



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-02-02
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6700-11
Enhet 2

SÖKANDE

Fastec Sverige AB, 556481-9372
Box 709
931 27 Skellefteå

Ombud: Advokat Mattias Wittgren
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

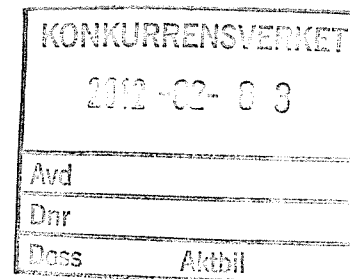
MOTPART

Strängnäs kommun
645 80 Strängnäs

Ombud: Eva-Maj Muhlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats på så sätt att utvärderingen ska göras om varvid Ellfolk Bygg AB:s anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 71664

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Strängnäs kommun (myndigheten) upphandlar en tjänst för nybyggnad av idrottshall samt isbana med tak i Mariefred. Grund för tilldelning av kontraktet är det anbud som tydligt visar att samtliga krav som ställs i upphandlingen kommer att uppfyllas och som erbjuder ”det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet” enligt utvärderingsmodellen pris 55 procent och kvalitet 45 procent.

Myndigheten har i tilldelningsbeslut den 14 oktober 2011 funnit att Ellfolk Bygg AB (Ellfolk) lämnat det mest fördelaktiga anbudet och därmed tilldelades det företaget kontraktet. Av beslutet framgår vidare att Fastec Sverige AB (bolaget) rankades som nummer två.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs utan anbudet från Ellfolk. I andra hand yrkar bolaget – om och endast om förvaltningsrätten inte bifaller bolagets första yrkande – att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Myndigheten motsätter sig bolagets yrkanden.

Förvaltningsrätten har gett Ellfolk tillfälle att yttra sig över bolagets ansökan och parternas fortsatta skriftväxling. Ellfolk uppger bl.a. att deras anbud inte avviker från anbudsfrågan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Myndigheten har utvärderat anbudet från Ellfolk trots att det varit orent, d.v.s. inte motsvarat vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Det strider mot likabehandlingsprincipen att anta ett orent anbud. Bristen har

medfört skada eller risk för skada för bolaget, eftersom bolaget hade den näst högsta anbudspoängen efter Ellfolk och således skulle ha vunnit upphandlingen vid en korrekt utvärdering utan Ellfolks anbud.

Upphandlingen avser en s.k. totalentreprenad. Utmärkande för en totalentreprenad är att det i entreprenörens åtagande inte endast ingår att fysiskt utföra kontraksarbetena utan också att utföra s.k. projektering, dvs. upprätta de ritningar och beskrivningar enligt vilka arbetena skall utföras. Resultatet av projekteringen, d.v.s. de fysiska arbeten som redovisas på ritningar och i beskrivningar, kallas tekniska lösningar. I en utförandeentreprenad är det den upphandlande myndigheten som i förfrågningsunderlaget tillhandahåller tekniska lösningar. I en totalentreprenad är det i huvudsak entreprenören som upprättar ritningar och beskrivningar som innehåller dessa tekniska lösningar. Detta innebär att ett förfrågningsunderlag för en totalentreprenad är annorlunda utformat jämfört med ett förfrågningsunderlag för en utförandeentreprenad. I stället för att som i ett förfrågningsunderlag för en utförandeentreprenad tillhandahålla samtliga tekniska lösningar tillhandahåller den upphandlande myndigheten s.k. funktionskrav, som entreprenören ska upprätthålla vid sin projektering.

I handlingen "Rambeskrivning Mark och Hus 2011-07-04", som är en del av förfrågningsunderlaget enligt punkt AFB.22 i de administrativa föreskrifterna för upphandlingen, framgår de funktionskrav som myndigheten kräver i den upphandlade entreprenaden. Under punkten 01.S på sidan 3 av 28 i den av myndighetens konsulter upprättade Rambeskrivningen, anges under rubriken "KRAVSTÄLLANDE" de grundläggande funktionskrav som respektive anbud ska innehålla. Myndigheten har under denna punkt utöver allmänna kvalitetskrav angivit vilka miljökrav som ska gälla samt vad kraven ska innehålla vad avser radon, fukt, ljud, tillgänglighet, toleranser och brandkrav.

I Ellfolks anbud ingår i stället en handling benämnd "Beskrivning mark och hus för totalentreprenad" daterad 2011-09-25. Beskrivningen hänvisas till som bilaga 5 till Ellfolks anbudsformulär. Denna - som ligger till grund för bolagets anbudssumma - avviker på väsentliga punkter från förfrågningsunderlaget. För det första har ordet "KRAVSTÄLLANDE" tagits bort under punkten 01.S i Ellfolks beskrivning. De funktionskrav som angivits under denna punkt gäller sålunda inte som krav enligt detta anbud. Den första rubriken under punkt 01.S, som i myndighetens Rambeskrivning är benämnd "Allmänna kvalitetskrav", kallas i stället "Beskrivning av kvalitetsnormer". Syftet med den i anbudet gjorda ändringen av rubriken kan inte förstås som något annat än att ändra de absoluta allmänna kvalitetskrav som den upphandlande myndigheten har ställt upp i förfrågningsunderlaget. Än mer anmärkningsvärt är att Ellfolk har ändrat lydelsen av texten under avsnittets sista mening genom att ta bort ett skall-krav. I stället för lydelsen i förfrågningsunderlaget "Som lägsta krav på produktionsresultat skall gälla de i AMA angivna för aktuellt arbete om inte annat anges" har Ellfolk Bygg AB i sitt anbud angivit "Som lägsta krav på produktionsresultat gäller de i AMA angivna för aktuellt arbete om inte annat anges".

Rättsföljden vid avvikelse från lägsta krav på produktionsresultat enligt AMA med den lydelse som finns i förfrågningsunderlaget är att en avvikelse strider mot ett angivet skall-krav i förfrågningsunderlaget. Skrivningen "om inte annat anges" tar tydligt sikte på den upphandlande myndighetens krav i förfrågningsunderlaget. Endast när något annat anges i förfrågningsunderlaget får undantag från skall-kravet göras. Anges något annat i anbudet är det sålunda en avvikelse från ett tydligt skall-krav i förfrågningsunderlaget. Rättsföljden av den andra lydelsen, den som framgår av Ellfolks anbud, är vid avvikelse däremot en annan. Bolaget kan inte se något annat syfte med ändringen än att Ellfolk vill försäkra sig om att för det fall Ellfolk i anbudet har angivit något annat än lägsta standard enligt

AMA för visst produktionsresultat, strider denna avvikelse inte mot något skall-krav, utan endast mot en "Beskrivning av kvalitets normer" som genom Ellfolks ändring inte längre är skall-krav. I denna del gäller sålunda helt andra krav för Ellfolks anbud.

I den beskrivning som Ellfolk har upprättat i sitt anbud framgår av sidan 4 inte något om kraven avseende fukt, ljud och tillgänglighet. Ellfolk har helt enkelt strukit dessa grundläggande skall-krav som i förfrågningsunderlaget anges under rubriken KRAVSTÄLLANDE", vilken Ellfolk också tagit bort i sitt anbud. Utöver att helt ta bort dessa tre väsentliga funktionskrav har Ellfolk i sitt anbud, på sidan 4 i Beskrivningen, på motsvarande sätt som vad gäller "Allmänna kvalitetskrav" under rubriken "Toleranser" ändrat texten från "*Toleranskrav ... skall gälla för i entreprenaden ingående material/utförande*" till "*Toleranskrav ... gäller för i entreprenaden ingående material/utförande*". Inte heller denna ändring kan ses som något annat än att ändra, eller snarare ta bort, de tydliga skall-krav som myndigheten har satt upp i förfrågningsunderlaget.

I förevarande fall föreligger ostridigt en avvikelse mellan infordran av anbud och Ellfolks anbud. Normalt upptäcks inte sådana avvikelser innan avtal tecknas. Det föreligger då en s.k. dold dissens. I detta fall är det emellertid inte fråga om någon dold dissens. Ellfolks anbud kan inte accepteras i sin helhet av myndigheten, eftersom det inte är i överensstämmelse med anbudsinfordran. Antar myndigheten anbudet är det fråga om en oren accept.

Av 1 kap 1 § ABT 06 framgår att kontraktsarbetenas omfattning bestäms av innehållet i kontraktshandlingarna. Det betyder att endast det som framgår av det skriftliga avtalet och dess bilagor utgör avtalsinnehåll. Det skriftliga avtalsinnehållet blir i detta fall inte konformt, eftersom det ostri-

dig föreligger motstridigheter i texterna och det i avtalet byggs in en dissens som inte är dold.

Sammanfattningsvis innebär dessa väsentliga skillnader som föreligger mellan Ellfolks anbud och förfrågningsunderlaget att anbudet är orent. Av utvärderingen framgår att Ellfolk fick 95,0 poäng totalt för pris och genomförande. Bolaget fick 92,4 poäng, vilket var näst högst. Om utvärderingen skett korrekt, d.v.s. utan Ellfolks anbud, hade bolagets anbud vunnit. Det är således uppenbart att den påtalade bristen lett till skada för bolaget.

Myndigheten

Samtliga grunder som bolaget åberopar i sin ansökan om överprövning är felaktiga och bestrids. I aktuellt mål har den vinnande leverantören i sitt anbudsformulär under punkten A angivit att deras anbud avser samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Dessutom framgår under punkten C att Ellfolks anbud inte innehåller någon typ av reservation. Det framgår följaktligen klart och tydligt att Ellfolks anbud uppfyller samtliga efterfrågade obligatoriska krav. Dessutom har Ellfolk vid ett avstämningsmöte med myndigheten den 14 oktober 2011 bekräftat att dokumentationen i deras anbud inte avviker från förfrågningsunderlaget. Även om det kan anses på visst sätt beklagligt att Ellfolks "Beskrivning mark och hus för totalentreprenad", daterad den 25 september 2011, till en del avviker från förfrågningsunderlagets "Rambeskrivning mark och hus för totalentreprenad", daterad den 4 juli 2011, så avser olikheterna endast ren text. Innebörden av anbudsutformningen är att granskningen av Ellfolks anbud har tagit myndigheten längre tid att genomföra än vad som hade varit fallet om anbudet i sin helhet följt strukturen i rambeskrivningen. Betydelsen av förändringarna medför dock på intet sätt att de ställda obligatoriska kraven inte uppfylls.

Myndigheten vill tydliggöra att den aktuella upphandlingen tvärtemot vad bolaget gör gällande innehåller både funktionskrav och tekniska lösningar. Exempel på tekniska lösningar är bl.a. utförandet av ispist, punkten 15.S, samt utförandet av klinkerbeläggning av golv på punkten 44.BB i rambeskrivningen. Dessutom framgår kraven i upphandlingen av hela förfrågningsunderlaget, inte enbart under punkten 01.S Kravställande i rambeskrivningen. De rådande textavvikelserna syftar omöjligen till att ändra allmänna kvalitetskrav, utan tvärtom har Ellfolk med sin skrivning tydliggjort vilka krav som åligger dem till följd av myndighetens ställda krav. Att Ellfolks beskrivning är en svarsbilaga framgår tydligt även p.g.a. den omständighet att de använt orden "Beskrivning" istället för "Kravställande" samt "gäller" istället för "skall gälla" under punkten 01.S, första stycket samt fjärde stycket i deras beskrivning av hur de uppfyller kraven för mark och hus för totalentreprenad. Formuleringarna visar på acceptans av de ställda kraven, d.v.s. Ellfolk godtar samtliga krav som myndigheten ställer för arbetet med totalentreprenaden. Att Ellfolks bilaga saknar text avseende miljökraven gällande radon, fukt, ljud, och tillgänglighet under punkt 01.S föranleder ingen annan bedömning. Att kraven inte omnämns av Ellfolk innebär inte att de strukits eller att de saknar betydelse för dem i upphandlingen, eftersom det i deras anbud tydligt framgår att de uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. Därtill framgår av 1 kap. 3 § st. 2 ABT 06 att "vid motstridigheter mellan funktionskrav i förfrågningsunderlag och redovisad funktion eller teknisk lösning i anbudshandlingen skall dock funktionskravet i förfrågningsunderlaget gälla före uppgifterna i anbudshandlingen". Detta tydliggör att samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget gäller för Ellfolk. Att ABT 06 är en del av förfrågningsunderlaget framgår av Administrativa föreskrifter punkten AFB.22.

Ellfolks anbud medför ingen annan rättsföljd än vad myndigheten reglerat i förfrågningsunderlaget. Ellfolks anbud, som till fullo avser det arbete som upphandlas, har således utvärderats på samma villkor avseende både kost-

nader samt tidsåtgång för utförande som övriga anbudsgivare i upphandlingen. Självfallet gäller AFS 2000:42 samt andra standarder som omnämns i förfrågningsunderlaget för Ellfolks slutprodukt. Av 1 kap 2 § ABT 06 framgår att olika kontraktshandlingar kompletterar varandra. Ett krav eller en utfästelse behöver således bara redovisas på ett ställe för att vara gällande. Ellfolks anbud är inte orent.

I den aktuella upphandlingen hade det inte varit proportionerligt eller lika-behandlande att diskvalificera Ellfolk som delvis använt text från rambeskrivningen i en bilaga till sitt anbud, men som på ett klart och tydligt sätt uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Myndighetens handlande i pågående upphandling är inte på något sätt i strid med LOU och unionsrätten. Bolaget lider således ingen skada..

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet 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 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har som grund för sin talan åberopat att myndigheten brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta ett orent anbud från Ellfolk.

Den upphandlande myndigheten ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dessa lika förutsättningar. I enlighet med denna princip får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådant skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om myndigheten felaktigt förlitat sig på anbudsgivarens jakande svar på frågan om den uppfyller skall-kraven. Sådant felagerande ursäktas inte om uppgiften om att ett skall-krav inte är uppfyllt blir känd först i samband med överprövningsprocessen (jfr. Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål 4904-09).

Gällande rätt får vidare anses innebära att ett anbud som är att betrakta som orent inte ska tas med i utvärderingen (se bl.a. Kammarrättens i Sundsvall dom den 29 november 2011 i mål 2520-11). Ett anbud som innehåller förbehåll eller villkor är att betrakta som orent (se Kammarrättens i Jönköping dom den 30 september 2008 i mål 68-08). Begränsande anteckningar i ett lämnat anbud har betraktats som en sådan inskränkning eller reservation som medfört att förfrågningsunderlaget frångåtts och att den upphandlande myndigheten därigenom saknat möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan de avgivna anbuden. Det har därför ansetts att anbudet inte borde ha tagits med i utvärderingen. (se Kammarrättens i Jönköping dom den 14 april 2011 i mål nr 3030-10).

I nu aktuell upphandling framgår av förfrågningsunderlagets administrativa bestämmelser, under punkten AFB.52, Värderingsgrunder vid anbudsprövning, att myndigheten kommer att anta anbud av kvalificerad anbudsgivare som tydligt visar att samtliga krav som ställs i upphandlingen kommer att uppfyllas och som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av Ellfolks anbud framgår dels på anbudets första sida att anbudsgivaren erbjuder sig att utföra den efterfrågade entreprenaden i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget, dels av sista sidan att man under rubriken Bilagor hänvisar till övriga anbudshandlingar. De bilagor som Ellfolk fogat till sitt anbud ingår således som en del i dess anbud.

En av Ellfolks bilagor, "Beskrivning av mark och hus för totalentreprenad", är till sitt utseende och sin uppställning mycket lik myndighetens förfrågningshandling benämnd "Rambeskrivning mark och hus för totalentreprenad". Ellfolks bilaga avviker dock från denna handling genom att vissa delar i den har uteslutits och Ellfolk har, utöver egna kommentarer, också omformulerat några textavsnitt. Dessa delar omfattar skall-krav i upphandlingen. Fråga i målet är om detta innebär att anbudet är orent.

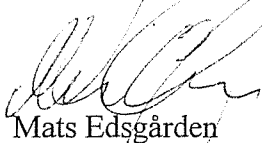
Ellfolk har i sitt anbud angett att det erbjuder sig att utföra entreprenaden i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och strukit över raderna där en eventuell precisering eller reservation ska anges. Ellfolk har dock inte i sitt anbud förklarat varför den bilagt en till viss del modifierad beskrivning av tjänsten eller på något sätt tydliggjort att anbudsbilagan avviker från myndighetens anbudshandling. Det har, som myndighetens yttrande får förstås, funnits anledning att vid ett avstämningsmöte med Ellfolk ta upp frågan om dess anbud överensstämmer med förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan Ellfolks anbud därmed inte sägas tydligt visa att samtliga krav som ställs i upphandlingen kommer att uppfyllas, vilket anges som en värderingsgrund i de administrativa föreskrifterna (AFB.52).

Förvaltningsrätten bedömer att Ellfolk genom att till sitt anbud bifoga en handling som avviker från förfrågningsunderlaget på det sätt som nu skett i realiteten inte reservationslöst godtagit vad myndigheten angett ska gälla för den upphandlade tjänsten. Ellfolk får istället anses ha lämnat ett anbud som utesluter vissa av de skall-krav som ingår i upphandlingen. Anbudet överensstämmer således inte med förfrågningsunderlaget. Anbudet får därför anses utgöra ett orent anbud och borde följaktligen inte ha utvärderats. Myndigheten har därmed frångått likabehandlingsprincipen och det får anses utrett att detta lett till skada för bolaget. Det finns därför grund för att

besluta om rättelse, som ska ske på så sätt att en ny utvärdering ska göras med bortseende från det anbud som Ellfolk lämnat.

Eftersom förvaltningsrätten nu bifaller bolagets förstahandsyrkande, och med hänsyn till hur bolaget utformat sin talan, ska rätten inte göra någon ytterligare prövning i målet.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.



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 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 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 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 3109/1D LOU