



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

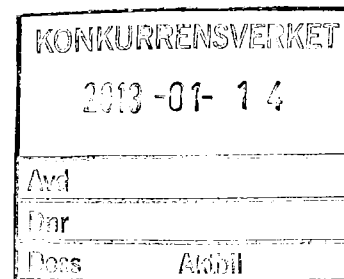
DOM
2013-01-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23713-12
Enhet 17

SÖKANDE

ORAB i Gävle AB, org. nr. 556711-0480

Ombud: Olov Matsson
Advokatfirman Abersten HB
Box 1313
801 37 Gävle



MOTPART

AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad, org. nr. 556016-9095

Ombud: Jur.kand. Patricia Lehman
Fortum Power and Heat AB, Corporate center/ Legal Affairs
115 77 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LUF.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 14 november 2012 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 304920

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M. M.

AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad (Fortum Värme) genomför en upphandling för rörentreprenad. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LUF. I tilldelningsbeslut den 8 november 2012 tilldelades en annan leverantör än ORAB i Gävle AB (ORAB) uppdraget.

ORAB yrkar att upphandlingen ska rättas och anför i huvudsak följande. Av förfrågan daterad den 7 juni 2012 och dess Allmänna Tekniska Bestämmelser (ATB) under punkt 1.2 framgår att svetsning ska utföras av företag med erforderliga tekniska resurser och med personal som har kompetens för arbetsuppgifterna. Företaget ska vara certifierat för kvalitetssäkring för svetsning enligt kraven i SS-EN ISO 3834-2. Certifieringen ska vara utförd av ackrediterat organ. Vid efterforskning framgår att det företag som tilldelats kontraktet inte är certifierat enligt detta skall-krav.

ORAB har uppfattat avsnitt 1.2 i Forum Värmes ATB – bilaga 3, Mekanisk utrustning, som ett skall-krav som ska vara uppfyllt vid anbudets ingivande. Under rubriken AFB.22 "Förteckning över förfrågningsunderlaget" i förfrågningsunderlaget är de handlingar som skulle ligga till grund för anbud antecknade, däribland ATB 3. Under rubriken AFB 5.1 "Prövning av anbudsgivare" anges ett antal krav som anbudsgivare skulle prövas mot. Bland dessa anges anbudsgivarens erfarenhet och tekniskt kunnande samt att anbudsgivare uppfyller ställda kvalitetskrav och miljökrav. Sådana krav kan enbart utläsas i övriga delar av förfrågningsunderlaget. ATB 3 tillhör dessa övriga delar av förfrågningsunderlaget. Detta medför att bestämmelsen i avsnittet 1.2 i ATB 3 utgör ett skall-krav. Någon annan tolkning är svårt att göra. Tolkningen vinner även stöd av att det i ATB Huvuddokument angetts att ATB ska ingå som underlag och referenshandling vid upphandling av entreprenader. Att ATB utgör ett underlag för upphand-

lingen torde därför vara uppenbart. Ett skall-krav i ATB ska omfattas av den prövning av anbudsgivare som föreskrivits i AFB 51 i förfrågningsunderlaget. ORAB har därför utgått från detta för att räkna på entreprenaden och lämna anbud. ORAB har lidit skada genom bland annat utebliven vinst i uppdraget eftersom ORAB skulle ha vunnit upphandlingen. Anbudsprövningen strider mot EU:s grundläggande principer, däribland principerna om transparens och icke-diskriminering (LUF 1:24).

Vad gäller förhandling och utvärdering avsåg förhandlingen till stor del tidigareläggning av entreprenaden. Fortum Värme efterfrågade om vilket pris som skulle gälla om entreprenaden skulle ha påbörjats i december 2012. Frågan om aktuell certifiering diskuterades även. Representanterna för Fortum Värme uppgav att det var ett krav att certifiering innehades. I detta avseende hänvisas till ORAB:s anteckningar från förhandlingen.

Fortum Värme bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att en kvalificering av anbudsgivarna ska ha skett innan utvärderingen av respektive anbud tar vid. Samtliga anbud som inkommit har bedömts vara kvalificerade för att gå vidare till förhandling och utvärdering. Förhandlingarna har skett på ett för samtliga anbudsgivare lika och icke-diskriminerande sätt och har regelbundet dokumenterats i mötesnoteringar med respektive anbudsgivare. Förhandlingarna har både haft syfte att klargöra respektive anbud och fokuserat på att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När förhandlingarna har avslutats har utvärdering av de slutliga anbuden skett. Utvärderingen har skett utifrån fem olika kriterier. Anbudsgivarna har erhållit ett visst antal poäng efter hur väl de uppfyllt varje kriterium och dessa poäng har sedan viktats. I tilldelningsbeslutet har Fortum Värme i en bifogad tabell angett de viktade poängen för vinnande anbud jämfört med ORAB:s anbud och redogjort på vilket sätt den vinnande anbudsgivarens anbud, har haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. ORAB:s anbud har vid tilldelning-

en av kontrakt hamnat på en andra plats, framförallt på grund av att ORAB:s offererade pris varit högre än vinnande anbudsgivares.

Fortum Värme bestrider att vad som anges under 1.2 i bilaga 3 utgör krav som ska vara uppfyllda vid anbudets ingivande och bestrider även att vinnande leverantör inte skulle ha uppfyllt samtliga krav i upphandlingen vid anbudets ingivande. I förfrågningsunderlaget under AFB22 (förteckning över förfrågningsunderlag) uppräknas de handlingar som förfrågningsunderlaget består av. Under punkten 14 (övriga handlingar) listas ett flertal handlingar av olika karaktär och bland annat listas under punkten 14.4 "Fortums allmänna tekniska bestämmelser (ATB)". Enligt punkten 14.4 består dessa ATB av följande handlingar – ATB Huvuddokument, ATB Bilaga 1, dokumentation, ATB Bilaga 2, Fastighet, ATB Bilaga 3 mekanisk utrustning, ATB Bilaga 4, Styrutrustning, ATB Bilaga 5, Elkraftutrustning. Enligt ATB:s huvuddokument är huvudsyftet med ATB att vara ett kostnadseffektivt arbetsdokument för samordning mot en gemensam kvalitets- och säkerhetsprofil för leverans av utrustningar och tekniska funktioner till Fortum Värme. Vidare anges i huvuddokumentet under samma punkt att ATB ska ingå som underlag och referenshandling vid upphandling av entreprenader, varor och tjänster samt underlag för konstruktion och driftsättning. I bilagorna till ATB:s Huvuddokument beskrivs och anges bl.a. olika lagar och regler som ska följas vid utförande av arbetet samt vilken funktion som komponenter som ingår i arbetet ska ha och ibland även om arbetet ska följa vissa standarder eller certifieringar. På liknande sätt är även bilaga 3 uppbyggd. Samtliga ATB bilagor ska alltid bifogas de upphandlingar som Fortum Värme gör vad gäller utförandeentreprenader. Däremot är det sällan att samtliga bilagor är relevanta för den aktuella upphandlingen. Tanken är i stället att ATB bifogas för att utgöra en form av hjälp- och stöddokument och att parterna ska kunna konsultera ATB för det fall de senare när arbetena påbörjats skulle hamna i en situation då det uppstår oklarheter i hur en viss del av entreprenaden ska utföras

eller vilka regler och standarder som ska följas. Det finns inget i ATB dokumenten som någon anbudsgivare ska eller behöver använda för prissättning av sitt anbud. I stället är allt relevant material för upphandlingen specificerat i förfrågningsunderlaget och i den tekniska beskrivningen. Eventuella referenser till ATB i den tekniska beskrivningen avser endast att upplysa om att ATB i de fall då det är relevant ska användas under entreprenadtiden. Det finns ett krav på certifiering av företag i avsnitt 1.2 (ATB) – bilaga 3, Mekanisk utrustning men, mot bakgrund av vad som angetts ovan, utgör inte ATB-dokumentationen ett sådant underlag i upphandlingen som ska vara uppfyllt vid anbudets ingivande utan utgör endast en referenshandling, vilket framgår av ATB Huvuddokument. Det finns en viss otydlighet i denna del men otydligheten är dock inte av sådan grad att någon anbudsgivare har lidit skada i detta hänseende. Snarare är det så att de anbudsgivare som lämnat anbud i upphandlingen med undantag för ORAB, har uppfattat ATB Bilaga 3 på det sätt som Fortum Värme avsett, vilket medfört att Fortum Värme godtagit att anbudsgivare som inte har en certifiering på plats kommer att ha det vid avtalsstart. Den vinnande leverantören är inte certifierad i enlighet med vad som anges i punkten 1.2 Bilaga 3 men har initierat en certifieringsprocess och kommer enligt den tidplan som godtagits av certifieringsorganet att ha en certifiering på plats vid avtalsstart, vilken är planerad till den 10 april 2013.

Förhandlingarna i upphandlingen var delvis fokuserat på huruvida anbudsgivarna hade möjlighet att påbörja något tidigare än planerat. Det fanns inte något fast datum för tidigareläggning. Det är korrekt att ORAB under förhandlingarna ställt frågan till Fortum Värmes representanter huruvida det är ett krav att SS-EN ISO 3834-12 certifiering innehades samt att ORAB velat förtydliga att bolaget innehade sådan certifiering. Fortum Värme har enbart hänvisat till förfrågningsunderlaget och har inte närmare vidareutvecklat svaret eftersom ORAB redan innehade nämnda certifiering och inte behövde någon närmare redogörelse för hur Fortum Värme såg på

när denna certifiering behövde finnas på plats. Någon detaljerad diskussion om certifiering har därmed inte förekommit med ORAB. Den av ORAB ingivna handlingen speglar enbart bolagets uppfattning om hur förhandlingsmötet förlöpte och Fortum Värme kan inte vitsorda dess innehåll. Fortum Värmes representanter har var för sig också tagit noteringar från mötet och ingen av dem har i sina mötesanteckningar antecknat något om certifiering. Av Fortum Värmes anteckningar och dess sammanställningar har inte framkommit någon närmare diskussion om certifiering under mötet. Något gemensamt förhandlingsprotokoll finns inte. Däremot är det så att i de förhandlingar med anbudsgivare/entreprenörer som inte redan hade en certifiering på plats så berördes frågan i en större utsträckning eftersom Fortum Värme i de förhandlingarna varit tvungen att ta reda på huruvida certifiering skulle finnas den dag arbetena påbörjades. Dessa anbudsgivare har också behövt inge tidsplaner för certifiering.

Vad gäller det första kvalificeringskravet avseende erfarenhet och tekniskt kunnande har Fortum Värme kontrollerat uppfyllandet av detta krav enbart genom att kontrollera de förteckningar över referenser avseende tidigare arbeten som anbudsgivarna lämnat in. Vad gäller kvalitetskrav och miljökrav syftar dessa krav på huruvida anbudsgivaren har ett kvalitetsledningssystem och ett miljöledningssystem, vilket vidareutvecklas och framgår av förfrågningsunderlaget under AFC.221 och AFC.222. Någon koppling till någon övrig handling i punkten 14 finns således inte heller i detta fall. Utformningen av kvalificeringskraven stödjer därmed inte att ATB Bilaga 3 skulle utgöra ett skall-krav.

För det fall domstolen skulle anse att det i underlaget är otydligt vid vilken tidpunkt som certifiering i enlighet med ATB bilaga 3 måste vara uppfyllt bör inte skrivningen i punkt 1.2 bilaga 3 ges längre räckvidd än nödvändigt och vinnande leverantör ska därmed anses ha uppfyllt kravet i sådan mån, i och med att certifiering kommer att finnas på plats vid avtalsstart, att dess

anbud inte förkastas, jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 september 2011 i mål nr 2176-11. Eftersom samtliga anbudsgivare har getts möjlighet att bilägga utredning om att certifiering kommer att innehas vid avtalsstart har inte heller någon diskriminering av anbudsgivare skett i denna del. Kvalificering och utvärdering har skett på ett för alla anbudsgivare transparent och icke-diskriminerande sätt och i övrigt i enlighet med EU:s grundläggande principer för offentlig upphandling. ORAB har därmed inte lidit någon skada.

Förvaltningsrätten beslutade den 14 november 2012 att Fortum Värme inte får teckna avtal i upphandlingen till dess förvaltningsrätten beslutat annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 24 § LUF stadgas bl.a. att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av 16 kap. 1 § LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LUF. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att det är den som ansöker om överprövningen som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LUF.

Är skall-kravet uppfyllt?

En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. De så kallade skall-kraven som anges i förfrågningsunderlaget

måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna utvärdera anbudet. Så länge bestämmelserna i LUF och tillämpliga grundläggande principer beaktas, är en upphandlande enhet normalt oförhindrad att själv bestämma om och hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella skall-krav är uppfyllda. Huruvida skall-kravet är uppfyllt får således tolkas med vägledning av uttryckets semantiska innebörd, vad som är allmänt vedertaget i branschen samt av vad som i övrigt framgår av förfrågningsunderlaget.

Enligt företeckning över förfrågningsunderlag AFB.22 består förfrågningsunderlaget av följande handlingar:

03. Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings och installations-entreprenader AB 04

09. Administrativa föreskrifter daterad 2012-06-01

11. Teknisk beskrivning

11.1 Bilaga 1 Mängdförteckning

11.2 Bilaga 2 Sammanställning pumpar

11.3 Bilaga 3 Sammanställning värmeväxlare

11.4 Skyltspecifikation

12 Ritningar

13. Allmänna material- och arbetsbeskrivningar

14. Övriga handlingar

14.1 Huvudtidsplan

14.2 Leverantörens och beställarens åliggande-krysslista

14.3 Frågeformulär för leverantör

14.4 Fortums allmänna tekniska bestämmelser (ATB)

– ATB huvuddokument

– ATB bilaga 1, dokumentation

– ATB bilaga 2, fastighet

– ATB bilaga 3, mekanisk utrustning

- ATB bilaga 4, styrutrustning
 - ATB bilaga 5, elkraftutrustning
- 14.5 Uppförandekord för leverantör
- 14.6 säkerhetsföreskrifter

Enligt allmänna Tekniska bestämmelser (ATB) avser handlingen vara ett kostnadseffektivt arbetsdokument för samordning mot en gemensam kvalitets- och säkerhetsprofil för leverans av utrustningar och tekniska funktioner till Fortum Värme. ATB är en gemensam handling för relevanta teknikområden, som dels innehåller övergripande hänvisningar till nationella och europeiska regelverk och föreskrifter, dels beskriver de beställarkrav som ska gälla utöver de angivna formella regelverken och säkerhetskraven. Vidare anges i huvuddokumentet under samma punkt att ” ATB ska ingå som underlag och referenshandling vid upphandling av entreprenader, varor och tjänster samt underlag för konstruktion och driftsättning”. I bilagorna till ATB:s huvuddokument beskrivs och anges bl.a. olika lagar och regler som ska följas vid utförande av arbetet samt vilken funktion som komponenter som ingår i arbetet ska ha och ibland även om arbetet ska följa vissa standarder eller certifieringar. ATB bilaga 3 avser ” Mekanisk utrustning” med vilket avses rörledningar, pumpar, ventiler, isolering, serviceplan, trappor, lyftanordningar och bandtransportörer.

Vad gäller punkten 1.2 i ATB bilaga 3 ” Mekanisk utrustning” konstaterar Förvaltningsrätten att detta inte är att anse som skall-krav då det endast utgör en form av hjälp- och stöddokument och anger hur arbetet senare ska utföras. Såsom skall-kravet är formulerat i förfrågningsunderlaget är det enligt förvaltningsrättens mening emellertid inte ett krav att anbudsgivare vid lämnandet av anbud ska vara certifierad. Eftersom det inte har uppställts något krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivaren vid lämnande av anbudet ska vara certifierad har den vinnande anbudsgivaren uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget.

Har skall-kravet varit tillräckligt tydligt utformat?

Det är den upphandlande myndigheten som står risken för om underlaget i en upphandling motsvarar de krav som ställs i LUF. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 14 september 2008 (mål nr 6212-07) uttalat att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

När det gäller förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling är det inte närmare angivet vid vilken tidpunkt som certifiering ska vara uppfyllt. Samtliga anbudsgivare med undantag från ORAB var inte certifierat vid tidpunkten för anbudets ingivande men har getts möjlighet att bilägga utredning om att certifiering kommer att innehas vid avtalsstarten. Därför har samtliga anbud bedömts vara kvalificerade och har utvärderats. Utvärderingen har skett utifrån fem olika kriterier. Anbudsgivarna har erhållit ett visst antal poäng efter hur de uppfyllt varje kriterium och dessa poäng har sedan viktas. Mot denna bakgrund finner Förvaltningsrätten att det finns en viss otydlighet i denna del men otydligheten är dock inte av sådan grad att någon diskriminering av anbudsgivare skett. Kvalificering och utvärderingen har skett på ett för alla anbudsgivare transparent och icke-diskriminerande sätt och i övrigt i enlighet med EU:s grundläggande principer för offentlig upphandling. ORAB har därmed inte lidit någon skada.

Sammanfattningsvis finner Förvaltningsrätten att Fortum Värme inte har brutit mot bestämmelserna i LUF. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därför inte. ORAB:s ansökan ska därför avslås och det interimistiska förordnandet ska upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande i målet har varit Lana Rozbayani.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 3109/1A LOU