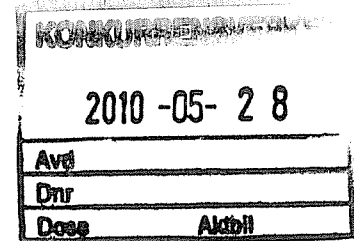




KLAGANDE
Neuro Technology Gmbh
Neurostr. 1
D-49324 Melle
Tyskland



Ombud: David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå
Box 606
651 13 Karlstad

MOTPART
Infrastruktur i Umeå AB, 556040-6315
Umestan Företagspark Hus 3
903 47 Umeå

Ombud: Advokat Gunnar Swanström
Ahlgrens Advokatbyrå HB
Box 137
901 04 Umeå

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Infrastruktur i Umeå AB (INAB) infordrade anbud avseende Vagnverkstad för Norrtåg nybyggnad, undergolvslyftare och beslutade att anta det anbud som lämnats av Windhoff Bahn- und Anlagentechnik GmbH (Windhoff).

Sedan Neuero Technology GmbH (Neuero) hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen har INAB den 6 april 2010 beslutat att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Neuero yrkar i ansökan om överprövning, såsom talan slutligen bestämts, att INAB:s beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas varefter Neuero ska tilldelas upphandlingskontraktet.

INAB bestrider bifall till Neueros ansökan.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlagets *administrativa föreskrifter (AFB)* och *tekniska specifikation* framgår bl.a. följande.

AFB.311 Huvudanbud

Huvudanbud ska avges helt enligt förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare ansvarar för att anbudet uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav såvida anbudsgivaren inte klart och entydigt i anbudet anger att, och i vilket avseende, anbudet avviker från förfrågningsunderlagets krav. Eventuella reservationer i anbudet ska vara prissatta.

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

Anbudsgivare kommer att provas enligt LOU. Prövning av anbudsgivare kommer att ske med avseende på:

Registrering för redovisning och betalning av mervärdesskatt, m.m.

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Det anbud som har lägst pris enligt anbudsformulär kommer att antas. Anbud som saknar begärda uppgifter kan komma att förkastas och möjligheterna att göra kompletteringar i efterhand är mycket begränsade.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

Neuro (ansökan om överprövning inklusive kompletterande skrivelse som inkom till förvaltningsrätten den 25 mars 2010)

Yrkanden

Neuro yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas, innebärande att Windhoffs anbud ska förkastas. Neuro yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Utveckling av talan

Windhoff har inte i sitt anbud uppfyllt de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen har tagit sikte på upphandling av undergolvslyftar varvid viss funktion och utformning efterfrågats. Sålunda har den upphandlande enheten infordrat anbud på undergolvslyftar, spår samt täckplåtar till vagnverkstaden. De efterfrågade delarna har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget.

Neuro har i sitt anbud eftersträvat att uppfylla samtliga de krav som angetts i förfrågningsunderlaget, vilket de också efter mindre förtydliganden gjort.

Windhoffs anbud har dock på en väsentlig punkt avvikit från vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget då bolagets anbud enbart upptagit leverans av undergolvslyftar och inte innefattat samtliga de delar som anges i förfrågningsunderlagets vitala avsnitt, punkterna 1.5 och 1.10. Windhoffs anbud har således inte innefattat anbud på spår mellan lyftarna eller den

täckning av utrymmet, i form av durkplåt, som efterfrågats. Bristen i anbudet har varit mycket väsentlig och har efter förfrågan från den upphandlande myndigheten lett till en komplettering från Windhoffs sida om 2 200 400 kr till totalt 10 494 000 kr. Kompletteringen som sådan kan inte ses såsom en tillåten komplettering i enlighet med 15 kap. 13 § LOU eftersom stadgandet enbart tar sikte på mindre kompletteringar som inte förändrar anbudets helhet.

Den komplettering som Windhoff inkommit med har istället utgjort en mycket väsentlig del av anbudet och anbudssumman har därigenom ökat med 26,5 procent. I och med att en anbudsgivare i efterhand har beretts möjlighet att i så stort avseende komplettera sitt anbud är risken för särbehandling uppenbar. Windhoffs möjligheter till affärsmässiga överväganden har också ökat genom förfarandet då de vid kompletteringen varit medvetna om att ytterligare anbudsgivare fanns.

Windhoffs anbud borde, med hänvisning till bristen på uppfyllelse av förfrågningsunderlagets grundkrav avseende spår och durkplåt mellan lyftarna, ha förkastats redan vid anbudens öppnande. Upphandlingen skulle därmed ha tilldelats Neuero såsom då enda anbudsgivare som uppfyllt de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven.

Om en upphandlande myndighet bortser från att viss anbudsgivare ej uppfyller samtliga krav och ändå utvärderar dennes anbud och tillåter komplettering av anbudet efter anbudstidens utgång, skulle myndigheten gentemot anbudsgivare som uppfyller kraven bryta mot en av de grundläggande principerna, likabehandlingsprincipen, såsom den kommer till uttryck i LOU.

INAB (svar den 7 april 2010)

INAB har gjort ytterligare en genomgång av anbudens information beträffande offererade produkter. Vid denna genomgång har framkommit att ingen av de två anbudsgivarna uppfyller samtliga ställda skallkrav på efterfrågad produkt i sina respektive anbud som lämnats före utgången av budstiden.

De brister som sålunda konstaterats föreligga i båda anbuden har utretts, bl.a. genom kontakter med anbudsgivarna, vad avser faktiska möjligheter att genom kompletteringar åtgärda bristerna för att därmed uppnå överensstämmelse med förfrågningsunderlaget.

INAB har därför per den 31 mars 2010 fattat beslut om att avbryta den pågående upphandlingen av fordonslyftare till Vagnverkstad för Norrtåg. Beslutet, som här inges och återopas, anger också skälen för beslutet.

I till skrivelsen bifogad kopia av "Beslut om avbrytande av upphandling av fordonslyftare till Vagnverkstad för Norrtåg" anges bl.a. följande.

--- INAB bedömer att kompletteringar i den omfattning som skulle erfordras skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och att detta därför inte kan komma ifråga. Något ytterligare anbud att pröva föreligger inte. Det finns därför sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. INAB beslutar mot denna bakgrund att avbryta upphandlingen. INAB avser så snart det är möjligt att genomföra en ny upphandling i syfte att tillfredsställa det behov av fordonslyftar som föreligger.

Neuero (yttrande den 15 april 2010)

INAB har den 8 mars 2010 fattat tilldelningsbeslut vari anges att anbud från Windhoff antagits. Vid detta tillfälle har INAB inte angett att något av de inkomna anbuden innehållit brister av sådan art att något anbud skulle

ha förkastats. Först i beslut den 6 april 2010, om att avbryta upphandlingen, anger INAB att det vid en förnyad genomgång av anbudena framkommit att ingen av de två anbudsgivarna uppfyller samtliga ställda skalkrav i upphandlingen. Vilka brister som konstaterats framgår inte av beslutet och det går således inte att ta ställning till INAB:s skäl att avbryta upphandlingen.

I beslutet om att avbryta upphandlingen anges att kontakter förekommit med anbudsgivarna för att utreda de faktiska möjligheterna att genom kompletteringar åtgärda bristerna. Varken Neuero eller dess samarbetspartner i Sverige har dock efter begäran om överprövning kontaktats av INAB, och de kontakter som anges i beslutet bör därför vara sådana som skett innan tilldelningsbeslutet. I beslutet uppges att de kompletteringar, vilka inte närmare anges, som skulle behöva göras är så omfattande att de skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Trots detta har INAB den 8 mars 2010 fattat tilldelningsbeslut.

I likhet med vad som tidigare anförts från Neueros sida har INAB:s ansvariga redan på ett tidigt stadium i upphandlingsprocessen varit medvetna om att Windhoffs anbud inte uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och, i strid med principerna för offentlig upphandling, berett dem möjlighet att komplettera anbudet. Att Neueros anbud inte skulle ha uppfyllt förfrågningsunderlagets krav har dock inte framkommit under upphandlingsprocessen, istället har INAB, som skäl för att anta Windhoffs anbud, enbart angivit att detta varit det ekonomiskt sett mest fördelaktiga för INAB.

Neuero vidhåller därmed sitt yrkande om att förvaltningsrätten, genom rättelse, beslutar att upphandlingen ska tilldelas Neuero då det genom INAB:s nuvarande inställning till Windhoffs anbud får anses vara klarlagt att detta anbud inte uppfyllt förfrågningsunderlagets krav. Neueros anbud

måste därför anses ha varit det enda som uppfyllt samtliga krav i förfrågningsunderlaget då annat inte visats från INAB:s sida.

Det kan till detta anföras att upphandlingen omfattas av ett interimistiskt förordnande varigenom INAB inte längre äger rätten att besluta i frågan om att avbryta upphandlingen utan att denna rätten numera tillkommer förvaltningsrätten. Neuero hemställer därför att förvaltningsrätten upphäver INAB:s beslut.

Det faktum att enbart en anbudsgivare kvarstår efter att Windhoffs anbud inte bedömts uppfylla samtliga krav i förfrågningsunderlaget är i detta fall inte grund för att upphandlingen ska göras om i sin helhet då Windhoff och Neuero i praktiken är de enda företagen inom gemenskapen som har kompetensen att åta sig denna sorts uppdrag. Detta får till följd att en upphandling där båda dessa företag deltagit på lika villkor har genomförts med utnyttjande av en så effektiv konkurrens som möjligt. Den lägre anbudssumma som inkommit från Windhoff bör inte heller medföra att Neueros anbud ur konkurrenssynpunkt ska anses vara sämre. Detta då Windhoff tillåtits komplettera sitt anbud i väsentlig mån efter anbudstidens utgång och då kunnat ta hänsyn till tillkommande uppgifter såsom att det enbart varit en ytterligare anbudsgivare i konkurrens och därtill förändringar i marknadspriser. Det föreligger därmed inte någon grund för att upphandlingen ska göras om i sin helhet. INAB har också i och med sitt tilldelningsbeslut ansett att upphandlingen skett på ett sätt som åstadkommit en effektiv konkurrens.

Slutligen ska i sammanhanget föras fram att INAB enbart har gjort en förnyad genomgång med anledning av Neueros begäran om överprövning, vilket innebär att om Neuero inte inkommit med någon begäran om överprövning så skulle INAB ha fullföljt tilldelningsbeslutet och tecknat avtal med Windhoff. Ett sådant förfarande, att i efterhand konstruera brister i

anbud för att från INAB:s sida fritt kunna välja leverantör, strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

INAB (yttrande den 22 april 2010)

Ny utvärdering efter Neueros begäran om överprövning

INAB har, som framhållits i tidigare yttrande, gjort en förnyad och fördjupad genomgång av anbuderna och utvärderingen av desamma med anledning av Neueros begäran om överprövning. Detta är ett naturligt förfarande för att utröna om även andra brister i den tidigare utvärderingen, än de som Neueros påtalat i sin överprövningsbegäran, förekommer. Påståendet om att INAB därvid skulle ha ”i efterhand konstruerat brister” är helt felaktigt och tillbakavisas. De brister som INAB i den förnyade genomgången har funnit i Neueros anbud har identifierats vid den förnyade genomgången men har givetvis funnits där redan vid anbudets avgivande och inlämnande. Dessa brister är av sådan art och omfattning att de inte kan åtgärdas utan väsentliga kompletteringar, vilket därmed skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen att anta anbudet ifråga.

Anbuderna

Som sökanden i målet föralldel anfört har Windhoffs anbud inte fullt ut uppfyllt de i upphandlingen ställda skallkraven. Neueros anbud har emellertid inte heller uppfyllt de i upphandlingen ställda skallkraven. BBH Arkitekter & Ingenjörer AB, som granskat Neueros anbud på lyftare till Umeå, har förtecknat resultatet av granskningen vilken bilagts yttrandet.

I åberopad bilaga ”Granskning av Neueros anbud på lyftare till Umeå” anges bl.a. att Neueros anbud inte uppfyllt skallkraven i den tekniska specifikationen, punkterna 1.10, 1.5 och 1.22, 1.12, 1.6, 1.11, 1.13, samt att det i den tekniska specifikationen finns ytterligare en mängd skallkrav som inte kommenterats av Neueros varför det saknas möjlighet att

förvissa sig om att Neuero kommer att tillgodose dessa krav på ett godtagbart sätt. I bilagan har vid varje ovan angiven punkt även lämnats en beskrivning på vilket sätt kraven i förfrågningsunderlaget inte uppfyllts.

Ingetdera av de två anbuden har sålunda uppfyllt samtliga skallkrav. Neueros påstående om att deras anbud uppfyllt samtliga skallkrav bestrids. Neueros anbud kan, med stöd av ovan angivna brister, som innebär att anbudet inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav, inte utgöra grund för att upphandlingen tilldelas Neuero. INAB har därför funnit att det inte föreligger något kvarvarande anbud som uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Sakliga skäl föreligger sålunda för INAB att avbryta upphandlingen.

Neueros yrkande

Det är uppenbart olämpligt att rätta upphandlingen eftersom inte något av de lämnade anbuden uppfyller samtliga skallkrav. Om förvaltningsrätten beslutar om rättelse av upphandlingen finns uppenbar risk att fel skapas i andra delar av upphandlingen. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen ska prövas i sak är den enda möjliga påföljden att upphandlingen ska göras om.

Interimistiskt förordnande, m.m.

Upphandlingen omfattas av ett interimistiskt förordnande, innebärande att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Innebörden av det interimistiska beslutet är att den upphandlande enheten inte kan teckna avtal med någon av anbudsgivarna, inte att INAB är förhindrat att avbryta upphandlingen. INAB:s beslut att avbryta upphandlingen ska inte prövas i det mål som nu är anhängiggjort i förvaltningsrätten, utan är ett beslut som eventuellt prövas i annan ordning.

Handläggningen i förvaltningsrätten

Då upphandlingen är avbruten finns för förvaltningsrättens vidkommande inte någon upphandling att pröva och målet ska därför avskrivas från vidare handläggning. Vidare ska i samband därmed rättsens beslut den 19 mars 2010 upphävas. Neuro kan inte lida skada i anledning härav.

Neuro (yttrande den 28 april 2010)

INAB anför att en förnyad prövning i sak av samtliga förutsättningar är ett naturligt förfarande i en upphandlingsprocess. Neuro kan föralldel vitsorda detta men prövningen bör ankomma på domstolen. Att INAB, istället för att försvara sitt tilldelningsbeslut, inkommer med nya uppgifter om att sökandens anbud inte uppfyller samtliga ställda krav kan inte uppfattas på annat sätt än att INAB genomfört upphandlingen i syfte att erhålla Windhoff som leverantör. Neuro finner det ytterst märkligt att en process om överprövning av tilldelningsbeslut fokuseras på brister i den sökandes anbud som inte tidigare varit känt för den sökande.

Såsom INAB framför kan ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling vara att inga anbud, efter utvärdering, uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Detta ska dock vara tydligt för anbudsgivarna i utvärderingsprocessen och ha framkommit före tilldelningsbeslut eller i samband därmed.

Rörande den granskning som BBH Arkitekter & Ingenjörer genomfört kan inte annat sägas än att Neuro under upphandlingsprocessen fått muntlig information om att deras anbud uppfyllt kraven i upphandlingen. INAB vidgår också att de påstådda bristerna enbart har identifierats vid den förnyade genomgången.

Påståendet om att Neueros lösning för hur lasterna tas ner i källargolvet skulle medföra en risk för att konstruktionen inte har en tillräcklig livslängd måste dock uttryckligen tillbakavisas. Den konstruktionslösning som framlagts uppfyller väl de krav som en beställare av nu aktuell utrustning kan ha. Vari behovet av att använda normalt beprövade konstruktionslösningar står att finna kan Neuero inte förstå då det bör vara den slutliga produktens kvalitet som är avgörande. Vilken i detta fall uppfyller samtliga krav som beställaren kan ha.

Neuero har lidit skada av den nu aktuella upphandlingens genomförande då bolaget, vid en korrekt tillämpning av lagstiftningen, skulle ha tilldelats kontraktet. Rättelse ska därför ske i enlighet med tidigare yrkande.

Gällande handläggningen i förvaltningsrätten skulle möjligheten för en upphandlande myndighet att självständigt få förfoga över processen, genom att välja att avbryta upphandlingen, innebära att den sökandes möjlighet att få saken prövad skulle ligga i händerna på den upphandlande myndigheten. Ett sådant förfarande är inte i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner och förvaltningsrätten bör med anledning av detta pröva målet slutligt utan vidare skriftväxling.

DOMSKÄL

I förvaltningsrätten har INAB vitsordat att det vinnande anbudet från Windhoff inte uppfyllt samtliga skallkrav, varför denna omständighet är ostridig. Som grund för att avbryta upphandlingen har INAB anfört att inte heller Neueros anbud uppfyller samtliga skallkrav, varför det inte kvarstår något anbud som kan tilldelas kontraktet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller bl.a. att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Vad som därvid föreskrivs är ett uttryck bl.a. för de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet. En av de frågor som omfattas av dessa principer är att den upphandlande enheten vid prövning av anbuderna normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget.

INAB har i förvaltningsrätten redogjort i detalj för i vilka avseenden Neueros anbud inte uppfyller de aktuella skallkraven. Neueros har endast till viss del bemött dessa påståenden och hävdar vidare att den omständigheten att bristerna upptäckts först efter tilldelningsbeslut utgör hinder för att åberopa dessa förhållanden som grund för beslutet att avbryta upphandlingen. Oberoende av vid vilken tidpunkt de aktuella bristerna påträffats finner emellertid förvaltningsrätten att de omständigheter som Neueros anfört inte ger stöd för annat än att bolaget inte har uppfyllt samtliga skallkrav. Den återstående frågan i målet är således huruvida den omständigheten att inte något av anbuderna uppfyller samtliga skallkrav utgjort skäl för att avbryta upphandlingen, vari förvaltningsrätten gör följande överväganden.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling, under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-244/02). Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2005 ref. 62 funnit att ett beslut att avbryta en upphandling är ett beslut som kan överprövas (jfr EG-domstolens avgöranden i mål C-92/00 och C-15/04) och att sådan överprövning görs av allmän förvaltningsdomstol. I härvarande situation har den upphandlande myndigheten under handläggningen i förvaltningsrätten fattat ett beslut om att avbryta upphandlingen och sökanden motsätter sig detta. Enligt förvaltningsrättens mening ankommer det på rätten att pröva om de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna iakttagits vid beslutet att avbryta upphandlingen (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 4 april 2006 i mål nr 4108-05).

Regeringsrätten har i ett avgörande den 18 juni 2008 (RÅ 2008 ref 35) anfört att det ännu inte har utbildats någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling. Regeringsrätten menar dock, med hänvisning till EG-domstolens dom i mål C-27/98, att den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår som regel får anses som ett godtagbart skäl. I härvarande prövning har förvaltningsrätten funnit att inget av anbuden uppfyller samtliga de skallkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Vid sådana förhållanden finner förvaltningsrätten att INAB har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen och att INAB i detta sammanhang ej åsidosatt grundläggande gemenskapsrättsliga regler. Detta innebär att Neueros ansökan om överprövning inte kan bifallas. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c)



Hases Per Sjöblom

Lagman

Målet har föredragits av Kristin Persson.