



SÖKANDE

Alltank AB, 556138-4529
Box 764
851 22 Sundsvall

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-05-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Alltank AB:s begäran om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östersunds kommun genomför upphandling avseende Eldningsolja, diesel och bensin på bulk (referensnummer 2049-2010) och har i tilldelningsbeslut den 14 februari 2011 meddelat att avtal kommer att tecknas med Swea Energi AB (Swea Energi). Vidare framgår att avtal kommer att tecknas tidigast den 28 februari 2011. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande.

Alltank AB (Alltank) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning i första hand ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att Swea Energi:s anbud ska diskvalificeras eftersom anbudet inte uppfyller samtliga skalkrav. Rättelsen innebär att Alltank lämnat lägst pris och bolaget ska därför tilldelas uppdraget, och i andra hand att det förordnas att upphandlingen ska göras om. Alltank anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Krav på tjänsten

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen kommer att anta det anbud som har lägst pris. Av anbudsformuläret punkt 2.2.2. framgår att anbudsgivaren skall intyga vilka krav på tjänsten man uppfyller. Beträffande kravet "*Leverantören ska kunna leverera beställningen inom 3 arbetsdagar*" och kravet "*Vid akuta behov ska leveranser kunna ske inom arbetstid kl. 07.00-16.00 samma dag och jourleverans utom arbetstid kan erhållas*" har Swea Energi i sitt anbud intygat att man uppfyller båda dessa krav. Samtidigt har Swea Energi för båda kraven angett "*Vi löser det i de flesta fall. Bilarna utgår från Östersund*". Innebörden av Swea Energis anbud i detta hänseende kan inte vara annan än att man anger att man i vissa fall inte kommer att klara kraven. OKQ8 har i sitt anbud beträffande kravet "*Vid akuta behov ska leveranser kunna ske inom arbetstid kl. 07.00-16.00 samma dag och jourleverans utom arbetstid kan erhållas*" lämnat en kommentar med exakt samma innebörd som den Swea Energi lämnade på

denna punkt. Med den innebörd som kommentarerna har kryssade OKQ8 helt riktigt inte i rutan för intyg att man klarar kravet. Av beslutsprotokollet avseende upphandlingen framgår att OKQ8 diskvalificerats som anbudsgivare bl.a. på grund av att man inte uppfyllde skallkravet om jourleveranser. Alltank har reservationslöst intygat att bolaget uppfyller kraven ifråga.

Prisjustering

I punkt 7.4 i förfrågningsunderlaget framgår mycket exakt den prissättningsmodell som ska användas för prissättning av anbudspriser och som ska gälla för kommande prisjusteringar. Prisjusteringar under avtalsperioden ska initieras och aviseras av leverantören. I förfrågningsunderlaget p. 7.4 föreskrivs att nettopris fastställs för den 1-15:e respektive 16-31:a varje månad, och baseras på ett genomsnitt för föregående period enligt Platt's noteringar. Swea Energi har inte följt den föreskrivna modellen. Swea Energi säger i sitt anbud "*Vi använder oss av enveckas prissättning*". Swea Energi har härigenom frångått en synnerligen väsentlig punkt i förfrågningsunderlaget när det gäller att anbudsgivarna ska bedömas utifrån samma kriterier. OKQ8 diskvalificerades på grund av att man inte uppfyllde samtliga skallkrav. I enlighet med vad som framförts anser Alltank att inte heller Swea Energi uppfyller samtliga ställda krav och att deras anbud därför också bör diskvalificeras. Kommunen har inte behandlat anbudsgivarna likvärdigt och detta har medfört att Alltank lidit skada.

Östersunds kommun motsätter sig att upphandlingen rättas eller görs om och anför i huvudsak följande.

Krav på tjänsten

Kommunens upphandlingskontor har krävt in ett förtydligande på att Swea Energi uppfyller kraven som de har intygat, "*Leverantören ska kunna leverera beställningen inom 3 arbetsdagar*" och kravet "*Vid akuta behov ska leveranser kunna ske inom arbetstid kl. 07.00-16.00 samma dag och jour-*

leverans utom arbetstid kan erhållas". Swea Energi har i förtydligandet angett att de intygat att de uppfyller kraven. Kommunens bedömning är att det krävts ett förtydligande av Swea Energis anbud och att detta inte särbehandlat någon leverantör och inte heller på annat sätt begränsat konkurrensen. När det gäller anbudet från OKQ8 anser kommunen att anbudet inte uppfyllde ställda krav rörande automatleveranser och jourleveranser samt att OKQ8 förklarat orsakerna till detta varför inget förtydligande krävdes.

Prisjustering

Bedömningen var att även denna punkt i Swea Energis anbud måste förtydligas och kommunen fick som förtydligande in svar från Swea Energi där bolaget bekräftade att nya snittpriser aviserades var 14:e dag.

Kommunen anser att kvalificering och utvärdering genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och att anbudet med lägst pris antagits.

Alltank har i ett kompletterande yttrande anfört i huvudsak följande.

Krav på tjänsten

Möjligheten till förtydliganden av anbud ska utnyttjas restriktivt. Den fråga som ställts till Swea Energi finner Alltank vara anmärkningsvärd. Vill kommunen ha ett förtydligande som inte särbehandlar leverantörer eller begränsar konkurrensen borde frågeställningen vara neutral och anbudsgivaren borde med egna ord få förklara kommentaren i förhållande till intygandet om att kraven är uppfyllda. Alltank vidhåller att anbudet i sin lydelse i denna del bara kan tolkas på ett sätt och att något förtydligande inte skett, utan att Swea Energi lagstridigt getts tillfälle att justera/ändra sitt anbud.

Prisjustering

Utifrån de handlingar som Alltank har tillgång till görs gällande att skrivelsen från Swea Energi, med uppgiften att de bekräftade att nya snittpriser aviseras var 14:e dag, utgör en ändring/komplettering av anbudet som kommit in för sent för att få giltighet. Swea Energi säger i skrivelsen att avisering av prisjusteringar kommer att ske var 14:e dag. Det anges inte att prismodellen ändrats. Prismodellen som Swea Energi använt för att beräkna priserna kvarstår oförändrad. Skulle Swea Energis skrivelse tolkas så att prismodellen ändrats är det inte fråga om ett förtydligande av anbudet utan en otillåten ändring av anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 5 § första stycket samma lag framgår att rätten ska 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad

den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Krav på tjänsten

Alltank anför att Swea Energis anbud ska diskvalificeras eftersom bolaget visserligen intygat att skallkraven "*Leverantören ska kunna leverera beställningen inom 3 arbetsdagar*" och kravet "*Vid akuta behov ska leveranser kunna ske inom arbetstid kl. 07.00-16.00 samma dag och jourleverans utom arbetstid kan erhållas*" uppfylls, men samtidigt angett att man i vissa fall inte kommer att klara kraven. Kommunen har uppgett att det förtydligande som krävts in från Swea Energi visar att bolaget intygat att skallkraven uppfylls och att det varit motiverat att ta in ett förtydligande i den aktuella frågan.

Förvaltningsrätten finner att både Alltank och Swea Energi intygat att de uppfyller skallkraven, men att Swea Energi därutöver skrivit en kommentar "*Vi löser det i de flesta fall. Bilarna utgår från Östersund*" som kunnat tolkas som ett förbehåll. Kommunen har därför haft fog för sin begäran om förtydligande från Swea Energi angående detta och förvaltningsrätten finner inte att det kan anses som en otillåten ändring av anbudet eftersom Swea Energi i sitt anbud angett att skallkraven var uppfyllda och i förtydligandet ännu en gång uppgett att så var fallet.

Prisjustering

Även när det gäller prisjustering har både Alltank och Swea Energi angett att skallkravet är uppfyllt. Swea Energi har därutöver angett att "*Vi använder oss av enveckas prissättning*" Kommunen har även här begärt förtydligande från Swea Energi som uppgett att nya snittpriser aviserades var 14:e dag vilket överensstämmer med kraven i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner även här att kommunen haft fog för att begära ett förtydligande angående frågan om Swea Energi menade att skallkravet var upp-

fyllt. Förvaltningsrätten finner inte att det kan anses som en otillåten ändring av anbudet eftersom Swea Energi i sitt anbud angett att skallkravet var uppfyllt och i förtydligandet ännu en gång uppgett att så var fallet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten inte att kommunen åsidosatt bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU och Alltanks begäran om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga DV 3109/1 C LOU


Anita Enocksson



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 var till 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 nå 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 3109/1C LOU

