



SÖKANDE

Armatec AB, 556618-4536

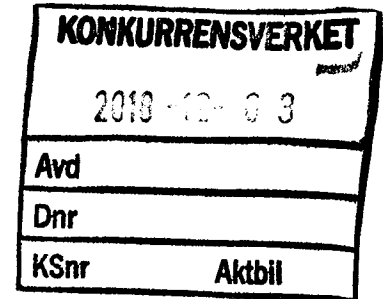
Ombud: Advokat Anna Rosell
Ombud: Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 1
411 36 Göteborg

MOTPART

Gislaveds kommun
Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Gislaveds kommun (kommunen) genomför en upphandling som benämns ”Pelletspanna – 300 kW, Burseryd”. I tilldelningsbeslut den 25 oktober 2018 beslutade kommunen att anta Votab AB (Votab) som leverantör. Armatec AB:s (Armatecs) anbud ”avslogs” p.g.a. lång leveranstid.

Armatec har ansökt om överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN

Armatec yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras, vid vilken Armatecs anbud ska beaktas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Armatec

Vad gäller utvärdering av anbuden föreskrivs i upphandlingsunderlagets AFB.53 att upphandlingen genomförs enligt principen om att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet ska antas. I den angivna bestämmelsen har kommunen vidare angivit vilka kriterier som ingår i utvärderingen och hur dessa viktas inbördes. Det anbud som efter utvärdering erhåller högst poängsumma vinner upphandlingen och ska tilldelas det aktuella kontraktet. Tidplan för leveransen är en del av anbudet som utvärderas, men denna tillmäts endast begränsad betydelse (5 procents viktning). Såsom upphandlingsunderlaget får förstås är den princip som tillämpas vid utvärderingen det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen vid kvalificeringen uteslöt fyra anbudsgivare, däribland Armatec, som därmed inte tilläts delta i själva anbudsutvärderingen. Det anges att grunden för uteslutandet av Armatec var att bolaget har offererat för lång leveranstid, enligt kommunen 22 veckor, i förhållande till övriga anbudsgivare som erbjudit 13–14 veckor. Kommunen hänvisar till punkt AFA.21 i upphandlingsunderlaget, där det anges att anläggningen ska vara i drift i januari 2019 samt att provdrift och prestanda-prov förväntas vara avslutat senast i februari samma år.

I upphandlingsunderlagets AFA.4 anges mycket tydligt vilka ställda krav i upphandlingen som är obligatoriska och som anbudsgivaren måste uppfylla för att anbudet ska få delta i anbudsutvärderingen. Det framgår att det enbart är när ordet ”ska” används, fetmarkerat, som det är fråga om obligatoriska krav. Det anges även uttryckligen att användning av ordet ”skall” inte i sig innebär att det är fråga om ett obligatoriskt krav. I kravet om leveranstid används just ordet ”skall”, som inte har fetmarkerats. Även det förhållandet att leveranstiden utgör en del av själva utvärderingsmodellen visar tydligt att kravet inte är ett obligatoriskt villkor. Det är inte tillåtet att sammanblanda kvalificeringskrav med utvärderingskriterier.¹ Eftersom det således inte är fråga om ett obligatoriskt krav var det felaktigt att med hänvisning till detta utesluta Armatec från anbudsutvärderingen. Armatec bestrider att kravet i fråga utgör en ”grundförutsättning” och att anbudsgivare som ej uppfyller denna kan uteslutas från upphandlingen.

Det kan också påpekas att det inte stämmer att Armatec har erbjudit en 22 veckor lång leveranstid. Som framgår av dess offert har rätteligen en leveranstid om 16–18 veckor erbjudits. Till detta kommer att Votab enligt sin tidplan beskrivit att driftsättning kommer att göras under veckorna 7 och 8 år 2019. Dessa veckor infaller i februari 2019. Kommunen har således inte upprätthållit det påstådda kravet när Votab antogs som leverantör. Votab har vidare angett att tidplanen är preliminär, vilket inte heller kan godtas om kravet ska upprätthållas. Agerandet strider mot likabehandlingsprincipen.

Eftersom Armatecs anbudspris är klart lägre än övriga anbud och då priset viktas med 60 procent hade Armatec vunnit upphandlingen om anbudet tagits upp till utvärdering. Därmed lider Armatec skada på grund av beslutet, eller kommer i vart fall att kunna göra det.

¹ Här hänvisar Armatec till EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis, och Kamarrätten i Göteborgs dom den 14 september 2011 i mål nr 3522-11.

Kommunen

Det stämmer att det inte är med hänvisning till ett ska-krav som Armatecs anbud har förkastats. Det tidsintervall som anges i upphandlingsunderlagets AFA.21 är dock en grundförutsättning för hela leveransen. Andra grundförutsättningar är exempelvis att det ska vara en pelletspanna och inte en oljepanna och att effekten ska vara 300 kW och inte 175 kW. Armatec har erbjudit en leveranstid om 22 veckor från beställning till värmeproduktion, vilket innebär att pannan kommer att vara i drift först i april/maj 2019. Det ligger i en pelletspannas natur att vara i drift under vintern.

Tidplanen har viktats till enbart 5 procent vid utvärderingen med beaktande av att det inte kommer att skilja särskilt mycket tid mellan de anbud som håller sig till grundförutsättningarna. Det kan inte vara skäligt att svara med ytterligare 10 veckor längre leveranstid, som i fallet Armatec.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I upphandlingsunderlagets AFB.11 anges att upphandlingen genomförs enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Enligt 1 kap. 2 § LUF gäller den lagen för upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster.

Av 2 kap. 1 § LUF framgår att en verksamhet omfattas av lagen bl.a. om den består av tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av värme, eller leverans av värme till sådana nät. Med leverans förstås generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

Kommunen har uppgett att den aktuella pelletsspannan ska värma ett äldreboende. Upphandlingen synes således genomföras för en verksamhet inom äldreomsorgen. Sådan upphandling genomförs inte enligt LUF utan enligt LOU, vilket innebär att det rätteligen torde vara den sistnämnda lagen som är tillämplig i målet. De bestämmelser i LOU som redovisas nedan har dock direkta motsvarigheter i LUF, varför åtskillnaden egentligen saknar betydelse vid den förevarande prövningen.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I upphandlingsunderlagets AFA.4 anges bl.a. följande. För att leverantören inte ska missa några ska-krav är ordet ”ska” markerat med fet text – **ska**. Ordval såsom ”skall” betraktas inte som ett ska-krav under själva upphandlingen, utan först vid tecknande av kontrakt.

Syftet med den ovannämnda modellen är alltså att synliggöra samtliga obligatoriska krav för att förebygga missförstånd. Här har det emellertid lett till att kommunen har funnit att Armatec inte uppfyller ett krav som den vill upprätthålla, men som uttryckligen inte ska betraktas som obligatoriskt. I sådana situationer kan det kanske i vissa fall vara rimligt att betrakta kravet

som obligatoriskt, trots att det strider mot den bestämda systematiken.² Det skulle exempelvis vara orimligt om ett anbud som avser en helt annan vara/tjänst än den som efterfrågats inte kan förkastas med hänvisning till att det inte finns något tillämpligt krav på att anbudet ska avse rätt föremål. Att kravet kan betraktas som obligatoriskt, ett s.k. ska-krav, är dock nödvändigt för att det ska kunna användas för att förkasta ett anbud – det är inte möjligt att i stället hänvisa till en ”grundförutsättning” om denna inte samtidigt utgör ett obligatoriskt krav.

Här skulle man i enlighet med resonemanget ovan kunna betrakta kravet i upphandlingsunderlagets AFA.21, på driftsättning i januari 2019, som ett obligatoriskt krav. Det framstår trots allt som rimligt att en pelletspanna är i drift innan vintern är slut. Armatec har emellertid gjort gällande att kommunen inte har upprätthållit det aktuella kravet i förhållande till den vinnande leverantören, och till stöd för detta lämnat in Votabs tidplan. Enligt den tidplanen har Votab haft för avsikt att driftsätta sin panna först i februari 2019. Kommunen har inte invänt mot detta. Något annat har således inte framkommit än att inte heller den vinnande leverantören har uppfyllt vad som föreskrivits om tidpunkt för driftsättning. Även om villkoret i fråga kan betraktas som ett obligatoriskt krav, är det inte tillåtet att ställa upp sådana utan att därefter upprätthålla dem i förhållande till samtliga leverantörer. Det strider mot såväl likabehandlingsprincipen som principen om öppenhet att i efterhand bestämma att man kan godta en viss avvikelse, men inte en alltför stor sådan, från vad som har begärts. Förvaltningsrätten bedömer vidare att Armatec har lidit skada till följd av detta. Det finns därmed grund för att ingripa mot upphandlingen.

Vad som återstår är att ta ställning till om upphandlingen ska rättas eller göras om. Förvaltningsrätten konstaterar här att det har kommit fram

² Jfr rättsfallet RÅ 2002 ref. 50, av vilket framgår att även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

felaktigheter som måste betraktas som hänförliga till det konkurrens-
uppsökande skedet. Det finns oklarheter beträffande vilka krav som ska
betraktas som obligatoriska, vilket innebär att det kan finnas leverantörer
som har avhållit sig från att lämna anbud till följd av en felaktig uppfattning
om vad kommunen förväntar sig. De leverantörer som har lämnat anbud
synes vidare ha gjort det på olika villkor, beroende på hur de har uppfattat
kraven. Mot angiven bakgrund är rättelse inte en tillräcklig åtgärd, varför
upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i
bilaga (FR-05).

Max Uhmeier
Förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

