



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Göran Sundberg

**DOM**  
2011-12-14  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
5436-11 E  
Enhetschef 1

**SÖKANDE**

Malmberg Water AB, 556292-9272  
Gamla Byvägen 41  
296 72 Yngsjö

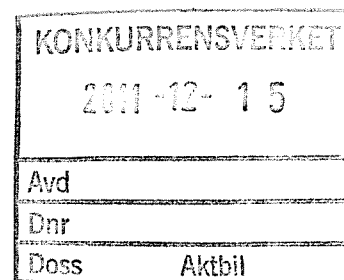
Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och  
Hampus Ek  
Foyen Advokatfirma i Sverige KB  
Box 7229  
10389 Stockholm

**MOTPART**

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590  
Box 1713  
501 17 Borås

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena  
vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Malmberg Water AB:s ansökan.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borås Energi och Miljö AB genomför en upphandling enligt LUF av upp-  
förande av en uppgraderingsanläggning av rågas till fordonsgas, handlagd  
genom ett förenklat förfarande.

I tilldelningsbeslut den 27 oktober 2011 erhöll Greenlane Biogas AB kon-  
traktet.

Under punkten AFB.33 i de administrativa föreskrifterna som hör till upp-  
handlingens förfrågningsunderlag anges att en anbudsgivare ska vara bun-

den av sitt anbud 120 dagar räknat från den dag anbud senast ska vara inlämnat. Under punkten AFD.622 i samma administrativa föreskrifter anges att entreprenören ska upprätta en betalningsplan som ska godkännas av beställaren. Betalningsplanen ska vara prestationsbunden och ändring av färdigställandetider ska medföra motsvarande jämkning av betalningsplanen. Alla ändringar ska godkännas av beställaren.

Den vinnande leverantören, Greenlane Biogas AB, har i sitt anbud den 24 augusti 2011 angett att anbudet är giltigt i 120 dagar, men i en asterisk till uppgiften tillagt att en beställning enligt bolagets policy är giltig först efter en skriftlig orderbekräftelse från bolaget. I sitt reviderade anbud den 11 oktober 2011 har Greenlane Biogas AB angett vissa betalningsvillkor.

Malmberg Water AB yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän anbudsutvärderingen gjorts om och Greenlane Biogas AB:s anbud förkastats och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Borås Energi och Miljö AB motsätter sig bifall till ansökan.

Till stöd för sin talan anför parterna i huvudsak följande.

#### Malmberg Water AB

##### *Otillåtna icke prissatta reservationer*

Greenlane Biogas AB:s reviderade anbud innehåller flera otillåtna icke-prissatta reservationer. I anbudet anges exempelvis betalningsvillkor. Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår att leverantören ska upprätta en betalningsplan som ska godkännas av beställaren. Att

istället för att som ett förslag ange en betalningsplan i sitt anbud binder anbudsgivaren upp beställaren i samband med accept i form av tilldelningsbeslut. Detta är inte i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och det rör sig om ett mycket viktigt villkor som motsvarar ekonomiskt stora värden.

I Greenlane Biogas AB:s anbud anges vidare att beställningen är giltig först efter att en skriftlig orderbekräftelse skickats från Greenlane Biogas AB till kunden. Denna icke-prissatta reservation innebär att Greenlane Biogas AB sätter kravet i förfrågningsunderlaget om anbudets giltighetstid ur spel, då detsamma innebär att anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud i 120 dagar räknat från den dag anbud senast ska vara inlämnat. Även detta är en otillåten icke-prissatt reservation.

Reservationerna i anbudet har påverkat det på ett mer än försumbart sätt. Att reservationerna i strid med likabehandlingsprincipen har godtagits vid anbudsutvärderingen har föranlett att Greenlane Biogas AB kommit att antas som leverantör. Malmberg Water AB:s anbud innehåller inga reservationer. I stället har det varit utformat i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget och därmed tagit höjd för de kostnader för vilka Greenlane Biogas AB friskrivit sig från genom reservationerna. Därmed har Malmberg Water AB lidit skada.

#### *Greenlane Biogas AB:s anbud och komplettering*

Greenlane Biogas AB har tillåtits att inkomma med anbud i två versioner. Anbudstidens utgång var enligt förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter den 25 augusti 2011. Ändå är Greenlane Biogas AB:s reviderade anbud daterat den 11 oktober 2011. Förtydliganden och komplette-

ringar som sker efter anbudstidens utgång är inte tillåtna. För att en komplettering ska vara godtagbar krävs att det rör sig om ett konkretiserande av redan lämnade uppgifter och inte att tidigare uppgifter ersätts med nya, något som är fallet vad avser Greenlane Biogas AB:s anbud.

Greenlane Biogas AB har i sitt reviderade anbud tillåtit att sänka sin anbudssumma med närmare 500 000 kr. Anbudssumman skulle utvärderas i enlighet med livscykelkostnaden som den beskrevs i förfrågningsunderlaget. Då summan skulle utvärderas kan det inte vara fråga om ett tillåtet förtydligande eller komplettering av ett uppenbart skriv- eller räknefel. I tilldelningsbeslutet är det vidare oklart vilken summa som har utvärderats.

#### *Förhandlingen*

Om det är så att det rör sig om en förhandling och inte en otillåten komplettering är det i och för sig tillåtet för den upphandlande enheten att förhandla med anbudsgivarna vid ett förenklat förfarande. Till att börja med får en förhandling inte ske med en anbudsgivare som lämnat ett orent anbud. Redan på denna grund var det felaktigt att förhandla med Greenlane Biogas AB vars anbud innehållit icke-prissatta reservationer. Vid en förhandling är det vidare av avgörande betydelse att likabehandlingsprincipen iakttas. Detta innebär bl.a. att samtliga anbudsgivare som har en chans att tilldelas kontraktet ska bjudas in till förhandling samt att förhandling med samtliga anbudsgivare ska ske om samma sak. Malmberg Water AB har inte bjudits in till någon förhandling och då endast Greenlane Biogas AB har bjudits in till förhandlingen är det uppenbart att likabehandlingsprincipen trätts förnär. Eftersom Malmberg Water AB aldrig bjöds in till någon förhandling är det för Borås Energi och Miljö AB okänt vad Malmberg Water AB hade kunnat göra för att sänka investeringskostnaden.

Borås Energi och Miljö AB

*Betalningsplan*

Av förfrågningsunderlaget framgår klart att en betalningsplan efterfrågats i förfrågningsunderlaget, eller egentligen ett förslag på betalningsplan då den är beroende av framtida prestationer. Greenlane Biogas AB har uppfyllt detta ska-krav genom att lämna en sådan. Den betalningsplan Greenlane Biogas AB angett i sitt anbud innehåller inte en otillåten icke-prissatt reservation.

Ett tilldelningsbeslut utgör i upphandlingssammanhang inte en accept av ett anbud. En accept av ett anbud kan först ske efter det att tiden för avtalspärri har löpt ut genom att ett skriftligt avtal har upprättats.

*Anbudets giltighetstid*

Av Greenlane Biogas AB:s anbud framgår att anbudets giltighet är 120 dagar. I en asterisk till denna uppgift i anbudet har angetts att beställningen är giltig först efter att en skriftlig orderbekräftelse är skickad till kunden. Detta påverkar inte anbudets giltighet, utan är endast en administrativ åtgärd från Greenlane Biogas AB: sida om att, när Borås Energi och Miljö AB sedan gör beställningar under avtalstiden, Greenlane Biogas AB vill bekräfta beställningen skriftligt. Detta har således ingenting med anbudets giltighet att göra och utgör därför ingen icke-prissatt reservation.

*Komplettering av Greenlane Biogas AB anbud samt förhandlingen*

Upphandlingen handläggs genom ett förenklat förfarande. Vid ett sådant förfarande får den upphandlande enheten förhandla med en eller flera an-

budsgivare. Detta framgår även av förfrågningsunderlaget. Borås Energi och Miljö AB har förhandlat med Greenlane Biogas AB, vilket är helt i enlighet med LUF och förfrågningsunderlaget då det bolagets anbud uppfyller alla obligatoriska krav. Poängen med en förhandling är att anbudet ändras i fråga om förhandlingsbara kriterier, såsom exempelvis pris. Någon komplettering av anbudet har alltså inte ägt rum.

Vid beräkningen av livscykelkostnaden för Malmberg Water AB:s anbud enligt utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget blir resultatet ca 87 700 000. Vid beräkningen av samma kostnad för Greenlane Biogas AB:s anbud blir resultatet 92 300 000. Anbudslämnarna som kom trea och fyra i utvärderingen ligger närmare Malmberg Water AB:s anbud i livscykelkostnad. Priset, som är en del av livscykelkostnaden, var för Malmberg Water AB:s del 10 300 000 och 1 183 000 för option 1 och 44 000 för option 2. I Greenlane Biogas AB:s anbud före förhandlingen anges priset till 7 968 600 kr med 890 000 kr för option 1 och 9 600 kr för option 2. Detta innebär att Malmberg Water AB:s anbud var närmare 30 procent dyrare i investeringskostnad.

Det är ganska enkelt att konstatera att anbudsgivaren med den betydligt högre förtjänsten är den anbudsgivare som en upphandlande enhet skulle välja att ingå förhandlingar med. Någon skyldighet att förhandla med alla anbudsgivarna finns inte. Det viktigaste är att de EU-rättsliga principerna inte träds för när och då främst likabehandlingsprincipen. Trots allt är det en affärsmässig bedömning som avgör vilken/vilka anbudsgivare som är intressanta att börja förhandla med, varför en förhandling med Greenlane Biogas AB ter sig naturlig med tanke på skillnaden i anbudspriser och poängen i utvärderingsmodellen. Hade inga förhandlingar gjorts hade Greenlane Biogas AB:s anbud ändå vunnit upphandlingen. Eftersom Malmberg

Water AB:s anbud ligger så mycket högre i investeringskostnad var det inte intressant att börja förhandla om det anbudet.

### DOMSKÄL

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får enligt 16 kap. 1 § LUF ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §. Enligt 5 §, som är aktuell i detta mål, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse enligt lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrättens prövning i mål av detta slag utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden åberopat i målet finns anledning att vidta åtgärder med stöd av LUF.

Malmberg Water AB har i första hand gjort gällande att Greenlane Biogas AB:s anbud genom de angivna betalningsvillkoren respektive förbehållet att beställningen är giltig först efter en skriftlig orderbekräftelse inte uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget och därför inte borde ha tagits med i anbudsutvärderingen. Borås Energi och Miljö AB har bestritt detta och anfört att de angivna betalningsvillkoren är i enlighet med förfrågningsunderlaget samt att Greenlane Biogas AB:s förbehåll om en skriftlig orderbekräftelse inte påverkar anbudets giltighet, utan endast är en administrativ åtgärd.

Av förfrågningsunderlaget framgår att entreprenören ska upprätta en betalningsplan som ska godkännas av beställaren. Redan av utformningen av detta krav framgår att det är villkorat av ett godkännande av Borås Energi och Miljö AB på annat sätt än genom meddelandet om tilldelningsbeslut. Den betalningsplan Greenlane Biogas AB angett i sitt anbud motsvarar därför enligt förvaltningsrätten vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Vad sedan gäller orderbekräftelsen framgår det av Greenlane Biogas AB:s anbud att det förvisso är giltigt under den föreskrivna tiden, men att en beställning är giltig först efter en skriftlig orderbekräftelse från bolaget. Det Malmberg Water AB anfört medför enligt förvaltningsrättens mening inte att anbudets giltighet skulle vara beroende av orderbekräftelsen. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening därför skäl att besluta om åtgärder utifrån vad Malmberg Water AB anfört i dessa hänseenden.

Borås Energi och Miljö AB har förhandlat med Greenlane Biogas AB. Det är således inte fråga om någon sådan komplettering Malmberg Water AB gjort gällande. Då upphandlingen handläggs som ett förenklat förfarande är det enligt 2 kap. 27 § LUF tillåtet för den upphandlande enheten att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Något krav om att den upphandlande enheten ska förhandla med samtliga anbudsgivare finns således inte, däremot är den upphandlande enheten skyldig att upprätthålla den unionsrättsliga likabehandlingsprincipen under hela upphandlingsförfarandet.

Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (EG-domstolens dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom). Borås Energi och Miljö AB har obesträtt uppgett att investeringskostnaden för den av Greenlane Biogas AB offererade anläggningen var väsentligt lägre än den Malmberg Water AB offererat. Vid sådana förhållanden har Borås Energi och Miljö AB en-



ligt förvaltningsrättens mening inte trätt likabehandlingsprincipen för när då det underlåtit att förhandla även med Malmberg Water AB.

De brister i upphandlingen Malmberg Water AB gjort gällande medför enligt förvaltningsrättens mening således inte att Borås Energi och Miljö AB har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen. Malmberg Water AB:s ansökan ska därför avslås.

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

  
Jan Källman

