



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-04-29
Meddelad i
Umeå

Mål nr
546-11 E
Kansli 1

SÖKANDE

Tyréns AB, 556194-7986
Peter Myndes Backe 16
118 86 Stockholm

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-05-03 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (Kommunen) har infortrat anbud avseende Miljökonsult Förorenade områden (dnr 11001). Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

Tyréns AB (Tyréns) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till Tyréns ansökan.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (15 kap. 12 § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris (15 kap. 16 § första stycket LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts (16 kap. 5 § LOU).

UTREDNINGEN

Kommunens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbud

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges bl.a. följande.

3.0 Anbudsbedömning

En anbudsgivare kan uteslutas från att delta i en offentlig upphandling om man inte uppfyller vissa krav, exempelvis betalt sina skatter och avgifter. De uteslutningskriterier som det gäller framgår i detalj av LOU. Om anbudsgivare inte utesluts på dessa grunder bedöms inkomna anbud i två steg, en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas.

3.1 Kvalificeringsfas

I kvalificeringsfasen bedöms både anbudsgivaren och anbudet utifrån angivna krav i Svarsbilaga Kvalificering. Där har samtliga kvalificeringskrav som gäller denna upphandling samlats.

3.2 Utvärderingsfasen (Uv) förklaring

Det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

I förfrågningsunderlagets Svarsbilaga Kvalificering anges bl.a. följande.

Sk 6 Priser

Säljaren ska i anbudet ange ett fast pris för hela uppdraget. Har ni lämnat detta?

Sk 6.1

Säljaren ska på ett transparent sätt visa vad som ingår i angivet fast pris, t.ex. med avseende på tidsåtgång, konsultkostnader, analyskostnader och för utrustning för genomförandet av uppdraget i de olika områdena (A-D). Har ni lämnat en detaljerad beskrivning av prissättningen?

Sk 6.2

Vid en eventuell modifiering av omfattningen av uppdraget ska priset stå i relation till angivet anbudspris. Accepterar ni dessa förutsättningar?

Sk 6.3

För eventuella tilläggsbeställningar ska det till anbudet bifogas debiteringsnormer (å prislista) för personal och övriga poster (t.ex. utrustning m.m.) för detta uppdrag. Har ni bifogat detta?

Sk 7 Förtydliganden

Köparen förbehåller sig rätten att vid behov begära in förtydligande gällande beräkningar av totalt anbudspris. Accepterar ni detta krav?

I Frågor och svar 2011-02-08 anges bl.a. följande.

Fråga 7; I dokumentet Svarsbilaga Kvalificering punkt 6.2 nämns ”Vid ev. modifiering av uppdraget ska priset stå i relation till angivet anbudspris.”

Ett förtydligande av vad som menas med detta?

Kommunens svar; Enligt Sk 6.1 i Svarsbilaga Kvalificering ska säljaren redovisa prissättningen på ett transparent sätt, t.ex. m.a.p. analyskostnader, konsultkostnader m.m. Om volymerna skulle komma att förändras ska köparen fortfarande ges samma pris per analys, timpris för konsulter osv.

Av Kommunens utvärderingsprotokoll framgår bl.a. följande.

Elva företag har inkommit med anbud. Sex av dessa anbud har diskvalificerats eftersom de inte bedömts uppfylla kvalificeringskraven. Ett av de anbud som diskvalificerats är anbudet från Tyréns. Motiveringen härför är att Sk 6 t.o.m. Sk 7 ej bifogats anbudet varför anbudet ej är komplett. – Av de anbud som utvärderats har anbudet från Hifab AB bedömts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Parternas anföranden

Tyréns anför bl.a. följande.

Kommunen har brutit mot LOU genom att, med hänvisning till att skallkraven Sk 06 till Sk 07 inte uppfylls, diskvalificera Tyréns anbud.

Den grundläggande invändningen mot diskvalificeringen är att inlämnat anbud innehöll alla relevanta uppgifter som krävdes enligt förfrågningsunderlaget för att Kommunen skulle kunna göra en fullständig utvärdering. De delar som saknades avser dels sådana uppgifter som också redovisades på annan plats i anbudet, dels uppgifter som en upphandlande myndighet inte får begära och dels en fråga, som om den besvarades jakande av anbudsgivaren, var motstridig mot vad som angavs på annan plats i förfrågningsunderlaget. Grunden för andrahandsyrkandet är att Kommunen har begärt in uppgifter avseende anbudsgivares anbudskalkyler som en upphandlande myndighet av konkurrensskäl inte får begära in samt att förfrågningsunderlaget har varit otydligt avseende hur tilläggsarbeten ska ersättas. Upphandlingen står därmed i strid mot de grundläggande principerna om transparens och förutsägbarhet samt utnyttjande av konkurrensen.

Om anbudet inte hade diskvalificerats hade Tyréns tilldelats uppdraget.

Anbudet skulle lämnas elektroniskt. Sidorna 1-3, men ej sista sidan nr 4, i Svarsbilaga Kvalificering har kommit med när bilagan scannats in innan den bifogades det digitala anbudet. Det har således blivit ett tekniskt fel vid inscanningen av blanketten. Anledningen till att bilagan scannades in är att förfrågningsunderlaget var otydligt beträffande hur anbudet skulle undertecknas. När anbudet skulle lämnas in digitalt visade det sig att det fanns två olika möjligheter att underteckna anbudet, dels på det inlämningskvitto som erhålls då anbudet lagts in digitalt, dels i en ruta i Svarsbilaga Kvalificering. Tyréns valde att underteckna anbudet enligt bägge möjligheterna. Det var dessa oklarheter som gjorde att bilagan scannades in och att en sida olyckligt försvann när dokumentet scannades in. Det är bra att anbudsprocessen digitaliseras men det måste göras fullt ut så att inte anbudsgivaren har hela skyldigheten att kontrollera att alla sidor i en inlämnad svarsblankett har kommit med. - Otydligheten i förfrågningsunderlaget angående undertecknandet av anbud uppmärksammades först efter det att tiden för Frågor och svar hade passerats och därför var det inte möjligt att erhålla ett förtydligande från Kommunen.

Det borde i detta ärende ha varit uppenbart för Kommunen att en sida i anbudet av misstag fallit bort. Kommunen borde ha begärt in den ”borttappade” sidan. Tyréns avger ett mycket stort antal anbud över hela landet och erfarenheten är att en sådan minimal avvikelse som denna brukar de flesta inköpare korrigera under upphandlingsprocessen genom att begära in ett förtydligande eller komplettering. Enligt Tyréns erfarenhet är det praxis vid upphandling enligt LOU. Kommunen har i detta fall tillämpat LOU alldeles för strikt.

Till följd av felet med inscanningen föll svaren på skall-kraven Sk 6, Sk 6.1, Sk 6.2, Sk 6.3 och Sk 7 bort ur svarsbilagan. Sk 6, Sk 6.1 och Sk 6.3 innebar dock endast att man skulle bekräfta att vissa uppgifter hade lämnats i anbudet. Alla dessa uppgifter, om fast pris, beräkning av anbudspris

och debiteringsnorm för tilläggsbeställningar, hade också lämnats i anbudet. Att då förkasta anbudet bara för att en ruta med ”Ja” inte hade kryssats i är fullkomligt orimligt och oproportionerligt.

I Sk 6.2 skulle anbudsgivaren acceptera att priset vid en eventuell modifiering av anbudspriset skulle stå i relation till angivet anbudspris. Detta står i direkt strid mot Sk 6.3. Rimligtvis måste detta innebära att bestämmelsen i Sk 6.2, som i praktiken torde vara omöjlig att tillämpa, inte gäller vid modifieringar av omfattningen av uppdraget. Av den anledningen vore det också orimligt och oproportionerligt att förkasta anbudet på den grunden. Det kan dock nämnas att Tyréns – som vid anbudstillfället inte observerat motstridigheten i förfrågningsunderlaget – förstås hade besvarat frågan i Sk 6.2 med ett ”ja”.

Skall-kravet Sk 7 innebär att Kommunen förbehåller sig rätten att begära in förtydligande av hur anbudspriset har beräknats. Det har dock i rättspraxis (RÅ 1997 ref. 40) ansetts att det är konkurrensbegränsande att i en offentlig upphandling kräva att anbudsgivaren ska redovisa vilka kostnadsbedömningar som legat till grund för anbudet. En anbudsgivare kan rimligtvis inte förkastas för att denne i sitt anbud inte uttryckligen accepterat att den upphandlande myndigheten förbehåller sig rätten att begära uppgifter som den inte har rätt att begära in enligt LOU. Vilka uppgifter Kommunen skulle komma att begära med stöd av detta medgivande kan förstås inte anbudsgivaren veta. Det måste dock påpekas att ordalydelsen av skallkravet ingalunda utesluter att Kommunens begäran skulle kunna omfatta sådana uppgifter som skulle anses som företagshemligheter. – Kommunen vill nu koppla ihop Sk 7 med utvärderingskriteriet Uv 3 som avser den efterfrågade projektplanen. Det framgår dock inte någonstans i förfrågningsunderlaget att projektplanen skulle innehålla några uppgifter om hur anbudspriset har beräknats. Vad projektplanen ska utvisa är hur anbudsgivaren har tänkt genomföra uppdraget. Vidare torde utrymmet för Kommunen

att begära förtydliganden av sådana uppgifter som har betydelse för utvärdering av projektplanen vara försvinnande litet.

Mot bakgrund av detta måste det anses att Kommunen bedömt skall-kraven på ett felaktigt sätt. Därmed riskerar Tyréns att lida ekonomisk skada. Även om Tyréns inte hade lägst anbud av alla anbud så hade man tilldelats uppdraget om anbudet hade utvärderats och tilldelats fullt mervärde på de ”mjuka” kriterierna. Enligt uppgifter som Tyréns erhållit hade Kommunen hunnit utvärdera anbudet innan det upptäcktes att sista sidan i formuläret inte kommit med. Anbudet skulle därvid ha erhållit fullt mervärde.

Kommunen menar att Tyréns inte drabbats av någon skada eftersom det finns andra – förkastade anbud – som haft ett lägre pris (även inräknat fullt mervärde). För att drabbas av skada är det dock tillräckligt att ha haft en rimlig chans att tilldelas kontraktet i upphandlingen – som den de facto har genomförts. Grunden för Kommunens resonemang är felaktig. Tyréns har redovisat skäl för varför bristerna i anbudet inte kan ligga till grund för ett förkastande av anbudet. Det finns inte något som talar för att samma resonemang skulle vara tillämpligt på andra förkastade anbud. Det ska också påpekas att avseende andrahandsyrkandet består skadan i att anbudet har förkastats på grund av att otillåtna villkor inte uppfyllts. Denna skada är oberoende av huruvida det också finns andra anbud som har förkastats.

Kommunen anför bl.a. följande.

Kommunen har diskvalificerat Tyréns anbud med hänvisningen att de inte lämnat ett komplett anbud. Eftersom anbudet inte var fullständigt har Kommunen inte tagit ställning till huruvida anbudet uppfyller ställda skallkrav eller ej.

Kommunen får begära rättelse av fel, förtydligande och kompletteringar i enlighet med 15 kap. 12 § LOU om det inte föreligger risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunen gjorde bedömningen att det med hänsyn till övriga anbudsgivare skulle föreligga risk för särbehandling om Tyréns tilläts komplettera sitt anbud. Att låta anbudsgivare komplettera sitt anbud med uppgifter som inte tidigare besvarats eller angetts anser Kommunen inte vara tillåtet. Detta var således skälet till att Tyréns inte erbjöds möjlighet att komplettera sitt anbud.

Att man på andra ställen i anbudet kan finna svaren på Sk 6 t.o.m. Sk 7 kan delvis bekräftas, dock inte avseende samtliga krav. Framför allt går det inte att i anbudet finna något svar beträffande Sk 7, ett krav som Tyréns också ställer sig motstridig till. De hänvisar till rättspraxis där frågeställningen handlar om huruvida en upphandlande myndighet kan kräva in affärshemligheter, såsom vilka inköpspriser och marginaler en anbudsgivare har för sitt offererade material. Det finns inget i Sk 07 som styrker Tyréns påstående att Kommunen kommer att efterfråga uppgifter som kan medföra någon ekonomisk skada för anbudsgivaren, såsom exempelvis anbudsgivarens inköpspris, marginaler eller annat som är den enskilde anbudsgivarens affärshemlighet.

Kommunen begärde enligt Sk 6 att få ett fast pris för uppdraget samtidigt som man enligt Sk 6.1 begärde att anbudsgivaren ska visa vad som ingår i det fasta priset, exempelvis tidsåtgång, konsultkostnader, analyskostnader och för utrustning för genomförande av uppdraget i de olika områdena. Eftersom Kommunen ville överlåta till anbudsgivaren att själv prissätta de olika delarna fanns också möjligheten att det kunde skilja mellan anbudsgivarna hur man prissatt och benämnt de olika delarna.

I utvärderingskriteriet Uv 3 Kvalitet Projektplan skulle bedömning göras om hur anbudsgivaren visat att de gjort relevanta, realistiska och kostnads-

effektiva bedömningar och avgränsningar av det kommande arbetet i detta uppdrag. För att kunna göra dessa bedömningar var det också viktigt att inga oklarheter uppstått.

I de fall anbudsgivarna exempelvis benämnt vissa angivna kostnader på olika sätt eller på annat sätt gjort det svårt att tydligt förstå vad de olika kostnaderna innebär ville Kommunen redan i förfrågningsunderlaget vara tydlig med att man haft för avsikt att begära in eventuella förtydliganden.

Tyréns påstår att förfrågningsunderlaget varit otydligt och att det föranlett att delar av anbudet inte kommit Kommunen tillhanda i tid. Tyréns hade dock uppfattat denna otydlighet och valt en lösning för hur de skulle lämna sitt anbud. Att det uppstått ett tekniskt fel hos Tyréns kan inte ligga Kommunen till last. Precis som övriga anbudsgivare hade Tyréns också möjlighet att begära ett förtydligande om det funnits otydligheter i förfrågningsunderlaget men man har under anbudstiden inte inkommit med någon begäran om förtydligande eller rättelse.

Anbudet från Tyréns hade ett lägre pris än det antagna anbudet och vid en preliminär utvärdering finns det skäl att anta att Tyréns anbud skulle ha erhållit ett högt mervärde. Det bör dock poängteras att då även övriga anbudsgivare som diskvalificerats gjort administrativa misstag skulle en komplettering från Tyréns krävt att denna möjlighet även skulle ha beretts övriga anbudsgivare för att säkerställa att ingen särbehandling skulle ske. Vid utvärdering av samtliga anbud skulle Tyréns anbud inte ha erhållit det lägsta utvärderingspriset. Detta gäller oavsett om anbudet tilldelas fullt mervärde eller ej. Därmed riskerar inte Tyréns att lida skada.

Då graden av behov av förtydliganden eller kompletteringar skiljde sig mellan olika anbudsgivare bedömde Kommunen det inte lämpligt att begä-

ra in sådana från någon av anbudsgivarna. Därmed säkerställde Kommunen att den grundläggande principen om likabehandling uppfylldes.

DOMSKÄL

Kommunen har inte utvärderat Tyréns anbud då det inte var komplett. Sk 6 t.o.m. Sk 7 i Svarsbilaga Kvalificering hade ej bifogats anbudet.

Tyréns menar att Kommunen borde ha begärt in den ”borttappade” sidan.

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det är anbudsgivaren som bär risken för sitt anbud, dvs. ansvarar för att det är komplett och att det inges på rätt sätt.

Vidare föreligger inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att begära in förtydliganden eller kompletteringar. Det bör tvärtom understrykas att en upphandlande myndighet, med hänsyn till risken för särbehandling, bör vara restriktiv med att begära in förtydliganden.

Förutom möjligheten att begära förtydligande eller komplettering får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsgivare rättar ett uppenbart fel i anbudet. Även i dessa situationer måste en upphandlande myndighet, med hänsyn till risken för särbehandling, vara restriktiv. Vidare får det inte vara fråga om gränsfall huruvida felet är uppenbart eller ej. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte avsaknad av svar avseende fem skall-krav i en svarsbilaga anses utgöra ett sådant uppenbart fel som medför att Tyréns borde ha fått komplettera anbudet i de delarna.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att Kommunen haft fog för att inte erbjuda Tyréns att komplettera sitt anbud. Detta innebär att

Kommunen vid anbudsprövningen hade att ta ställning till ett anbud som inte var komplett. Skall-kraven Sk 6, Sk 6.1, Sk 6.2, Sk 6.3 och Sk 7 i Svarsbilaga Kvalificering hade inte besvarats och var således inte uppfyll-
da. Det bör härvid påpekas att enligt de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet, vilka kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, får en upphandlande myndighet vid prövning av anbuden normalt inte frångå förfrågningsunderlaget, vilket bl.a. innebär att i förfrågnings-
underlaget uppställda skall-krav ska upprätthållas.

Tyréns menar att inlämnat anbud borde ha utvärderats trots att det inte var komplett eftersom det innehöll alla relevanta uppgifter som krävdes enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att det synes vara ostridigt mellan parterna att vissa av kraven avser uppgifter som återfinns på andra ställen i anbudet. Att diskvalificera ett anbud enbart på den grun-
den att det i svarsbilagan inte bekräftats att vissa uppgifter som finns med i anbudet faktiskt också gör det kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara motiverat.

Beträffande skall-kraven Sk 6.2 och Sk 7 gäller dock att anbudsgivaren uttryckligen ska acceptera vissa krav. Tyréns menar att utformningen av dessa krav strider mot bestämmelserna i LOU varför kraven inte ska till-
lämpas.

Vad gäller Sk 6.2 menar Tyréns att kravet är motstridigt till vad som anges i Sk 6.3. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte kraven i fråga ses som motstridiga. Vad som anges i Sk 6.2 måste tvärtom ses som ett åtagande avseende grunden för prissättning bl.a. beträffande de priser som enligt Sk 6.3 ska anges för eventuella tilläggsbeställningar. Kravet är klart och tyd-
ligt formulerat och måste anses vara relevant för upphandlingen. Genom att Tyréns inte uppfyllt detta skall-krav har Kommunen redan av denna anledning haft fog för att inte utvärdera anbudet.

Vad gäller Sk 7 anser förvaltningsrätten att det inte i sig kan anses konkurrensbegränsande att begära in förtydligande gällande beräkning av anbudspris samt att utformningen av kravet inte ger stöd för den långtgående tolkning som Tyréns gör gällande. Förvaltningsrätten finner vidare inte annat än att kravet är klart och tydligt formulerat samt relevant för upphandlingen. Genom att inte heller detta skall-krav uppfylls har Kommunen även av denna anledning haft fog för att inte utvärdera Tyréns anbud.

På grund av det anförda och då inte vad som i övrigt anförts av Tyréns medför att upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna kan ansökan inte bifallas.

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



Hases Per Sjöblom
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

