



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

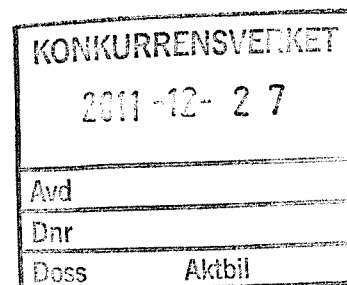
DOM
2011-12-22
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5664-11
Enhet 2

SÖKANDE

Tuna Kross AB, 556040-8048
Eriksberg, Kjulaåsen
635 06 Eskilstuna

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



MOTPART

1. Elinstallation i Eskilstuna AB, 556458-1873
631 86 Eskilstuna

2. Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
Eskilstuna Kommun
631 86 Eskilstuna

3. Eskilstuna Energi & Miljö Elnät AB, 556513-9556
631 86 Eskilstuna

4. Eskilstuna Energi & Miljö Försäljning Aktiebolag, 556001-6882
Kungsgatan 86
631 86 Eskilstuna

5. Eskilstuna kommun, 212000-0357
Administration och upphandling
631 86 Eskilstuna

6. Eskilstuna Kommunfastigheter AB, 556499-5909
Box 5035
630 05 Eskilstuna

7. Parken Zoo i Eskilstuna AB, 556104-4727
631 86 Eskilstuna

8. Torshälla Fastighets AB, 556061-2912
Brogatan 13
644 32 Torshälla

Ombud för 1-8: Stadsjurist Owe Brännberg
Kommunstyrelseförvaltningen
631 86 Eskilstuna

Dok.Id 61933

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen beträffande krossprodukter ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun, Eskilstuna Kommunfastigheter med dotterbolag, Eskilstuna Energi & Miljö AB med dotterbolag samt AB Parken Zoo (kommunen) har genomfört en upphandling genom öppet förfarande enligt LOU avseende bl.a. delgruppen krossprodukter. Anbud lämnades av Skanska Asfalt och Betong AB (Skanska) och Tuna Kross AB (Tuna).

Den leverantör som lämnade anbud med lägsta priset skulle antas. Enligt beslut den 31 augusti 2011 tilldelades Skanska kontrakt enligt rangordning 1 och Tuna enligt rangordning 2 beträffande denna delgrupp.

Tuna ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att Skanskas anbud förkastas varvid Tunas anbud är det som innehåller lägst pris och därmed det anbud som ska antas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av bolagets anbud görs om varvid endast hämtstället Folkesta ska ligga till grund för utvärderingen. I tredje hand yrkar Tuna att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN M.M.

Tuna anför bl.a. följande. Kommunen har utvärderat Skanskas anbud avseende krossprodukter trots att anbudet innehåller otillåtna reservationer och avvikelser från förfrågningsunderlagets uppställda obligatoriska krav. I Skanskas anbud anges att priserna ”gäller i mån av tillgång” och att schaktmassor ”tas emot på anläggningen i mån av plats”. Vidare har som leveransförutsättningar i Skanskas anbud angetts att ”priserna förutsätter fritt avhämtat (HLS) och i mån av tillgång alternativt vid leverans, fritt

levererat och i mån av tillgång”. Av det ”Avtalsförslag” som bifogats förfrågningsunderlaget framgår att angivna priser ska vara fasta under första avtalsåret. Endast därefter kan prisjustering ske och då endast enligt föreskriven indexreglering. Skanska har således avvikit från ett ovillkorligt krav och slipper genom denna reservation leverera likvärdigt ersättningsmaterial utan extra kostnad för kommunen för det fall avropad vara inte kan levereras inom avtalad tid. Skanska har genom denna reservation också fått möjlighet att fritt ändra sitt pris med hänvisning till att tillgång saknas.

Med anledning av ovanstående reservationer och avvikelser från obligatoriska krav skulle kommunen rätteligen ha förkastat Skanskas anbud. Kommunen har istället skickat Skanska en begäran om förtydligande av bl.a. ovanstående punkter. Av Skanskas svar framgår att skrivningarna utgör reservationer som syftar till att ”gardera” Skanska mot att viss produkt tar slut och mot platsbrist. Kommunen har accepterat dessa reservationer och avvikelser. Det har givetvis inte varit förutsebart för Tuna att kommunen, i strid med förfrågningsunderlaget och LOU, skulle komma att acceptera reservationer och avvikelser från obligatoriska krav på det sätt som skett. Om Tuna hade gjort motsvarande reservationer och avvikelser som Skanska hade Tuna kunnat offerera ett avsevärt lägre pris.

Att anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav ska förkastas följer av fast praxis och har slagits fast vid ett otal tillfällen av såväl svenska domstolar som av EG-domstolen, se bl.a. mål C-243189 Kommissionen mot Danmark. Det kan konstateras att de uppgifter Skanska inkommit med givetvis inte utgör ett förtydligande eftersom Skanskas anbud i dessa delar var klart och entydigt utformat. Inte heller kan det röra sig om en tillåten komplettering eftersom sådana endast är tillåtna om de kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Givetvis kan inte bristerna i Skanskas anbud anses utgöra ett fel i den bemärkelsen som menas i 9 kap.

8 § 1 st. LOU. Det är under inga förhållanden ett uppenbart fel eller misstag. Det bör för övrigt noteras att bristerna i Skanskas anbud knappast kan anses läkta ens genom de otillåtna kompletteringar som kommunen infordrat. Av Skanskas svar i aktuella delar kan inte annat utläsas än att de står fast vid sina reservationer.

Tuna har offererat två hämtställen, Folkesta och Kjula, vilka kommunen kan välja mellan. Kommunen har utvärderat avstånd till bägge dessa hämtställen och beräknat att hälften av krossprodukterna skulle hämtas från Kjula och hälften från Folkesta. Rätteligen borde utvärderingen ha baserats endast på det närmaste hämtstället, Folkesta. Det förhållandet att Tuna gett kommunen ytterligare en valmöjlighet utöver avhämtningsstället i Folkesta ska givetvis inte innebära en nackdel för Tuna. Om förvaltningsrätten skulle finna att Skanskas anbud inte är behäftat med några brister samt att kommunen utvärderat Tunas anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget, gör Tuna gällande att förfrågningsunderlaget är alltför otydligt utformat. Anbudsgivarna har inte av förfrågningsunderlaget kunna utläsa att sådana reservationer och avvikelser från ställda krav som Skanskas anbud innehåller skulle komma att accepteras. Inte heller har anbudsgivarna kunnat förutse att det förhållande att två hämtställen offererats istället för ett skulle medföra en nackdel vid utvärderingen på det sätt som skett.

De brister som redovisats ovan är av allvarlig art och tillräckliga för att förvaltningsrätten ska förordna om åtgärd enligt LOU. Om Skanskas anbud skulle ha förkastats eller om Tunas anbud hade utvärderats på ett korrekt sätt, skulle Tunas anbud ha rankats högst vad gäller krossprodukter, då anbudet innehåller lägsta pris. Tuna har således lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada genom bristerna i upphandlingen. Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen inte hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen i första hand rättas enligt något av deras förstahandsyrkanden. Om förvaltningsrätten skulle finna att bristerna

i upphandlingarna är alltför allvarliga för att rättelse ska vara ett möjligt alternativ ska upphandlingarna istället göras om enligt bolagets andrahandsyrkande.

Kommunen anför bl.a. följande. Vid utvärderingen visade det sig att Skanskas anbud innehöll det lägsta priset. Detta helt oberoende av om en alternativ utvärdering görs genom att Tuna antas ha offererat endast ett hämtställe i Folkesta.

Tuna gör gällande att Skanskas anbud ska förkastas och därmed inte utvärderats, varvid Tunas anbud ger lägsta pris. Vid sådant förhållande då det endast återstår en lämplig anbudsgivare kan någon effektiv konkurrens inte åstadkommas varför upphandlingen på sakliga grunder hade avbrutits. Enbart på denna grund ska ansökan om överprövning avslås då skaderekvisitet i 16 kap. 1 § LOU inte kan anses uppfyllt.

I Skanskas anbud har använts formuleringen "i mån av tillgång" och "i mån av plats", vilket föranledde kommunen att begära in vissa förtydliganden. Av 9 kap. 8 § 2 stycket LOU framgår att den upphandlande myndigheten får begära att ett anbudsunderlag förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Med termen komplettera avses, enligt gällande rätt, att komma in med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. Det handlar således inte om att ersätta tidigare lämnade uppgifter, utan att konkretisera lämnade uppgifter på ett eller annat sätt.

Av förfrågningsunderlaget framgår med all önskvärd tydlighet vad kommunen tillmäter avgörande betydelse vid upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som användes är utformad och således är ägnad att leda till ett för anbudsgivaren rättvisande resultat, varvid det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antogs. Bristerna i förfrågningsunderlaget

som Tuna nu anför saknar enligt kommunen relevans. Bolaget har inte i tillräcklig grad kunnat visa att kommunens upphandlingsförfarande brister i transparens och eller likabehandling eller på annat sätt står i strid med konventionsrätten.

Tuna genmäler bl.a. följande. Kommunen gör gällande att Skanskas anbud skulle ha antagits även om utvärderingen av Tunas anbud hade skett på det sätt som Tuna menar vara korrekt, d.v.s. att endast avhämtningsstället i Folkesta skulle ha beaktats vid utvärderingen. Kommunens påstående är felaktigt. Troligen bygger kommunens inställning i denna del på räknefel. Med stöd av redovisade beräkningar hävdas att Tunas anbud är mest fördelaktigt om endast Folkesta beaktas vid utvärderingen.

Kommunen anför därefter bl.a. följande. Anbudssumman som utvärderats för Tuna med beaktande av endast hämtningsstället Folkesta är rätteligen lägre än Skanskas pris men kommunen anser att Tunas anbud inte ska utvärderas för endast ett hämtställe. Anbudet kan inte tolkas på annat sätt än att det är två hämtställen som avses och har offererats. Det framgår tydligt av anbudet. Tuna kan inte anses ha lidit skada och har heller inte i tillräcklig grad kunnat visa att kommunens upphandlingsförfarande brister i transparens och/eller likabehandling eller på annat sätt står i strid med konventionsrätten.

Skanska, som beretts tillfälle att yttra sig, anför bl.a. följande. Skanska yrkar att bolaget ska upptas som part i målet. Skanska motsätter sig Tunas yrkanden om att upphandlingen ska rättas eller göras om. Om förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen skett i strid med LOU på så sätt som påstås i bolagets andrahandsyrkande är dessa brister inte av sådan art att det finns grund för rättelse utan i sådant fall ska förvaltningsrätten förordna om att upphandlingen ska göras om.

Skanskas anbud innehåller inga otillåtna reservationer utan bolaget har fullt ut accepterat att förfrågningsunderlagets avtalsförslag ska gälla. Alla eventuella tvivel har undanröjts i Skanskas förtydligande till anbudet. De skrivningar som Tuna anmärker på har överhuvudtaget inte haft en prispåverkande effekt.

Förfrågningsunderlaget innehåller inga närmare bestämmelser angående förutsättningarna för hur och när avrop av enskilda leveranser ska ske. Av allmänna köp- och avtalsrättsliga principer följer i sådant fall att en leverantörs leveransskyldighet inte är obegränsad. En leverantör kan omöjligt leverera exceptionellt stora mängder bergkrossprodukter på en kort tidsperiod. Detta är en självklar produktions- och leveransförutsättning för såväl Tuna som Skanska (och alla andra leverantörer). Vare sig det är nedskrivet i ett anbud eller inte. Att detta skulle utgöra en reservation faller på sin egen orimlighet. Resonemanget beträffande mottagande av massor blir detsamma som för leverans av krossprodukter. Precis som anges i Skanskas förtydligande blir exceptionella leveranser eller mottagande av massor heller aldrig en fråga i praktiken då detta med lätthet kan undvikas genom en god dialog. Till detta vill Skanska framhålla att Tunas produktionskapacitet och leveransförmåga även är begränsad. Som Tuna själva påpekar finns det i förfrågningsunderlaget varken några minimi- eller maximinivåer avseende avropade mängder. Detta medför dock rimligen inte att Tunas anbud ska förkastas i och med att de förväntade volymerna under kontraktet avsevärt understiger ovan nämnda volymer. Av likabehandlingsprincipen följer dock att om Skanskas anbud mot all förmodan skulle förkastas så ska även Tunas anbud förkastas.

Skanska kan överhuvudtaget inte förstå varför kommunen skulle ha gjort fel när de i sin utvärdering utgått ifrån att hälften av leveranserna skulle komma från Folkesta och hälften från Kjula. Det förefaller tvärtom vara den enda naturliga slutsatsen. Om Tunas anbud endast skulle utvärderas

utifrån det ena av sina två angivna hämtställen skulle kommunens syfte med sin utvärderingsmodell allvarligt förfelas i och med att geografisk närhet inte skulle premieras på avsett vis. Detta särskilt mot bakgrund av att bolagets verksamhet i Folkesta är begränsad till följd av bristen på brytningsbart berg.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Skanskas yrkande att bli part

Skanska yrkar att bli part i målet med åberopande av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 7 juni 2011 (HFD 2011 ref. 29).

Skanska har beretts tillfälle att yttra sig. Skanskas yrkande att bli part i målet föranleder därmed ingen ytterligare åtgärd av förvaltningsrätten.

Förutsebarhet

Kommunen utvärderade Tunas anbud genom att anta att leverans av krossprodukter skulle ske från de två i anbudet angivna hämtningsställena med halva mängden från vardera stället.

Tuna hävdar att utvärderingen borde ske med utgångspunkt från det hämtningsställe som var närmast den i underlaget angivna platsen, nämligen Folkesta. En sådan utvärdering ger enligt Tuna att bolagets anbud innebär lägsta pris. Tuna anser därför enligt sitt andrahandsyrkande att utvärderingen ska göras om. Enligt Tunas yrkande i tredje hand ska upphandlingen göras om eftersom anbudsgivare inte kunnat förutse att det förhållandet att två hämtställen offererats i stället för ett skulle medföra en nackdel vid utvärderingen.

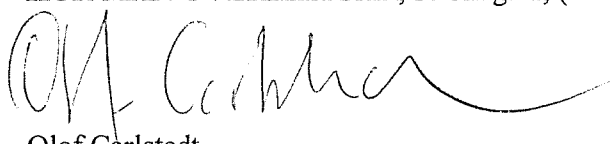
Kommunen vidhåller att det var rätt att göra utvärderingen med en uppdelning mellan hämtningsställena, dock utan att närmare utveckla sin inställning.

I förfrågningsunderlaget regleras inte frågan om leverans från flera hämtningsställena. Det anges bl.a. inte hur utvärderingen av lägsta priset ska göras när ett anbud anger flera hämtningsställena men inte preciserar vilka mängder som erbjuds från de olika hämtningsställena. Det har inte framkommit att Tuna i sitt anbud angav leveransmängder från Folkesta respektive Kjula utan har lämnat möjlighet för kommunen att för varje leverans välja det lämpligaste hämtningsstället. Kommunen har således inte stöd i förfrågningsunderlaget för att vid utvärderingen av Tunas anbud göra en uppdelning mellan de två hämtningsställena så som skett. Inte heller ger förfrågningsunderlaget stöd för det som Tuna hävdar, nämligen att utvärderingen ska ske endast med utgångspunkt från Folkesta.

Förvaltningsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget brister i det grundläggande kravet på förutsebarhet. Tuna måste anses ha lidit skada på grund av detta. Bristen påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede och bör därmed göras om.

Förvaltningsrätten har därmed inte skäl att pröva om det i övrigt finns grund för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1, (DV3109/1D-LOU).

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Olof Carlstedt', with a long horizontal flourish extending to the right.

Olof Carlstedt

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Lisa Willman.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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
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 uppge 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 3109/1D LOU