med Kuusakoski Sverige AB som lämnat det mest förmånliga anbudet. Av tilldelningsbeslut daterat 2012-10-15 framgår att avtal ska tecknas med Stena Recycling AB som lämnat det näst mest förmånliga anbudet eftersom Kuusakoski Sverige AB meddelat 2012-10-12 att det inte går att teckna avtal med Försvarsmakten i den aktuella upphandlingen.

Hildebeck & Co Aktiebolag (Hildebeck) ansöker om överprövning av upphandlingen i samband med att de båda tilldelningsbesluten utsänts och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför Hildebeck huvudsakligen följande. Försvarsmakten inbjöd genom anbudsfrågan daterad den 26 juni 2012 leverantörer att inkomma med anbud i upphandlingen. Upphandlingen omfattar enligt punkt 1.2 i anbudsfrågan destruktionsavtal av fartyget HMS Visborg inklusive torr- och våtsanering, bl.a. asbestsanering. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU. Försvarsmakten skickade den 24-25 september 2012 en begäran om förtydligande avseende anbudspriser till samtliga anbudsgivare i upphandlingen som bedömts klara skallkraven. Prismodellen som anges i punkt 4.3 i anbudsfrågan är otydligt utformad. Prismodellens utformning har inneburit att anbudsgivarna har tolkat prismodellen på helt olika sätt och en korrekt och objektiv prisjämförelse har därmed inte kunnat göras i upphandlingen. Utformningen strider därför mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Det förhållandet att en upphandling ska ske på lika villkor och att det således är av största vikt att en upphandlande myndighet skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag och följer detsamma framgår av både svensk och EU-rättslig praxis. Alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier

på samma sätt. Ordalydelsen i punkt 4.3 i anbudsfrågan innehåller flera allvarliga otydligheter. Begreppen pris, intäkt och kostnad används utan att det förklaras hur dessa begrepp ska förhålla sig till varandra i fråga om utvärderingspriset. Det anges till exempel inte om kostnad och intäkt tillsammans utgör priset, om kostnad minskat med intäkt ska utgöra priset eller om någon annan beräkningsmetod ska användas. Det anges inte vem av leverantören och Försvarmakten som ska stå för kostnaden och inte heller vem av leverantören och Försvarmakten som intäkten ska tillfalla. Det anges i punkt 4.3 i anbudsfrågan dels att pris ska anges som ett totalpris och dels att priser/kostnad ska anges separerade. Dessa två skrivningar är motstridiga. Det finns endast plats för leverantören att ange kostnad och intäkt trots att det angivits att priser/kostnad ska anges separerade. Under samma punkt i anbudsfrågan anges att intäkterna ska baseras på de dagsaktuella metallpriser som är gällande 2012-09-03 enligt organisationen för Järn Bruks Förnödenheter (JBF). Det anges dock inte hur dessa metallpriser ska användas som bas för att beräkna intäkten. Att prismodellen är otydlig bekräftas till att börja med av att Försvarmakten skickat en begäran om förtydligande avseende pris till samtliga anbudsgivare som klarat skallkraven i upphandlingen. Att prismodellen inneburit en stor risk för att olika tolkningar skulle uppkomma blir än mer uppenbart vid en jämförelse av hur anbudsgivarna i upphandlingen har angivit sina priser. Det faktum att vinnande anbudsgivare angivit 0 kr som kostnad och en annan leverantör angivit nästan 6 miljoner kr i kostnad visar tydligt att dessa båda anbudsgivare inte kan ha tolkat begreppet kostnad på samma sätt. Även skillnaderna mellan anbudsgivarnas uppgivna intäkter visar att begreppet intäkt inte har tolkats på samma sätt av anbudsgivarna. Hildebeck har inte uppfattat att Försvarmaktens prismodell har kunnat resultera i en nettointäkt för Försvarmakten. Det är mycket ovanligt i offentliga upphandlingar att resultatet blir att leverantören utöver att utföra det uppdrag som omfattas av den aktuella

upphandlingen dessutom ska betala till den upphandlande myndigheten.
Att detta varit möjligt i upphandlingen måste anges i anbudsförfrågan.

Försvarsmakten bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. Ansökan ska avvisas. Även om Försvarsmakten har annonserat om det aktuella förfarandet som en upphandling så utgör det en försäljning vilket medför att bestämmelserna i LOU inte är tillämpliga. Om inte förvaltningsrätten anser att ansökan ska avvisas så ska den avslås eftersom Försvarsmakten inte har brutit mot någon grundläggande princip eller annan bestämmelse i LOU. Sakomständigheterna i ansökan om överprövning vitsordas. Den 15 oktober 2012 fattades ett nytt tilldelningsbeslut där Stena Recycling AB, som lämnat det näst förmånligaste anbudet, antogs som leverantör istället för Kuusakoski Sverige AB. Anledningen till det nya beslutet var att Kuusakoski i Sverige AB efter det första tilldelningsbeslutet meddelade att det skett vissa förändringar inom Kuusakoskikoncernen vilket bland annat medfört att det inte längre förelåg något tillstånd för fartygsrivning för den del av koncernen där arbetet var tänkt att utföras. Anbudsförfrågan anger på ett tillräckligt tydligt sätt vilket anbud som kommer att antas. Det går inte att i varje enskild upphandling helt eliminera risken för att anbudsgivare tolkar förfrågningsunderlaget på olika sätt. Genom den begäran om förtydligande avseende anbudspriserna som Försvarsmakten skickat till anbudsgivarna har dock Försvarsmakten säkerställt att utvärderingen genomförts med ett korrekt underlag som grund och på ett korrekt sätt. Oavsett hur man tolkar den text som anges i förfrågningsunderlaget under punkt 4.3 Pris och begreppen pris, kostnad och intäkt så måste det framstå som klart att den som erbjuder det totalt sett lägsta priset alternativt den totalt sett högsta intäkten för Försvarsmakten är den anbudsgivare som kommer att bli vald som leverantör. Det måste vidare anses som klart att en destruktion av ett stort fartyg är ett förfarande som kan generera större intäkter än kostnader.

Till saken hör vidare att Hildebeck är ett företag som är väl förtrogen såväl med branschen som med tidigare avvecklingar inom Försvarmakten.

DOMSKÄL

Inledningsvis bedömer förvaltningsrätten att LOU är tillämplig på förfarandet eftersom det framgår av såväl anbudsförfrågan som av anbudet att förfarandet i fråga till en betydande del består av upphandling av tjänsten att skrota ett skepp, en tjänst som också är benämnd i CPV under kod 50243000-0. Eftersom uppgörelsen därmed innehåller så väsentliga inslag av upphandling är LOU tillämplig, jfr RÅ 1998 not 44.

Förvaltningsrätten tar därför upp ansökan till prövning.

Frågan är om förfrågningsunderlaget varit så otydligt att det utgör skäl för att upphandlingen ska göras om. Tilldelningskriterier ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet, se EU-domstolens avgörande C-19/00. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när, se RÅ 2002 ref. 50.

Enligt förtydligande av upphandlingens förfrågningsunderlag daterat 2012-09-03 gäller följande enligt punkten 4.3 Pris. Pris skall anges som ett totalpris och omfatta skrotning av hela fartyget HMS Visborg. Samtliga förekommande kostnader för Försvarmakten ska vara inkluderade i offerten. Alla övriga förekommande kringkostnader ska vara inkluderade. Kostnader och intäkter ska redovisas separat. Pris skall anges i SEK exklusive moms. Intäkterna skall baseras på de dagsaktuella metallpriser enligt organisationen för Järn Bruks Förnödenheter (JBF) som är gällande

2012-09-03. Exempel: Priser/kostnad ska anges separerade.
Kostnad.....exkl. moms. Intäkt:.....exkl. moms.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Förfrågningsunderlagets utformning i upphandlingen kan inte sägas ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet på ett felaktigt sätt. Att somliga anbud totalt sett innebär en kostnad och somliga anbud totalt sett innebär en intäkt för Försvarsmakten innebär inte i sig att det är visat att prismodellen är för otydlig för att kunna användas. Försvarsmakten har genom att sända förfrågan och förtydliganden till samtliga anbudsgivare som uppfyllt skallkraven tillsett att gemenskapsrättsliga principer upprätthållits. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte är visat att Försvarsmakten brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller mot bestämmelserna i LOU. Ansökningarna om ingripande enligt LOU för de båda tilldelningsbesluten ska därför avslås.

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Östergren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 rättslämningen 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 uppgive 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 3109/1A LOU