



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Mikael Wiktorsson

DOM
2013-08-12
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Mål nr
2968-13
Domare 2:2

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Imtech Elteknik AB, 556013-4628
Jönköpingsvägen 107 D
331 34 Värnamo

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1. Bravida Sverige AB, 556197-4188
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

2. Värnamo kommun
331 83 Värnamo

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 1 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Imtech Elteknik AB:s ansökan om överprövning av avtals giltighet.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 24 juli 2013.

BAKGRUND

Värnamo kommun (Kommunen) genomför en upphandling av utförande-entreprenad avseende elinstallationsarbeten för nybyggnad av avloppsreningsverk och pumpstation, EL-E. Upphandlingen har handlagts enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 10 juni

Dok.Id 106786

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post:

forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

2013 har Kommunen meddelat att Imtech Elteknik AB (Imtech) antagits som leverantör. Kommunen har den 18 juni 2013 tagit tillbaka tilldelningsbeslutet då den efter revidering funnit att vinnande anbud inte uppfyllt de formella kraven enligt AFB.51. och därutöver även meddelat att anbudsgivaren Bravida Sverige AB (Bravida) med näst lägst anbudssumma antas som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Imtech Elteknik AB (Imtech) ansökte den 26 juni 2013 om överprövning av upphandlingen vari i första hand yrkas att Kommunens tilldelningsbeslut att anta Bravida som leverantör ska upphävas och att rättelse ska ske på sådant sätt att anbudsutvärderingen ska göras om och att Imtechs anbud ska tas upp till prövning. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen tecknade avtal med Bravida den 3 juli 2013 och hade enligt egen uppgift då inte vetskap om att en ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten.

Imtech har efter det att de erhållit kännedom om avtalet mellan kommunen och Bravida justerat sin ansökan om överprövning och utöver vad som tidigare anförts yrkat att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal som Kommunen ingått med Bravida den 3 juli 2013.

Förvaltningsrätten har den 24 juli 2013 förordnat att avtalet mellan Kommunen och Bravida inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

PARTERNAS ARGUMENTATION

Imtech: Ett avtal ska förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr och om även de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lag har överträtts och att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Den förlängda avtalsspärren gällde när Kommunen ingick avtalet med Bravida.

Felaktig uteslutning av Imtechs anbud

Kommunen har som skäl för beslutet att ta tillbaka tilldelningsbeslutet avseende Imtech angett följande.

“Anbud med lägst anbudssumma uppfyller inte de formella kraven enligt AFB.51 i förfrågningsunderlaget ... Den tidigare antagna entreprenören har förändrat förutsättningarna för entreprenörsarvodet, direkt material från 9 till 10 %. Detta innebär att anbudet förkastas.”

Imtech uppfyller samtliga enligt kod AFB.51 ställda krav. Något krav som kan hänföras till ändring av procentsats i anbudsformuläret kan inte utläsas av kod AFB.51. Det skäl Kommunen angett för att diskvalificera Imtechs anbud är således direkt felaktigt. Imtech har avgett anbud med användande av det till förfrågningsunderlaget fogade anbudsformuläret. I anbudsformuläret finns utrymme för att fylla i prisuppgifter under punkterna 1-4. Förtryckta enheter anges som “kronor”, “kr/h” respektive “kr”. Under punkt 3. “Debitering av tillkommande och avgående arbeten:” anges även prisuppgift avseende “Direkt material” och “Underentreprenader”. Den förtryckta uppgiften är där “9 %” respektive “12 %”. Uppgiften avser påslag på verifierade självkostnader och fyller ingen självständig funktion, då påslagets storlek redan anges i AFC.611. Uppgiften i anbudsformuläret är således endast given upplysningsvis.

Vid ifyllande av prisuppgifterna i anbudsformuläret har procentangivelsen avseende "direkt material" av misstag ändrats från 9 % till 10 %. Av Imtechs anbud framgår dock att Imtech erbjuder sig att utföra uppdraget i full överensstämmelse med under AFB.22 i Administrativa Föreskrifter daterade den 15 mars 2013 angivna handlingar. Bland dessa handlingar återfinns de administrativa föreskrifterna. Anbudet innehåller således uttryckligen föreskriften i AFC.611 om att påslaget för verifierad självkostnad för direkt material är 9 %. Kommunen skulle därför bortsett från den uppenbart felaktiga och upplysningsvis givna uppgiften om 10 % i anbudsformuläret.

Det saknar för anbudsgivningen betydelse huruvida påslaget ska vara 9 % eller 10 %. Procentsatsen tillämpas när arbeten *avgår* från kontraktsarbetena *och* när arbeten *tillkommer* till kontraktsarbetena. Det går således inte vid anbudsgivningen att avgöra om en högre procentsats ger större, mindre eller oförändrad ersättning vid entreprenadens utförande. Ändringen av den aktuella procentsatsen för direkt material kan således inte ge någon kalkylerbar fördel för Imtech ens om uppgiften skulle anses ha bindande verkan för Kommunen. Imtech står dock fast vid att anbudets innehåll är att den procentsats som faktiskt har offererats är den som anges vid kod AFC.611, dvs. 9 % för direkt material. Avtal om någon annan procentsats kan inte uppkomma vid antagande av Imtechs anbud. På ovan anförda skäl borde Imtechs anbud tagits upp till prövning.

Kommunen synes även påstå att Imtech inte uppfyllt skall-krav att använda sig av blankett 13.14.4. Kommunen har inte tidigare angett detta som skäl till att förkasta Imtechs anbud, varför påståendet bestrids. I AFB.51 finns inget skall-krav att anbudsformuläret skulle användas. Av AFB.51 framgår endast att samtliga efterfrågade uppgifter i anbudsformuläret ska fyllas i och besvaras, vilket Imtech gjort. I AFB. 31 anges visserligen att anbudsformulär ska användas, men också att anbud som inte överensstämmer med

bestämmelserna i förfrågningsunderlaget riskerar att inte tas upp till prövning. Dessa uppgifter är motstridiga och det framgår således inte klart av AFB. 31 att det är ett skall-krav att något specifikt anbudsformulär ska användas. Oavsett detta har Imtech använt sig av det formulär Kommunen hänvisar till. De skäl som kommunen har angett för att utesluta Imtech är därför felaktiga.

Av Imtechs anbud framgår vidare att man erbjuder sig att utföra uppdraget i full överensstämmelse med under AFB.22 i "Administrativa Föreskrifter" angivna handlingar. Detta är tillräckligt för att uppfylla skall-kravet ifråga om att påslaget för verifierad kostnad för direkt material är 9 % (jfr Kamrarrättens i Göteborg dom i mål nr 507-13). Kommunen borde därför bortsett från den uppenbara felskrivna upplysningsvis givna uppgiften om 10 %.

Imtechs anbud överensstämmer med de formella kraven enligt AFB.51 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har vid företagen anbudsprövning felaktigt förkastat Imtechs anbud.

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

För det fall Imtechs anbud inte anses överensstämma med de formella kraven enligt AFB.51 i förfrågningsunderlaget och att Imtech därigenom anses förändrat förutsättningarna för entreprenörsarvodet, direkt material från 9 % till 10 % anförs följande. Det framgår inte på ett tillräckligt tydligt sätt av kraven i AFB.51 att en ändring av uppgiften i anbudsformuläret avseende påslaget för direkt material från 9 till 10 % skulle utgöra en förändrad förutsättning för entreprenörsarvodet. Den överflödiga uppgiften avseende påslaget i anbudsformuläret jämte utformningen av denna uppgift, har inbjudit till att - så som också skett - av misstag ange procentsats för påslaget trots att detta varit helt överflödigt. Oklarheten härvidlag har föranlett att

Bolaget angett det felaktiga påslaget 10 %. Oklarheterna får allvarliga effekter och berör det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Om förvaltningsrätten menar att Bolagets anbud ska förkastas, kan oklarheterna inte undanröjas med mindre än att upphandlingen görs om.

Bravidas yttrande

Bravida påstår att anbudet skulle förkastas även på grund av att Imtechs referenser var fel eller att anbudet saknade prisuppgifter. Imtech bestrider påståendena. Av Kommunens beslut att förkasta Imtechs anbud framgår inte att anbudet skulle vara fel i dessa avseenden. De av Bravida anförda nya omständigheterna ska överhuvudtaget inte prövas inom ramen för detta mål

Sammanfattning

Kommunen har inte haft giltigt skäl att förkasta anbudet. Genom att förkasta anbudet har Kommunen överträtt principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolagets anbud hade också lägsta pris. Om Bolagets anbud inte hade förkastats så skulle Bolaget ha vunnit upphandlingen och tilldelats kontrakt. Bolaget har därmed lidit skada.

Motparternas inställning

Kommunen

Felaktig uteslutning av Imtechs anbud

I Värnamo kommuns förfrågningsunderlag punkt AFB.31 "Anbuds form och innehåll" framgår tydligt att bifogat anbudsformulär, handling 13.14.4 ska användas och att samtliga efterfrågade uppgifter ska fyllas i. Imtech

har vid anbudsgivning inte använt sig av bifogad blankett utan skrivit en egen och har därmed vid ifyllandet förändrat förutsättningarna för entreprenörsarvodet avseende direkt material från 9 % till 10%. Kommunen har vid sin prövning betraktat det som ett orent anbud och har därmed förkastat anbudet.

Det följer av rättspraxis att ett anbud som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget inte får utvärderas, se t.ex. EU-domstolens dom, mål C-243/87, Stora Bält. EU-domstolen konstaterar i målet att likabehandlingsprincipen innebär att anbudena ska överensstämma med förfrågningsunderlaget för att på så sätt garantera en objektiv jämförelse. Även enligt svensk praxis framgår att anbud som inte uppfyller krav i förfrågningsunderlag ska förkastas (se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4660- 10).

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget är disponerat på ett korrekt, förutsägbart och tydligt sätt i enlighet med 1 kap. 9 § LOU och transparensprincipen. En normalt omsorgsfull leverantör ska ta del av hela förfrågningsunderlaget och därtill svara i enlighet med de obligatoriska kraven.

Kommunen har inte begått de fel i upphandlingen som Imtech gör gällande. Imtech har heller inte lidit skada eller riskerar att lida någon skada med anledning av det sätt på vilket Kommunen har genomfört upphandlingen. Imtechs ansökan ska därför avslås.

Bravida

Bravida Sverige bestriider Imtechs yrkanden och anför bl.a. följande. Imtech har inte uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Felaktigheterna

består dels i att Imtech har ändrat siffran "9" till "10", del att prisuppgifter saknas. Dessutom har Imtech inte korrekta referenser.

Felaktig utslutning av Imtechs anbud

Av förfrågningsunderlaget, AFB.31, framgår att anbudsformulär ska användas och att samtliga uppgifter ska fyllas i. Om detta inte uppfylls tas anbudet inte upp till prövning. Det är således helt klart att alla uppgifter i anbudsformuläret måste fyllas i. Detta har inte Imtech gjort. Vidare framgår tydligt att prövning av anbudsgivare i steg 2 endast sker av anbudsgivare som uppfyllt samtliga skall-krav samt lämnat komplett ifyllda anbudsformulär. Det är inte, som Imtech synes mena, så att det inte är så noga med hur anbudsformuläret fylls i.

Av anbudsformuläret framgår att entreprenörsarvodet avseende direkt material är 9 % och avseende underleverantör är 12 %. Detta är villkor för upphandlingen. Imtech har uppenbarligen inte accepterat påslaget för direkt material utan ändrat detta till 10 %. Detta har givetvis inte skett av "misstag", det är ingenting man som leverantör av misstag skriver. Tvärtom har Imtech ansett sig inte vilja ingå avtal på så låg ersättning som 9 % utan begärt 10 %.

Oklarheter i förfrågningsunderlaget

Av AFB.2 framgår inledningsvis att anbudsgivare senast i anbudet ska underrätta beställaren om felaktigheter i förfrågningsunderlaget. Imtech har valt att inte meddela beställaren om några felaktigheter utan först när Imtech förlorat kontraktet anfört påståenden om fel i förfrågningsunderlaget. Imtechs påståenden om fel ska ses mot den bakgrunden.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt 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. 10 § LOU får när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

Av 16 kap. 7 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska ett avtal förklaras ogiltigt bl.a., om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I ”HANDLING 09 Administrativa Föreskrifter, Förfrågningsunderlag” punkt AFB.51 Prövning av anbudsgivare, anges bl.a. följande:

’Utöver detta krävs att anbudsgivaren:

(...)

– har fyllt i samtliga efterfrågade uppgifter i anbudsformuläret och svarat JA på samtliga JA/NEJ frågor i anbudsformuläret.

(...)

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att Kommunen har, om än utan uppsåt, tecknat avtal i strid med reglerna om avtalsspärr sedan Imtech inkommit med en ansökan om överprövning av nu aktuell upphandling till förvaltningsrätten. Imtech har i enlighet med vad som anges i förarbetena (prop. 2009/10:180 s.174) justerat yrkandet i upphandlingen till att yrka överprövning av avtalets giltighet.

En förutsättning för att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras på den av Imtech nu angivna grunden är att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I målet är ostridigt att Imtech vid avlämnandet av anbud under punkt 3. ”Debitering av tillkommande och avgående arbeten gällande ”Entreprenörsarvode enligt AFC.611- Ersättning för ÄTA-arbeten (ändrings- och tilläggsarbeten, rättens anm.) i anbudsformuläret justerat procentsatsen för påslag direkt material från 9 % till 10 %. Imtech har gjort gällande att Kommunens skäl för att diskvalificera Imtechs anbud är felaktigt.

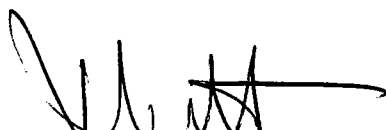
Det kan av AFB.51 utläsas att samtliga efterfrågade uppgifter i anbudsformuläret ska vara ifyllda och att JA-svar ska lämnats på samtliga JA/NEJ frågor i anbudsformuläret. Formuleringen ger inte utrymme för, oavsett om anbud lämnas på Kommunens anbudsformulär eller på annat sätt, att göra justeringar utöver de uppgifter som framgår av anbudsformuläret. Det

framgår således motsatsvis att några ändringar av de fasta uppgifter som förekommer varken efterfrågas eller ska göras. Imtechs justering av den nu nämnda procentsatsen avviker således från vad som framgår av punkten AFB.51 och medför även en förändring av den fasta uppgiften under "Entreprenörsarvode AFC.611".

Imtechs anbud är upprättat på eget anbudsformulär. Kommunen har godtagit att Imtech inte har använt sig av det av kommunen upprättade anbudsformuläret. Det kan vid sådant förhållande inte anses ha ålegat Kommunen att ifrågasätta om de uppgifter som lämnas i anbudet utgör en felskrivning eller inte. Imtechs anbud kan därmed inte anses ha lämnats i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget varför Kommunen har haft fog för att förkasta Imtechs anbud. Vad Imtech anfört i övrigt gör inte heller sannolikt att kommunen brutit mot LOU på sätt som medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas därmed förutsättningar för att ogiltigförklara det avtal som Kommunen och Bravida har ingått den 3 juli 2013. Imtechs ansökan om överprövning av avtals giltighet ska därför avslås.

Eftersom förvaltningsrätten nu avgör slutligt ska rättens tidigare interimistiska beslut av den 24 juli 2013 upphöra att gälla.

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



Thorbjörn Lindvall

1. The first part of the document
 discusses the general principles
 of the project and the
 objectives to be achieved.
 2. The second part of the document
 describes the methodology
 used in the study and the
 results obtained.
 3. The third part of the document
 discusses the conclusions
 drawn from the study and
 the implications for future
 research.