



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden
Karolina Sölsnaes

DOM
2011-04-06
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4513-10

KONKURRENSVERKET	
2011-04-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

HögforsGST OY/GSTerm AB, 1916391-8
Smedjegatan 37
352 46 Växjö

MOTPART

Lessebo Fjärrvärme AB, 556631-8142
Box 13
360 50 Lessebo

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Lessebo Fjärrvärme AB (Lessebo Fjärrvärme) har genomfört en upphandling avseende leverans av prefabricerade fjärrvärmecentraler. Anbud har inkommit från bland annat Alfa-Laval och Högfors. Den 15 oktober 2010 beslutade Lessebo Fjärrvärme att anta anbudet från Alfa-Laval. Anbudet från Högfors förkastades.

HögforsGST OY/GSTerm AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen av prefabricerade fjärrvärmecentraler ska göras om. Som skäl anför bolaget i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget är så otydligt skrivet att anbudsgivarna inte har kunnat utläsa vad som har efterfrågats. Bolaget hänvisar till punkten AFA.21 i förfrågningsunderlaget där bl.a. följande framgår. ”Denna förfrågan avser leverans av prefabricerade fjärrvärmecentraler. Installationsarbete kommer att handlas upp separat av beställaren i en annan totalentreprenad. Denna entreprenaden är en totalentreprenad, dvs entreprenören projekterar och konstruerar anläggningen.” Denna skrivning är enligt bolaget otydlig genom att man först efterfrågar leverans av fjärrvärmecentraler och i en annan mening skriver att entreprenaden är en totalentreprenad med projektering och konstruktion. Villkoren i ABT 06 inte är lämpliga vid upphandling av leverans av fjärrvärmecentraler eftersom ABT 06 är allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten. Det är orimligt att leverantören av fjärrvärmecentraler ska ta ansvar för samordning som anges i AFD.361 och garantitiden som anges i AFD.461 motsvarades inte av den garantitid som bolaget får från sina leverantörer. Valet av ABT 06 innebär stora merkostnader eftersom anbudsgivarna vid prissättningen måste ta höjd för de utökade ansvaret som ABT 06 innebär gentemot normala leveranser av denna typ. Normalt används NL 09 för denna typ av avtal. Bolaget anser att otydligheten avseende vilket ansvar leverantören av prefabricerade fjärrvärmecentraler ska

överta enligt ABT 06 samt det ökade ansvar som ABT 06 innebär är icke-transparent och strider mot proportionalitetsprincipen. Bolaget lämnade ett sidoanbud med alternativt utförande med parallellkopplade centraler, vilket var direkt jämförbart med förfrågan i huvudanbudet när det gäller effekter och utrustningsnivå. Det förkastades för att det i anbudet inte lämnades pris på 2-stegskopplade centraler. Eftersom huvudanbudet var enligt ABT 06, så var bolaget tvunget att extrautrusta sina centraler med mer utrustning än som efterfrågades i förfrågan för att kunna ta ansvar för projektering och konstruktion av fjärrvärmecentralen. Detta innebar att bolaget var tvunget att ta med extrautrustningen i sidoanbudet också, annars hade centralerna inte varit direkt jämförbara med huvudanbudet. Därför blev sidoanbud dyrare prismässigt än det alternativ som det skulle ha blivit om bolaget hade gjort enligt skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Detta anser bolaget är en otydlighet i upphandlingen. Genom agerandet led bolaget skada av att sidoanbudet inte har värderats. I förfrågningsunderlaget framgår det inte tillräckligt tydligt vad som gäller för sidoanbud med ”alternativt utförande” eller ”alternativa lösningar”.

Lessebo Fjärrvärme motsätter sig ansökan och uppger i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget avser upphandling av prefabricerade fjärrvärmecentraler. I en annan upphandling ska installationsarbetet inom fastigheterna upphandlas. I förfrågningsunderlaget för upphandlingen av prefabricerade centraler har uppgifter lämnats om effektbehov för uppvärmning för resp. 51 centraler samt behov av tappvarmvatten, l/s. En prefabricerad enhet består bland annat av en värmeväxlare för uppvärmningen i fastigheten samt en värmeväxlare för uppvärmning av tappvarmvatten. Dessutom innehåller den rörsystem, pumpar, ventiler m.m. för styrning av temperatur till radiatorer respektive tappvarmvatten. Leverantören ska dimensionera växlare, rörsystemet (dimensioner på rören), pumpar styrventiler m.m. med hänsyn tagen till aktuell fastighetscentralen som den ska installeras i. Därav val av ABT 06, leverantören har projekterings- och dimensioneringsan-

svar för offererade centraler. I sitt huvudanbud har bolaget medtagit installationskostnaden inom fastigheten, vilket inte efterfrågades i denna upphandling. Huvudanbudet har därför förkastats. Bolaget sidoanbud har lämnats enligt NL09 inte ABT 06 som antyds i överklagan. Vid genomgång av Högfors sidoanbud har inte alla "skall-kraven" uppfyllts, inte 2-stegkopplat, varför även sidoanbudet har förkastats. Det är tydligt att upphandlingen avser leverans av prefabricerade fjärrvärmecentraler. Installationsarbete kommer att upphandlas separat i en annan entreprenad. Lessebo Fjärrvärme har valt ABT 06 på grund av att leverantören har projekterings- och dimensioneringsansvar för offererade centraler. Sidoanbud kan användas för att offerera enligt annat reglemente (t.ex. NL09, AA VVS 09 eller likande) utan att anbud förkastas. Ansvaret enligt ABT 06 är per definition solklart. Totalentreprenad är en entreprenadform där avtalet innebär att entreprenören sluter avtal om "projektering och utförande" av entreprenaden. Entreprenören får även ett funktionsansvar. I denna upphandling ska entreprenörens åtagande utgöras av dimensionering (projektering) och utförande av prefabricerade fjärrvärmecentraler. Skall-kraven ska alltid följas även om anbudslämnaren kan lämna synpunkter på rimligheten i beställarens skall-krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15§ (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LUF framgår följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF, ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Domstolen har enbart att pröva vad som omfattas av parternas yrkanden samt åberopade handlingar (jfr Regeringsrättens avgörande den 13 november 2009, målnr 7287-08). Bolaget har i huvudsak anfört att förfrågningsunderlaget varit så otydligt att anbudsgivarna inte har kunnat utläsa vad som efterfrågats samt att det är otydligt vad som gäller för sidoanbud med ”alternativt utförande” eller ”alternativa lösningar”. Bolaget har även anfört att det inte är lämpligt att använda ABT 06 samt haft invändningar mot samordningsansvaret och garantitiden enligt förfrågningsunderlaget.

Det är den upphandlande enheten som avgör vilka krav som ska ställas i en upphandling samt hur leverantören ska styrka att kraven uppfylls, förutsatt att dessa inte strider mot de grundläggande principerna i LUF eller någon annan bestämmelse i lagen. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller 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. Motsvarande får anses gälla i fråga om LUF. Förvaltningsrätten kan instämma i att formuleringen i punkten AFA.21 i förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformad, men att det får anses tillräckligt tydligt för att möjliggöra för anbudsgivare att bedöma vad Lessebo Fjärrvärme avser att upphandla i den aktuella upphandlingen. Denna otydlighet medför därför inte att Lessebo Fjärrvärme har brutit mot 1 kap. 24 § LUF. Där emot anser förvaltningsrätten att det inte klart framgår av förfrågningsun-

derlaget vad som avses med begreppen ”alternativt utförande” eller ”alternativa lösningar” för sidoanbud.

Bolaget har vidare anfört att företaget lidit skada på grund av att deras sidoanbud inte har värderats. Av de administrativa föreskrifterna i det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att det i anbudet skall ingå å-priser för de i den tekniska beskrivningen efterfrågade prefab centralerna. Enligt tilldelningsbeslutet saknade bolagets anbud pris på 2-stegskopplade centraler och därför förkastades bolagets anbud. Anbud som inte uppfyller skalkraven i ett förfrågningsunderlag ska förkastas.

Bolaget har även anfört att det är olämpligt att använda ABT 06 dels eftersom de är allmänna bestämmelserna för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten, dels eftersom det är orimligt att leverantören ska ta ansvar för samordning samt att garantitiden går utöver vad leverantören får från sina leverantörer. Fråga är då om kravet att använda de allmänna bestämmelserna i ABT 06 eller villkoren avseende samordning och garantitiden strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 24 § LUF i den aktuella upphandlingen. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte ska ställa andra eller högre krav på leverantören än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Om det finns ett mindre ingripande alternativ att uppnå syftet med kravet så ska detta användas.

Av Lessebo Fjärrvärmes yttrande i målet framgår att en prefabricerad enhet består av flera olika komponenter. Syftet med att uppställa krav på att använda ABT 06 är att leverantören ska dimensionera varorna med hänsyn till de aktuella fastighetscentralerna där de ska installeras. Bolaget har uppgett att det är orimligt att leverantören tar det ansvar som framgår av förfrågningsunderlaget samt att garantitiden i förfrågningsunderlaget inte motsvaras av den garantitid som leverantören får från sina egna leverantö-

rer. Bolaget anför även att man normalt använder NL09 för denna typ av avtal. Förvaltningsrätten bedömer att kravet på ABT 06 har samband med upphandlingen eftersom leverantören av de prefabricerade fjärrvärmecentralerna ska projektera och konstruera anläggningen där centralerna ska installeras. Det får då det anses nödvändigt att ställa krav på ett sådant samordningsansvar som framgår av förfrågningsunderlaget och det framgår inte att det finns något mindre ingripande sätt att uppnå syftet. Villkoret avseende garantitiden får också anses vara nödvändigt eftersom det avser såväl arbetsprestation som varor och material och det framgår inte att det finns något mindre ingripande sätt att uppnå syftet. Hänvisningen till ABT 06 samt villkoren avseende samordningsansvar och garantitid kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 24 § LUF.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har kunnat visa att Lessebo Fjärrvärme i den aktuella upphandlingen varit så otydliga med vad man avser att upphandla att det strider mot 1 kap 24 § LUF. Inte heller har bolaget kunnat visa att hänvisningen till ABT 06 och villkoren avseende samordningsansvar och garantitider strider mot 1 kap. 24 § LUF. Däremot anser förvaltningsrätten att Lessebo Fjärrvärme inte tillräckligt tydligt förklarat vad som avses med ”alternativt utförande” eller ”alternativa lösningar” avseende sidoanbud. Detta saknar emellertid betydelse i det aktuella målet eftersom bolaget inte har uppfyllt skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller skall-kraven ska förkastas. Detta innebär att även om Lessebo Fjärrvärme inte varit tydliga i förfrågningsunderlaget på denna punkt har bolagets anbud inte haft möjlighet att vinna upphandlingen. Bolaget kan således inte anses ha lidit skada av att innebörden av de nämnda begreppen inte klart framgick av förfrågningsunderlaget. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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


Bengt Lindblad



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 rättstillämpningen 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 3109/1D LOU