



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2011-11-30
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1742-11 E
D5

SÖKANDE

Midroc Electro AB, 556436-3595
Depåvägen 6B
973 47 Luleå

Ombud: Samuel Rytterfelt
c/o Midroc Electro AB
Depåvägen 6B
973 47 Luleå

MOTPARTER

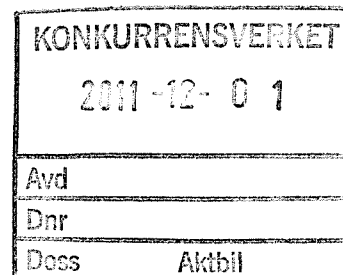
1. Luleå kommun
Tekniska Förvaltningen
Midgårdsvägen 19
971 85 Luleå

2. Malmberg Water AB
296 85 Åhus

3. Läckeby Water AB
Box 1146
221 05 Lund

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats varvid såväl Malmberg Water AB:s som Läckeby Water AB:s anbud inte får beaktas.

Dok.Id 21313

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun har genom förenklad upphandling upphandlat en totalentreprenad beträffande anläggning för fordonsgas. Enligt tilldelningsbeslutet den 19 augusti 2011 har upphandlingen tilldelats Malmberg Water AB. Läckeby Water AB placerade sig på andra plats och därefter kom Midroc Electro AB (Midroc) som en av fem anbudsgivare.

YRKANDEN M.M.

Midroc har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att kvalificeringen och utvärdering följer de i förfrågningskontraktet angivna förutsättningarna och att Midroc därmed tilldelas kontraktet.

Som stöd för sin ansökan har Midroc bland annat anfört följande. Luleå kommun har angett ABT06 som upphandlingsform med justeringar i AFDelen. Under AFB.5 Anbudsprövningen anger kommunen att anbud med icke prissatta reservationer kommer att förkastas. Både det vinnande anbudet Malmberg Water AB och det som kom tvåa Läckeby Water AB, innehåller ett antal avsteg från förfrågningsunderlaget. I de administrativa föreskrifterna under AFB.13 Ersättningsform anges fast pris utan indexreglering. Läckeby Water AB:s avviker från detta. I AFB.33 som gäller Anbudets giltighetstid, AFD.622 om Betalningsplan, AFD.631 om Säkerhet till beställaren, AFD.511 om Vite vid försening och AFD.518 om Övriga viten avviker såväl Malmberg Water AB:s som Läckeby Water AB:s anbud från förfrågningsunderlaget. Vad gäller rambeskrivningen avviker såväl Malmberg Water AB:s som Läckeby Water AB:s anbud från förfrågningsunderlaget avseende ”Styr och övervakning” (position 5.4). Malmberg Water AB:s anbud avviker dessutom från kravet avseende ”Provdrift” (position 10.2).

Luleå kommuns agerande innebär att Midroc lidit skada.

Luleå kommun har motsatt sig bifall till ansökan och i huvudsak anfört följande. Enligt kommunens uppfattning har såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB ingivit anbud som helt överensstämmer med förfrågningsunderlaget. Malmberg Water AB har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med de administrativa föreskrifternas kod AFB.52. Vare sig Malmberg Water AB eller Läckeby Water AB:s anbud innehåller några icke prissatta reservationer på det sätt som Midroc gjort gällande då det i båda dessa anbudsgivarens anbud på formulär anges att ”Härmed erbjuder vi oss att på totalentreprenad utföra anläggning för uppgradering av biogas till fordonsgas vid Uddebo avloppsreningsverk samt tankstation vid Luleå Lokaltrafiks garage, i full överensstämmelse med i Administrativa föreskrifter, daterad 2011-05-06 under AFB.22 angivet förfrågningsunderlag”. Bakom Midrocs ansökan om överprövning kan finnas ett missförstånd. I själva verket har såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB ingivit två anbud var – ett helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget samt även ett sidoanbud från båda respektive bolag. Av de administrativa föreskrifterna och dess kod AFB.312 framgår att sidoanbud inte kommer att accepteras och så har inte heller skett då kommunen förkastat sidoanbuden och tagit upp huvudanbuden till utvärdering. På en punkt, avseende giltighetstid, har det angetts olika tider i det förtryckta anbudsformuläret. I det första dokumentet angavs 90 dagar och i det senare 60 dagar. Detta är en lapsus enligt kommunen och som självfallet inte kan innebära att en anbudsgivare som fyller i ett förtryckt anbudsformulär ska anses ha reserverat sig och inte heller något som ska innebära att kommunen ska betala nästan dubbelt så mycket för samma anläggning. Den obetydliga motsägelsefullheten i förfrågningsunderlaget har i vart fall varit försumbar. Såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB har alltså ingivit huvudanbud helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget.

Kommunen har således inte handlat i strid med LOU, varför Midrocs ansökan inte kan vinna bifall.

Enligt kommunens uppfattningar uppfyller inte Midroc AB:s anbud det ska-krav som uppställs i upphandlingen då bolaget inte bifogat en sådan ritning eller skiss som föreskrivs under AFB.31. Bolagets anbud skulle därför mot denna bakgrund rätteligen ha betraktats som orent och borde ha förkastats. Midroc kan därmed inte ha anses lidit någon skada.

Midroc har härefter anfört bland annat följande. Luleå kommun har valt att dela på huvudanbudet för att de ska framstå som separata. I verkligheten är det ett och samma anbud, dvs. huvudanbudet, inklusive anbudsbrief. Läckeby Water AB har exakt samma priser upprepade i sitt sidoanbud med tydliga avvikelser från förfrågan i sitt anbudsbrief. Malmberg Water AB har inte ens nämnt priser i sin avslutande del av anbudsbriefet. De digitala kopior som Midroc fått från Luleå kommun visar tydligt att det inte finns sidoanbud utan att det endast är kreativt klipp-och-klistra i yttrandet från Luleå kommun.

Midroc vidhåller att såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB gjort avvikelser från rambeskrivningen i sina anbud. Midroc anser vidare att dokumentationen från kommunen inte redovisats korrekt. Då Midrocs anbud godkänts av kommunen som korrekt och inte heller är föremål för överprövning vidhåller bolaget att det lidit skada.

Luleå kommun vidhåller sin uppfattning att vare sig Malmberg Water AB:s eller Läckeby Water AB:s huvudanbud innehåller några reservationer. Midrocs påstående att nämnda anbudsgivares sidoanbud skulle vara försättsblad till anbudet är helt orimligt eftersom sidoanbudet är utformat som offerter med alternativa lösningar. Kommunen har inte kunnat uppfatta uppkommen situation på annat sätt än att det rört sig om huvud-

respektive sidoanbud från anbudsgivarna. Kommunen vidhåller således sin uppfattning om att det i upphandlingen förekommit såväl huvudanbud som sidoanbud från anbudsgivarna.

Kommunen anser vidare att Midroc inte förtydligat på vilket sätt bolaget menar att anbudet avviker från rambeskrivningen. Midroc har i sin ansökan om överprövning endast citerat delar av rambeskrivningen vilket följs av en notering om att det i förhållande till skrivningen i rambeskrivningen finns brister i anbudet. Enligt kommunens uppfattning bör det åligga Midroc att ange skäl för sin talan för att kommunen inte ska behöva gissa sig till vad som den ska svara på och förklara sig över. Det kan vara så att avvikelser från rambeskrivningen kan förekomma i sidoanbud. Både Malmberg Water AB:s och Läckeby Water AB:s huvudanbud överensstämmer dock till fullo med förfrågningsunderlaget såsom det angetts i de administrativa föreskrifterna AFB.22, vilket även innefattar rambeskrivningen.

Midroc vidhåller sin inställning att såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB bara lämnat in ett anbud och att deras anbud avviker från både förfrågningsunderlaget och rambeskrivningen.

Malmberg Water AB och *Läckeby Water AB* har beretts tillfälle att komma in med yttranden i målet. Malmberg Water AB ansluter sig helt till den inställning som Luleå kommun har och har i övrigt inget att tillägga. Läckeby Water AB har angett att de motsätter sig vad som yrkas. De har lämnat in dokument 07.01 som är formuläret till anbudet och som ska spegla de krav som ska ställs i upphandlingen. I och med det har bolaget inga reservationer i sitt anbud.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 16 kap. 9 § LOU anges att om en ansökan om överprövning har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Har bolagen lämnat in mer än ett anbud?

Den inledande frågan i målet är om såväl Malmberg Water AB som Läckeby Water AB lämnat både ett huvudanbud och ett sidoanbud eller om bolagen bara lämnat ett anbud.

Förvaltningsrätten har, vid granskning av de handlingar som Malmberg Water AB och Läckeby Water AB lämnat in i den aktuella upphandlingen, noterat att bolagen gett in anbud med en förteckning över vilka handlingar som hör till respektive bolags anbud.

Förvaltningsrätten har, genom det yttrande som kommunen lämnat, fått den uppfattningen att vad Malmberg Water AB bilagt under rubriken ”bilagor till anbud” och vad som finns under rubriken ”anbudsbrev, anbudsformulär ” i Läckeby Water AB:s anbud också skulle innefatta bolagens respektive sidoanbud. Av innehållet i de handlingar som är bilagda under dessa rubriker finns dock inte något som talar för ett sådant synsätt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning går det inte heller att dra den slutsatsen att det bara är anbudsformuläret som kan anses utgöra själva anbudet eftersom det är vanligt förekommande i anbudsförfaranden – i de fall när anbud ska lämnas i ett på förhand framtaget anbudsformulär – att formuläret också följs av ett anbudsbrev, beskrivningar och liknande handlingar. Till de nu aktuella anbuden skulle dessutom bland annat referenser och intyg bifogas.

I de handlingarna som Malmberg Water AB eller Läckeby Water AB gett in när de lämnade sina anbud finns inte heller någon notering från bolagens sida om att de också bilagt handlingar som ett sidoanbud. Om bolagen avsett att lämna in sidoanbud borde det uttryckligen ha framgått vilka handlingar det omfattade. Då så inte skett talar det för att bolagen inte avsett att lämna något sidoanbud. Bolagen har heller inte i sina yttranden till förvaltningsrätten i tillräcklig omfattning gjort gällande att de lämnat två anbud varvid det ena skulle ses som ett sidoanbud.

Det förhållandet att Läckeby Water AB anger exakt samma priser i det som påstås vara sidoanbudet medan Malmberg Water AB inte ens anger några

priser i sitt utgör ytterligare en omständighet som talar för att bolagen bara avsett att lämna ett anbud.

Förvaltningsrätten kan mot bakgrund av ovan nämnda förhållanden inte dra någon annan slutsats att bolagen bara lämnat ett enda anbud.

Uppfyller bolagens anbud ställda ska-krav?

Förvaltningsrätten övergår härfter till att pröva om de av Malmberg Water AB och Läckeby Water AB lämnade anbuden uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget.

En av huvudprinciperna inom offentlig upphandling är att anbud som inte uppfyller ska-kraven inte får beaktas. Att beakta anbud som inte uppfyller ska-kraven står i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Midroc har gjort gällande att de båda bolagens anbud innehåller ett antal avsteg från förfrågningsunderlaget både i avseende på administrativa föreskrifter som rambeskrivning.

Midroc har bland annat anfört att de båda bolagens anbud inte uppfyller de krav som ställs i de administrativa föreskrifterna under kod AFD.631 om säkerhet till beställaren och under kod AFD.511 om vite vid försening. Denna uppfattning delas av förvaltningsrätten då bolagen angett en annan säkerhet än den som efterfrågas och då bolagen valt en annan procentsats för vitet. Vad gäller påstådda avvikelser från rambeskrivningen framgår det av handlingarna att Malmberg Water AB särskilt angett att deras anbud avviker från vad som krävs enligt position 5.4 om kravet på styrsystem och position 5.7 om antal projekteringsmöten i rambeskrivningen. Av Läckeby Waters AB:s anbud framgår vidare att bolaget när det gäller kravet på styrsystemet föreslagit en annan lösning och först som en andra alternativ lös-

ning anger det system (ABB ACS800) som uppställs i ska-kravet under position 5.4.

Förvaltningsrätten finner således att det redan mot bakgrund härav är klarlagt att både Malmberg Water AB:s och Läckeby Water AB:s anbud strider mot väsentliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att anbudsformuläret inledningsvis innehåller en fras där bolagen ska ha deklarerat att de inte gjort några förbehåll i sina anbud ändrar inte förvaltningsrättens inställning i frågan. De båda bolagens anbud borde således ha förkastats och inte gått vidare till utvärdering.

Har Midroc lidit skada?

Luleå kommun har sedan Midroc begärt överprövning av upphandlingen gjort gällande att Midrocs anbud inte uppfyller ställda ska-krav i förfrågningsunderlaget. Enligt kommunen har bolaget inte bifogat en sådan ritning eller skiss som föreskrivs under AFB.31. Bolagets anbud borde därför mot denna bakgrund rätteligen ha förkastats. Luleå kommun har med hänvisning härtill gjort gällande att Midroc i vart fall inte kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU.

Av vägledande avgöranden från såväl Kammarrätten i Göteborg (mål nr 4904-09 och 3764-10) som Kammarrätten i Stockholm (mål 5929-10) har en sådan invändning som en upphandlande myndighet framför först i en överprövningsprocess om att en leverantör som begär överprövning inte uppfyller alla ska-krav, när den upphandlande myndigheten tidigare ansett att leverantören uppfyller alla ska-krav, inte kan prövas inom ramen för det mål där det är leverantören ifråga som begärt överprövning av ett tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten anser därför, med hänvisning till ovan nämnda avgöranden, att den invändning Luleå kommun gjort om att Midroc inte skulle uppfyller alla ska-krav och att bolaget därför inte kan lida skada inte kan prövas inom ramen i detta mål.

Förvaltningsrätten finner, då Midroc var en av tre anbudsgivare som gick vidare till utvärderingen, att det kan antas att bolaget lidit skada på grund av kommunens agerande.

Slutsats

Genom att Luleå kommun låtit både Malmberg Water AB:s och Läckeby Water AB:s anbud att gå vidare till utvärdering har Luleå kommun brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Midroc har därmed – med sin tredje plats i upphandlingen – riskerat att lida skada på grund av agerandet. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed.

De brott mot LOU som förvaltningsrätten anser föreligga är inte hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till kvalificeringen av anbud. Den åtgärd som då blir aktuell är rättelse. Midrocs ansökan ska således bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärderingen har gjorts, varvid såväl Malmberg Water AB:s som Läckeby Water AB:s anbud ska förkastas.

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


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.