

KLAGANDE

Stålmontering Aktiefbolag STÅLAB, 556065-9988
Box 923
461 29 Trollhättan

Ombud: Advokaten Robert Svan och jur.kand. Ida Höglund
Advokatfirman Wählin HB
Box 119 09
404 39 Göteborg

MOTPART

Lerum Fjärrvärme AB
c/o Håkan Danielsson
Elvägen 7
443 61 Stenkullen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 29 juni 2010 i mål nr 8391-10,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för ny prövning.

YRKANDEN M.M.

Stålmonteringar Aktiefbolag STÅLAB, nedan bolaget, yrkar att kammarrät-
ten beslutar att upphandlingen rättas på så sätt att Rodoverken AB:s anbud
förkastas och därmed inte får delta i upphandlingen. Domen grundar sig på
omständigheter som inte omfattas av målet, vilket innebär anledning till
ändring av det slut vartill förvaltningsrätten kommit. Av kammarrättsmålet

4904-09 framgår att domstolen endast ska pröva vad som ligger inom ramen för vad målet omfattar. Upphandlingsmålet i förvaltningsrätten har föranletts av bolaget vilket innebär att saken i målet inte omfattar i vad målet uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget angivna ”skall-krav”. Vad Lerum Fjärrvärme anfört angående brister i bolagets anbud borde därför inte ha föranlett vare sig någon direkt eller indirekt prövning i målet. Bolaget har i sin ansökan om överprövning anfört att det uppfyllt alla ”skall-krav” men har med anledning av målets omfattning inte funnit skäl att utöver vad som anförts i ansökan vidare utveckla dessa omständigheter. Huruvida bolagets anbud rätteligen skulle ha förkastats har nämligen inte omfattats av målet. Trots detta har förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen ska göras om på grund av att Lerums kommun i förvaltningsrätten angett att bolagets anbud rätteligen skulle ha förkastats. Bristerna i upphandlingen har inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. – För det fall kammarrätten bedömer att saken i målet även omfattat eventuella brister i bolagets anbud vill bolaget förtydliga att bolaget uppfyllt samtliga krav i förfrågningsunderlaget.

Lerum Fjärrvärme AB, nedan Lerum, anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har vid val av rättsföljd tillmätt betydelse till Lerums invändning att bolagets anbud rätteligen borde ha förkastats. Bolaget har häröver invänt att frågan om bolaget uppfyller samtliga skall-krav inte omfattas av saken i målet. Från RÅ 2009 ref. 69 kan dock utläsas att förhandlingsprincipen bör tillämpas i mål om offentlig upphandling eftersom dessa mål anses ha större likheter med civilrättsliga mål än med typiskt förvaltningsrättsliga. Detta innebär att domstolen är bunden till att pröva de omständigheter som parterna har åberopat. Följaktligen innebär en tillämpning av förhandlingsprincipen att saken i målet omfattar även svarandens invändningar. Bolagets bristande uppfyllelse av ställda skall-krav omfattas därmed av målet. Eftersom de anbud som prövats rätteligen borde ha förkastats finns det inte någon möjlighet till

rättelse. Lerum delar därmed förvaltningsrättens bedömning att upphandlingen ska göras om. – Att förvaltningsrätten har fastställt att grunden för åtgärd enligt LUF är att förfrågningsunderlaget varit oklart är såvitt kan förstås inte överklagat. Att förfrågningsunderlaget har varit oklart och att en åtgärd enligt LUF därmed är påkallad är alltså ostridigt mellan parterna. Den aktuella frågan rör alltså vilken rättsföljd som är riktig när förvaltningsrätten har fastställt att det på grund av ett oklart förfrågningsunderlag föreligger skäl till åtgärd. Den prövning som därmed föreligger för kammarrätten och som bolaget meddelats prövningstillstånd för är därför begränsad till en prövning av vilken rättsföljd som ska följa när en åtgärd enligt LUF påkallats på grund av ett bristfälligt förfrågningsunderlag. - Lerum vill dessutom anföra att en rättelse, som innebär att ett anbud förkastas i vilket fall inte kan läka otydligheter i förfrågningsunderlaget. Från RÅ 2005 ref. 47 följer att det inte kan anses tillräckligt att en upphandling rättas när bristerna i den är hänförliga till dess konkurrensuppsökande skede. Eftersom förfrågningsunderlaget har varit oklart kan marknadspåverkan ha skett i det konkurrensuppsökande skedet. Det kan nämligen inte uteslutas att någon leverantör har avstått från att lämna anbud på grund av oklarheterna. Den korrekta rättsföljden vid rådande omständighet är ett förordnande att upphandlingen ska göras om. Det vore märkligt om kammarrätten nu skulle förordna om rättelse med innebörden att ett av två anbud förkastas, då det finns en vetskap om att inte heller det kvarvarande anbudet för utvärdering uppfyller samtliga krav. Vidare skulle den värdering av anbudet som Lerum i så fall skulle ställas inför i vilket fall utföras i bristande konkurrens. Ett förordnande med innehåll att upphandlingen ska göras om är därmed den enda praktiskt möjliga lösningen i uppkommen situation.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Bolaget har i förvaltningsrätten i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas och i andra hand göras om, eftersom Rodoverken AB inte uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget angivna skallkrav, att Rodoverken AB

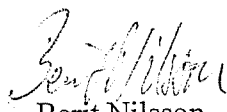
gjort otillåtna reservationer samt att de inbördes kriterierna i förfrågningsunderlaget inte viktats eller angivits i prioritetsordning. Lerum har anfört att bolaget inte uppfyller ställda skall-krav och att bolagets anbud därför rätteligen borde ha förkastats. Bolaget har anfört att man uppfyller alla i förfrågningsunderlaget ställda krav men har därutöver inte utvecklat grunderna för detta. Förvaltningsrätten har inte funnit skäl att ifrågasätta det som Lerum anfört. Genom att Lerum har utvärderat bolagets anbud, som i och för sig borde ha förkastats, har man förfarit felaktigt. Då någon möjlighet till rättelse inte finns nu har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen ska göras om.

I mål om ingripande enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69 och Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3481-10).

Förvaltningsrätten har inledningsvis i sin bedömning konstaterat att Lerum under upphandlingen har ansett att bolagets anbud uppfyllde ställda kvalifikationskrav och utvärderat dessa. Först under pågående process i förvaltningsrätten har Lerum ändrat uppfattning och funnit att så inte är fallet. Förvaltningsrätten har vidare anfört att det inte ankommer på förvaltningsrätten vid en överprövning att på den upphandlande enhetens yrkande som första instans pröva frågan om huruvida ett anbud som den upphandlande enheten tidigare låtit gå vidare till utvärderingen rätteligen skulle ha förkastats av den upphandlande enheten. Kammarrätten delar denna uppfattning. Då någon prövning av huruvida bolagets anbud uppfyller kvalifikationskraven således inte kan ske inom ramen för det aktuella målet ska förvaltningsrättens dom undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning utifrån de grunder som bolaget åberopat.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Roland Nordberg


Berit Nilsson
referent


Ellinor Malmberg



SÖKANDE

Stålmonteringar Aktiefbolag STÅLAB, 556065-9988
Box 923
461 29 Trollhättan

Ombud:

Advokat Robert Svan och Jur. kand. Ida Höglund
Advokatfirman Wählin HB
Box 11909
404 39 Göteborg

MOTPART

Lerum Fjärrvärme AB
c/o Håkan Danielsson
Lerums Fjärrvärme AB
Elvägen 7
443 61 Stenkullen

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens beslut den 5 mars 2010 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Lerum Fjärrvärme AB har bjudit in leverantörer att lämna anbud i upphandling avseende ackumulatortank vid panncentralen Aspedalen i Lerum. I tilldelningsbeslut meddelade Lerum Fjärrvärme AB att annan anbudsgivare än STÅLAB (bolaget) ska tilldelas upphandlingskontrakt, nämligen Rodoverken AB.

Efter att bolaget ansökt om överprövning och därvid hemställt om interimistiskt beslut har förvaltningsrätten den 5 mars 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts såtillvida att Rodoverken AB:s anbud förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Som grund för ansökan anför bolaget bl.a. följande. Rodoverken AB har inte uppfyllt alla i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav i sitt anbud. Vidare har Rodoverken AB därutöver gjort otillåtna reservationer. Bolaget å sin sida har uppfyllt alla i förfrågningsunderlaget angivna krav. Bolaget har lidit skada då det skulle ha tilldelats upphandlingen om Rodoverken AB:s anbud hade förkastats.

Skall-krav

1. Rodoverken AB har inte ingivit sitt anbud via det i förfrågningsunderlaget angivna formuläret.
2. Rodoverken AB har inte heller bifogat de specificerade bilagor som krävts enligt förfrågningsunderlaget. Bolaget har å sin sida lagt ned mycket arbete och tid för att uppfylla förfrågningsunderlagets alla uppställda krav och har till sitt anbud bifogat nio bilagor innehåll-

lande den information vilken enligt förfrågningsunderlaget uppställtts som minimikrav.

Genom att Lerum Fjärrvärme AB inte har diskvalificerat Rodoverken AB:s anbud trots att det inte uppfyllt alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget har Rodoverken AB otillbörligt gynnats i upphandlingen. Gynnandet strider mot likabehandlingsprincipen och det grundläggande syftet i LOU och LUF att upphandlande enheter inte godtyckligt ska få välja vem de vill ingå avtal med.

Reservationer

Ett flertal reservationer förekommer i Rodoverken AB:s anbud.

1. Av förfrågningsunderlaget framgår att fast pris skall anges utan indexreglering. Rodoverken AB har i sitt anbud angivit ett pris för ackumulatorm om 3 250 000 kr. Priset är baserat på en neutral avbetalningsplan, vilket i sig kan tolkas som en otillåten reservation.
2. Av Rodoverken AB:s anbud framgår vidare att provdrift/prestandaprov samt utbildning skall samordnas med övrig drift/driftförutsättning och inte ingå i anbudet. Detta står i strid med det begärda leveransomfånget enligt förfrågningsunderlaget av vilken det framgår att driftsinstruktioner och utbildning av beställarens personal skall ingå i anbudet. Det står vidare i strid med kravet i förfrågningsunderlaget att leverantören i egen regi och på eget ansvar skall genomföra provdriften med tillhjälp av beställarens ordinarie driftspersonal.
3. Därutöver anges i Rodoverken AB:s anbud att kemikalier för avhärdningsaggregat bekostas av beställare trots att även denna del enligt förfrågningsunderlaget var avsedd att ingå i priset.
4. En prisreservation förekommer dessutom i Rodoverken AB:s anbud avseende preliminära komponentval med tekniska specifikationer samt begäran om möte och diskussion gällande betalningsvillkor,

garantier och slutgiltiga leveranstider innan en eventuell beställning.

Reservationerna i Rodoverken AB:s anbud innebär att deras anbud är att betrakta som orent och därmed inte skulle ha utvärderats. Reservationerna innebär dessutom att det har saknats möjlighet att göra en relevant prisjämförelse med anbudet från bolaget. Bolagets anbud om 3 600 000 kr inkluderar alla begärda moment och innehåller ingen reservation.

Kompletteringar och särbehandling

1. Rodoverken AB har tillåtits att i efterhand komplettera med en stor mängd bilagor och information vilket gett dem längre tid att utveckla sitt anbud och eventuellt möjlighet att anpassa det efter bolagets. Bolaget har nogsamt följt alla i förfrågningsunderlaget uppställda krav och har förfördelats av den vidsträckta möjligheten för Rodoverken AB att i efterhand komplettera sitt anbud.
2. Rodoverken AB och den upphandlande myndighetens ombud, Midroc, tillhör samma koncern vilket innebär en risk för att likabehandlingsprincipen har åsidosatts i upphandlingsförfarandet. Midrocs roll i upphandlingen har inneburit en jävställning för Rodoverken AB som rimligen borde ha diskvalificerat dem från att överhuvudtaget delta i anbudsgivningen.

Viktning av utvärderingskriterierna

Utvärdering av anbuderna har enligt tilldelningsbeslutet skett i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna grunder. Eftersom hänsyn inte tagits endast till lägsta pris får antas att den upphandlande enheten tillämpat utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Trots detta har de inbördes kriterierna inte viktats eller angivits i prioritetsordning. Den oklara indelningen mellan utvärderingskriterierna har möjliggjort en skönsmässig bedömning av leverantörernas anbud vilket inneburit ett åsidosättande

av transparensprincipen i förfarandet samt otillbörliga fördelar för Rodoverken AB.

Lerum Fjärrvärme AB yrkar att förvaltningsrätten ogillar bolagets ansökan om överprövning. I annat fall medger Lerum Fjärrvärme AB att upphandlingen ska göras om. Lerum Fjärrvärme AB anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LUF och bakomliggande EG-rättsliga principer. Lerum Fjärrvärme AB har dock vid en närmare granskning av bolagets anbud noterat bristande uppfyllelse av ställda skall-krav. Bristerna är så omfattande, eller av sådan art att Lerum Fjärrvärme bedömt att gjorda kompletteringar och/eller förtydligande inte rätteligen borde ha kunnat ske. Därför borde bolagets anbud rätteligen ha förkastats. Eftersom bolagets anbud borde ha förkastats på grund av att man inte uppfyllt de ställda skall-kraven så kan bolaget, mot det ovan beskrivna, inte anses ha lidit skada på grund av aktuellt tilldelningsbeslut, varför bolagets talan i målet ska ogillas redan på denna grund. Om förvaltningsrätten inte ogillar bolagets talan medger Lerum Fjärrvärme AB att förfrågningsunderlaget varit oklart och att det därför finns skäl att göra om upphandlingen.

Bolagets anbud skulle rätteligen ha förkastats eftersom anbudet brister avseende uppställda skall-krav på bl.a. följande sätt.

1. Endast två av fyra begärda ritningar enligt ritningsförteckningen i PM för anbudsgivare har bifogats bolagets anbud. Dessutom har åtminstone en av ritningarna som inlämnats bedömts vara bristfällig.
2. Vidare har inte bolaget lämnat in sitt anbud i fungerande digital form, vilket varit ett skall-krav. Skiva har visserligen getts in men den har varit tom.
3. Bolaget har inte angett det leveransomfång som efterfrågats som skall-krav utan endast kopierat och rubriksatt en ritning.

4. Bolaget har lämnat luckor avseende efterfrågad information rörande tekniska specifikationer i sin bilaga 3 till anbudet. Kompletterad ifyllnad har varit ett skall-krav. De omfattande kompletteringar som har gjorts skulle rätteligen inte ha godtagits då en acceptans av dessa skulle leda till att principerna om likabehandling och transparens inte iakttas.

Bolaget anför följande. Det aktuella målet är föranlett av bolaget och saken i målet omfattar inte i vad mån bolagets anbud uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav. Lerum Fjärrvärme AB:s påstående om brister i bolagets anbud som framkommit under överprövningen ska därmed inte föranleda någon prövning inom ramen för detta mål.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

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 ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § LUF anges bl.a. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I förevarande mål har Lerum Fjärrvärme AB under upphandlingen ansett att bolagets anbud uppfyllde ställda skall-krav och utvärderat detta. Först under pågående process i förvaltningsrätten har Lerum Fjärrvärme AB ändrat uppfattning och funnit att så inte är fallet. Det ankommer inte på förvaltningsrätten vid en överprövning att på den upphandlande enhetens yrkande som första instans pröva frågan om huruvida ett anbud som den upphandlande enheten tidigare har låtit gå vidare till utvärderingen rätteligen skulle ha förkastats av den upphandlande enheten. Då Lerum Fjärrvärme AB i detta mål tidigare godtagit bolaget som leverantör och utvärderat dess anbud, föreligger det således risk för skada för bolaget, varför det på grund av vad som Lerum Fjärrvärme AB anfört i denna del inte föreligger skäl för att nu inte pröva bolagets ansökan om överprövning.

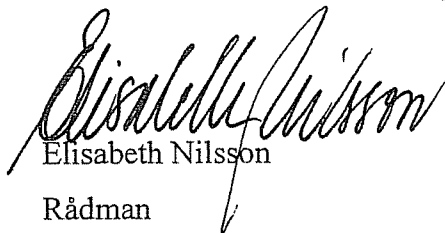
Bolaget har anfört att Rodoverken AB:s anbud inte uppfyller skall-kraven samt att Rodoverken AB i sitt anbud har gjort otillåtna reservationer i sitt anbud som inte är förenligt med förfrågningsunderlaget. Dessutom har det varit en oklar indelning mellan utvärderingskriterierna. Rodoverken AB har tillåtit att komplettera sitt anbud i efterhand och att det har varit fråga om en jävssituation. Lerum Fjärrvärme AB har inte haft något att invända emot detta mer än att man medger att förfrågningsunderlaget har varit oklart. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ha en annan uppfattning. Mot denna bakgrund finns det således grund för åtgärd enligt LUF.

Frågan är därefter vilken verkan detta ska medföra. Förvaltningsrätten har inledningsvis konstaterat att Lerum Fjärrvärme AB – då Lerum Fjärrvärme AB vid utvärderingen låtit bolaget gå vidare till utvärderingen – inte kan yrka att bolagets talan inte ska tas upp till prövning på den grund att bolagets anbud rätteligen skulle ha förkastats. Vad gäller rättsföljden finner

förvaltningsrätten dock skäl föreligga för att beakta vad Lerum Fjärrvärme AB härvidlag har anfört.

Lerum Fjärrvärme AB har anfört att bolaget inte uppfyller ställda skalkrav och att bolagets anbud därför rätteligen skulle ha förkastats. Bolaget har anfört att man uppfyller alla i förfrågningsunderlaget ställda krav men har därutöver inte utvecklat grunderna för detta. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta det som Lerum Fjärrvärme AB har anfört. Genom att Lerum Fjärrvärme AB har utvärderat bolagets anbud, som i och för sig borde ha förkastats, har man förfarit felaktigt. Någon möjlighet till rättelse finns nu inte. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR; se bilaga 1 (DVB 3109/1 B)


Elisabeth Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit Hannah Ivarsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och innehålla:

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.