



KONKURRENSVERKET	
2012 -12- 03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Pollex Aktiebolag, 556336-4107
Rödjans väg 9
449 34 Nödinge

Ombud: Advokat Sara Eklöf och advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB, 556765-3786
Box 2022
250 02 Helsingborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 20 juli 2012 i mål nr 6943-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom samt förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Pollex Aktiebolags anbud ska utvärderas.

Kammarrättens interimistiska beslut den 30 juli 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Pollex Aktiebolag (Pollex) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, i första hand ska besluta att upphandlingen ska rättas beträffande den del som avser renovering av vattenledningar på så sätt att utvärderingen ska göras om, varvid även Pollex anbud ska delta, och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Pollex anför bl.a. följande. Pollex anbud har förkastats beträffande den del av upphandlingen som avser renovering av vattenledningar, mot bakgrund av att Pollex enligt upphandlande myndighet inte uppfyllt ett uppställt skall-krav. Detta påstående är dock felaktigt. Det rör sig inte om ett skall-krav som måste vara uppfyllt redan vid tiden för anbudets lämnande utan om ett kontraktsvillkor som ska vara uppfyllt när sådana uppdrag som upphandlingen avser utförs. För det fall kammarrätten skulle finna att Pollex anbud inte uppfyller de krav som uppställts gör Pollex gällande att förfrågningsunderlagets krav utformats på ett alltför otydligt sätt och att det inte varit förutsebart för anbudsgivarna vad som kunnat medföra att ett anbud förkastades.

Det skulle ha framgått av förfrågningsunderlaget med bilagor om avsikten verkligen varit att det aktuella materialkravet skulle vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudslämnandet. Förfrågningsunderlaget med bilagor pekar tvärt om med tydlighet på att det aktuella materialkravet ska uppfyllas först i samband med materialbeställning och uppdragets utförande. Det följer tydligt av ordalydelsen ”vid renovering” och ”skall kraven...uppfyllas” att det aktuella kravet ska uppfyllas först när renoveringsarbeten av vattenledningarna ska påbörjas. Det är inte ovanligt att förfrågningsunderlag uppställer krav som ska vara uppfyllda först långt efter det att anbudet lämnats in, d.v.s. under kontraktets löptid. Förfrågningsunderlaget innehåller även i övrigt ett mycket stort antal skall-krav som självfallet inte ska (och inte heller kan) vara uppfyllda redan vid inlämnande av anbud. Exempel på sådana krav återfinns i kapitel 4 Kravspecifikation i förfrågningsunderlaget. Där anges att entreprenören *skall* utföra och redovisa foto efter utförd rengöring

av brunn (4.27), för alla rörinstallationer *skall* entreprenören utföra och redovisa täthetsprovning (4.28), entreprenören *skall* senast 10 dagar efter erhållet avrop till beställaren överlämna bankgaranti eller annan säkerhet (4.29) och anordningar för provisoriska förbiledningar *skall* inhägnas på ett med hänsyn till riskerna betryggande sätt. Enligt Pollex är det med hänsyn till formuleringen i aktuell punkt särskilt tydligt att kravet ska uppfyllas först när aktuella arbeten ska utföras.

Beslutet att förkasta Pollex anbud, alternativt utformningen av förfrågningsunderlagets krav, står i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling, och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Det felaktiga förkastandet av Pollex anbud medför att Pollex lidit eller riskerar att lida skada.

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB (NSVA) anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Pollex uppfyllde inte samtliga krav i förfrågningsunderlaget och gick därmed inte vidare till bedömning i enlighet med ställda bedömningskriterier. Parterna är överens om att kravet i enlighet med bilaga 3 PGB 11 inte var uppfyllt då anbudet lämnades in. Därmed ska Pollex anbud förkastas och inte gå vidare till anbudsprövningen. Kraven ska vara uppfyllda då anbudet lämnas in eftersom beställningar av uppdrag ska kunna göras omgående efter det att 10-dagarsfristen löpt ut och avtal har tecknats. Några synpunkter på förfrågningsunderlaget har inte inkommit under anbudstiden.

Pollex har härefter anfört bl.a. följande. Det faller på sin egen orimlighet att skall-kravet ska vara uppfyllt redan vid anbudsinlämningen. Upphandlingen avser ett ramavtal där NSVA säger sig ha för avsikt att teckna avtal med en eller flera leverantörer. Avtalstiden är 2012-07-01 – 2015-06-30 med möjlighet till två års förlängning. Av kravet följer att alla anbudsgivare, för att vara kvalificerade, redan vid anbudslämnandet måste ha införskaffat ett lager av godkända rör. Anbudsgivarna måste således hålla ett lager av sådan

rör trots den uppenbara risken att inte tilldelas kontrakt och att inte erhålla avrop från ett eventuellt tilldelat kontrakt. Om detta verkligen varit NSVA:s avsikt med kravet borde det givetvis ha tydliggjorts i förfrågningsunderlaget samt borde kravet ha kvantifierats för att ge anbudsgivarna möjlighet att bedöma om man kan eller vill lämna anbud med de risker som skulle följa med uppfyllandet av ett sådant krav.

Enligt upphandlingsprotokollet, som NSVA hänvisar till i yttrandet, ska ett förtydligande av materialkravet ha gjorts under anbudstiden via frågor och svar. Svaret innehåller dock inte något förtydligande avseende huruvida det aktuella skall-kravet måste vara uppfyllt redan vid tiden för anbudets inlämnande.

Om det verkligen, såsom NSVA anför i sitt yttrande, varit ett skäl för uppfyllande av kravet redan vid anbudsinlämningen att beställningar av uppdrag ska kunna göras omgående efter det att 10-dagarsfristen löpt ut och avtal tecknats borde NSVA ha informerat om det och om hur mycket material som skulle krävas under vilken/vilka perioder. Under alla förhållanden saknas besked enligt ovan i förfrågningsunderlaget.

I tre upphandlingar under 2012, i vilka Pollex lämnat anbud, har de upphandlande myndigheterna använt en liknande formulering i sina respektive förfrågningsunderlag. I samtliga dessa tre upphandlingar har Pollex anbud blivit accepterat, trots att skall-kravet avseende kvalitet på rören inte var uppfyllt av Pollex vid anbuds lämnandet. Detta kan inte uppfattas på annat sätt än att alla tre upphandlande myndigheter, precis som Pollex, tolkat skall-kravet såsom ett kontraktsvillkor som ska uppfyllas vid utförande av avropade uppdrag enligt ramavtalen.

Den aktuella upphandlingen är uppdelad i fyra olika områden. Det område som nu är föremål för Pollex ansökan om överprövning är område som rör renovering av vattenledningar. Pollex har däremot tilldelats kontrakt beträf-

fande två andra områden, bl.a. renovering av tryckloppsledningar. Där tillämpas samma typ av renoveringsmetod som vid uppdrag inom aktuellt område. För båda områdena ställer NSVA samma krav på materialet. Pollex har lämnat in precis samma bilagor för båda uppdragen i samband med anbudsinlämnandet. Pollex har således inte heller beträffande det andra området uppfyllt skall-kravet redan vid anbudsinlämnandet. NSVA har uppenbarligen tillämpat kravet på olika sätt i samma upphandling beträffande de olika anbudsområdena.

Kommersiella krav är till sin natur krav som ska gälla vid utförandet av uppdraget. Dessa krav formuleras som skall-krav i modellavtal eller i den del eller de delar av förfrågningsunderlaget som redovisar kommersiella krav som ska gälla. Det faktum att kommersiella krav formuleras som skall-krav innebär inte att de ska, eller ens kan, vara uppfyllda redan vid anbudsinlämnandet. Det skulle också vara orimligt, inte minst mot bakgrund av de höga kostnader det skulle innebära för anbudsgivarna, att kräva att alla anbudsgivare (när det överhuvudtaget är möjligt) ska uppfylla samtliga kommersiella krav redan vid anbudsinlämnandet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

Av upphandlingsprotokollet framgår att NSVA ansett att Pollex anbud avseende renovering av vattenledningar inte uppfyller skall-krav i enlighet med Bilaga 3 PGB.11.

Av Bilaga 3 PGB.11 framgår följande:

”Material

Entreprenören skall före materialbeställning uppges materialspecifikation för valt material.

Vid renovering av trycksatta vattenledningar med PE-rör skall kraven i EN 12201 eller EN 14409-3 uppfyllas.

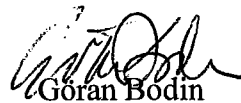
Rör skall för vatten ha blå märkning utefter hela sin längd.”


NSVA har i fråga om kravet uppgett att detta är ett sådant krav som ska vara uppfyllt då anbudet lämnas in. Pollex har anfört att det rör sig om ett kontraktsvillkor som ska vara uppfyllt när sådana uppdrag som upphandlingen avser utförs.

Med beaktande av hur kravet har formulerats i förfrågningsunderlaget kan det, enligt kammarrätten, inte tolkas på annat sätt än att det är ett krav som måste vara uppfyllt först vid utförandet av aktuellt uppdrag. Kammarrätten anser vidare att det inte är visat att Pollex motsätter sig att uppfylla detta krav vid fullgörande av uppdrag.

NSVA:s förfarande att förkasta Pollex anbud medför att det finns skäl för beslut om rättelse. Överklagandet ska därför bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att Pollex anbud ska utvärderas.

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


Göran Bodin


Ann-Marie Holmstedt
referent


Per-Åke Pettersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2012 -07- 2 0
Meddelad i
Malmö

Mål nr
6943-12 E

Bilaga A Sida 1 (4)

SÖKANDE

Pollex AB, 556336-4107
Rödjans väg 9
449 34 Nödinge

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB
Box 2022
250 02 Helsingborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Pollex AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB (NSVA) genomför en upphandling av schaktfria förnyelseinsatser. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

Pollex AB (Pollex) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende uppdrag 3, renovering av vattenledningar, och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om varvid Pollex anbud ska beaktas. I andra hand yrkar Pollex att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Pollex bl.a. följande. Skälet till att Pollex anbud förkastats är att ett uppställt skall-krav inte har uppfyllts. I protokollet anges att "kravet skall vara uppfyllt då anbudet inlämnas, vilket ej är gjort i anbudet". Enligt Pollex rör det sig inte om ett skall-krav som måste vara uppfyllt redan vid tidpunkten för anbudets inlämnande utan om ett kontraktsvillkor som ska vara uppfyllt när sådana uppdrag som upphandlingen avser utförs. Enligt ordalydelsen i punkt PGB.11 i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget är det otvetydigt att det aktuella kravet ska uppfyllas i samband med materialbeställning och uppdragets utförande. Även innehållet i anbudsformuläret talar för att det aktuella materialkravet inte behöver vara uppfyllt vid anbudsinlämnandet. Under alla förhållanden har det varit omöjligt att utläsa av förfrågningsunderlaget att det aktuella kravet skulle vara uppfyllt redan när anbudet lämnades in. NSVA har således inte haft fog för att förkasta Pollex anbud.

NSVA bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget anges att skall-kraven måste vara uppfyllda för att anbudet ska behandlas av den upphandlande myndigheten. Vidare anges att skall-krav och de kommersiella villkoren ska uppfyllas utan reservationer eller alternativ. Detta innebär att skall-kraven ska vara uppfyllda då anbudet inlämnas. Parterna är överens om att skall-kravet i punkt PGB.11 i bi-

laga 3 till förfrågningsunderlaget inte var uppfyllt då anbudet lämnades in. Därmed ska Pollex anbud förkastas.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 1.13 att av detta förfrågningsunderlag och tillhörande bilagor framgår vilka krav den upphandlande myndigheten ställer på anbudsgivare som leverantör och på dess erbjudande. Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som **skall-krav** eller som en begäran om att anbudsgivaren ska **ange** eller **beskriva** någonting. **Skall-kraven** måste vara uppfyllda för att anbudet ska behandlas av den upphandlande enheten. För att den upphandlande myndigheten ska kunna värdera till vilken grad ett anbud uppfyller ställda krav **skall** anbudsgivaren ge tydliga och fullständiga svar på samtliga krav och frågor. **Skall-kraven** och kommersiella villkoren ska uppfyllas utan reservationer eller alternativ.

I bilaga 3 till förfrågningsunderlaget, mängdförteckning 3, anges i punkt PGB.11 att entreprenören ska före materialbeställning uppge materialspecifikation för valt material. Vid renovering av trycksatta avloppsledningar med PE-rör ska kraven i EN 13244 uppfyllas. Rör ska för avlopp ha brun märkning utefter hela sin längd.

Förvaltningsrättens bedömning

Det uppställda kravet utgör ett s.k. skall-krav. Pollex gör gällande att det räcker att det aktuella skall-kravet är uppfyllt vid tidpunkten för utförandet av renoveringsarbeten. Det anges klart och tydligt i förfrågningsunderlaget att skall-kraven måste vara uppfyllda för att ett anbud ska behandlas av den upphandlande myndigheten samt att skall-kraven och de kommersiella villkoren ska uppfyllas utan reservationer eller alternativ. Enligt förvaltningsrätten följer härav att skall-kraven således måste vara uppfyllda vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet. Detta oavsett lydelsen i det uppställda kravet. NSVA har således haft skäl att förkasta Pollex anbud på angiven grund. Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Pollex inte förmått visa att NSVA har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU och Pollex ansökan härom ska därför avslås.

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



Eskil Hinn

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.

