

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-12-17
Meddelad i
Stockholm

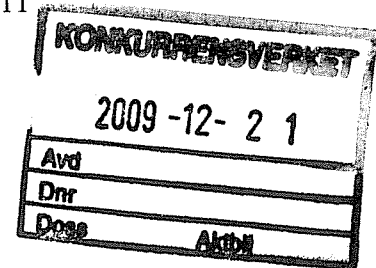
Mål nr
20730-09
Enhet 12

SÖKANDE

Marcus Wilhelmsson med firma MPP Environmental, 641231-2511
Truckgatan 10
442 40 Kungälv

MOTPART

Försvarets Materielverk
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår MPP Environmental's ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 12 oktober 2009.

Dok.Id 476527

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en öppen upphandling avseende transporttank IBC 1000L. Av tilldelningsbeslut, daterat den 2 oktober 2009, framgår att FMV har beslutat att anta anbud från Finncont Oy.

MPP Environmental (MPP) ansöker hos länsrätten om överprövning och yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning upphäver FMV:s tilldelningsbeslut och ålägger FMV att rätta upphandlingen på så sätt att MPP tilldelas kontraktet.

FMV bestrider bifall till ansökan.

Länsrätten har i beslut den 12 oktober 2009 beslutat att FMV tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

UTVECKLANDE AV TALAN

MPP anför i huvudsak följande. FMV har gjort ett flertal fel vid anbudsutvärderingen. Vinnande anbudsgivare uppfyller inte samtliga skallkrav. MPP undersökte inför anbudsgivning ett flertal tankar och pumpar för att se vilka som kunde ingå i anbudet och uppfylla samtliga skallkrav. En av de pumpar som undersöktes var den pump som vinnande anbudsgivare offererat i sitt anbud. MPP konstaterade emellertid att denna pump inte uppfyllde samtliga skallkrav i förfrågningsunderlaget och ansåg sig därför tvungna att offerera en annan dyrare pump. Om MPP hade vetat om att vinnande anbudsgivares offererade pump skulle godkännas av FMV hade MPP kunnat offerera samma pump till ett mycket lägre pris. Genom att kvalificera vinnande anbudsgivares anbud för utvärdering har FMV *frångått ett flertal skallkrav i förfrågningsunderlaget*, vilket står i strid mot

likabehandlingsprincipen och LOU. Nedan följer en sammanfattning av de krav som vinnande anbudsgivares tank inte uppfyller:

- I skallkrav S: 7 anges att transporttanken ska baseras på existerande lösningar kända som COTS = hyllvara. Vinnande anbudsgivare har ingen "hyllvara" som uppfyller FMV:s kravspecifikation. Att ta fram en ny produkt kan inte anses som COTS. Beträffande skallkravet i S: 7 framgår vidare inte att vinnande anbudsgivares tankalternativ uppfyller kravspecifikationen enligt "COTS", speciellt rörande punkterna B: 2, S: 23, B: 3 och B: 5.
- I skallkrav S: 23 anges att tanken ska vara utrustad med "fork tunnels" från alla fyra sidor, vilket den av MPP offererade tanken har som standard. Vinnande anbudsgivares offererade tank har endast gaffelbyglar.
- På den tank som vinnande anbudsgivare offererat finns ett sidoskåp som är påhängt utanpå tanken. Detta innebär att viktfördelningen kommer att förskjutas från centrum vilket enligt skallkravet i S: 23 inte får ske.
- I skallkrav S: 14 anges att tanken ska vara utrustad med gaffeltunnlar, vilket inte vinnande anbudsgivares offererade tank har.
- I vinnande anbud nämns "Electricitypump Piusi Bipump". Denna pump är inte lämplig för KEROSENE, vilket tydligt framgår av tillverkarens datablad, och kapaciteten är för låg för att kunna ge 60 liter/minut. I skallkravet S: 17 nämns en 24 V elektrisk pump. MPP har offererat en pumplösning som uppfyller kraven till alla delar.
- I punkterna S: 72 och S: 74 ställs höga kvalitetskrav på tank samt utrustning. FMV kräver att tanken ska kunna användas kontinuerligt 24 timmar/dygn, 365 dagar om året. Detta innebär att pumpen ska klara att pumpa ca 2000 liter/dygn x 365 dagar = 730 000 liter år. Detta är inte "Piusi Bipump" konstruerad att klara.

MPP har vidare anfört att MPP:s anbud inte bedömts korrekt beträffande *börkravet i B:5*. Kravet kan enkelt uppnås med ett extra gångjärn på luckan för pumpskaftet. – FMV har vid uträkningen av MPP:s anbud summerat priset för offererade tankar med pris för *utbildning*. Att detta skulle ske framgår inte av förfrågningsunderlaget. Beträffande utbildning så har vinnande anbudsgivare angett att man kan tillhandahålla utbildning vid eventuell förfrågan, inte vad det kommer att kosta. Av förfrågan framgår inte var utbildningen ska ske och hur många som ska delta, endast max antal timmar. Det är osannolikt att vinnande anbudsgivare har inkluderat detta i priset. MPP ifrågasätter därmed FMV:s agerande när man vid sin utvärdering av MPP:s anbudspris lagt till den i anbudet angivna kostnaden för utbildningen inför jämförelse med vinnande anbud. FMV har vidare i sin uträkning av MPP:s kostnad utgått ifrån att man kommer att ta i anspråk maximalt antal timmar, något man inte kan veta i nuläget. – FMV har en skyldighet att kontrollera om de offererade produkterna verkligen uppfyller kraven som har angetts. Vinnande anbudsgivare har gjort en bindande uttåtelse om att skallkraven uppfylls samtidigt som man skriftligen i offer-ten offererar en pump som inte uppfyller kraven samt en tanklösning enligt inlämnad “Principal Solution” som inte är utrustad med gaffeltunnlar, vilket klart och tydlig krävs enligt kravspecifikationen. – Genom FMV:s åsidosättande av LOU kan MPP komma att lida skada då man vid en korrekt utförd upphandling hade erhållit kontraktet. MPP:s anbudspris är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid en korrekt utvärdering hade MPP:s anbud fått högre poäng och vinnande anbudsgivares anbud hade inte kvalificerats för utvärdering.

FMV anför bl.a. följande. FMV har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och därmed har MPP inte lidit, eller kan komma att lida, någon skada till följd av FMV:s agerande. – Vilka produkter MPP väljer att offerera är MPP:s beslut. FMV kan inte gärna lastas för MPP:s affärsmässiga överväganden inför en upphandling. – FMV väljer att kommentera skallkraven

samlat eftersom de alla rör samma bakomliggande princip för prövning av kravuppfyllnad. FMV efterfrågar i upphandlingen transporttankar för transport och förvaring av bränsle. Av FMV:s förfrågningsunderlag framgår vilka krav man ställer på transporttankarna för att FMV:s behov ska tillgodoses. Kraven är indelade i skallkrav och börkrav. Av skallkravet S: 7 framgår att den offererade transporttanken ska baseras på befintliga lösningar. Det betyder att offererade transporttankar ska utgå ifrån redan existerande lösningar. FMV vill således inte att en anbudsgivare ska offerera utveckling av en helt ny transporttank. En anbudsgivare är emellertid oförhindrad att vid behov modifiera existerande lösningar för att möta FMV:s kravbild. – Av kravspecifikationen framgår vilka krav FMV ställer på produkten. Kraven har ställts i form av tekniska funktionskrav. Av det följer att FMV efterfrågar en funktionalitet och att valet av enskilda komponenter är av underordnad betydelse. Anbudsgivaren ska i sitt anbud ta ställning till om dessa funktionskrav kan uppfyllas eller inte. – Vid anbudsprövningen kontrollerar den upphandlande myndigheten om de uppgifter som lämnas i anbudet innebär att kravet är uppfyllt eller ej. Den upphandlande myndigheten har emellertid ingen skyldighet enligt LOU eller rättspraxis att, såvida inte anbudsgivarens uppgifter framstår som uppenbart oriktiga, kontrollera att de bakomliggande uppgifter som ligger till grund för anbudsgivarens ställningstagande i sig är riktiga. Förekomsten av en sådan skyldighet skulle för övrigt leda till orimliga konsekvenser och försvåra möjligheterna att genomföra upphandling. FMV har mot bakgrund av uppgifterna i vinnande anbud, utfästelser och de principskisser som medföljde anbudet haft att utgå från att uppgifterna är riktiga och inte funnit skäl att ifrågasätta dessa. Vinnande anbudsgivare har därmed gjort en bindande utfästelse gentemot FMV. Skulle det under avtalets fullgörande visa sig att transporttankarna inte uppfyller kraven i kravspecifikationen gör sig leverantören skyldig till avtalsbrott. FMV har gjort bedömningen att lösningen är rimlig och uppfyller samtliga skallkrav. FMV hävdar således att prövningen av om vinnande anbudsgivare uppfyller skallkraven har skett i enlighet med

LOU. – Det står klart att MPP inte uppfyllt börkravet i B: 5. Upplyningsvis kan nämnas att vinnande anbudsgivare bara delvis uppfyllt börkravet i B: 5. I enlighet med likabehandlingsprincipen har FMV behandlat MPP och vinnande anbudsgivare på samma sätt i denna del. – I punkten 6 i förfrågningsunderlaget förekommer två skallkrav. Leverantören ska på begäran hålla dels en användarkurs och dels en teknisk kurs för Förvarsmaktens personal. MPP har valt att inte inkludera utbildning i grundpriset utan offererar detta separat. Vinnande anbudsgivare har istället valt att ange ett totalpris för hela sitt åtagande, inklusive utbildning. För att jämföra anbudsgivarnas priser har FMV i enlighet med likabehandlingsprincipen summerat MPP:s offererade grundpris med pris för utbildningen.

FMV har vidare anfört att det av punkten 10 "Award of Contract" i anbudsinfördran framgår hur anbudet kommer att utvärderas. I sista stycket anges att om två anbud får samma utvärderingspoäng så kommer det anbud som har det lägsta priset att tilldelas kontraktet. I förevarande fall har vinnande anbudsgivare och MPP erhållit samma utvärderingspoäng. Detta innebär att priset blir utslagsgivande. Av utvärderingsmatrisen framgår tydligt att vinnande anbudsgivare har offererat det lägre priset. Det kan noteras att resultatet blir detsamma även om MPP:s pris för utbildning inte räknas med. MPP kan därför omöjligen lida skada p.g.a. denna grund. – FMV har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LOU. MPP har inte visat vilken eller vilka principer som FMV har brutit mot eller på vilket sätt detta i så fall skulle ha skett. Till följd härav bestrider FMV att MPP har lidit eller kan komma att lida skada till följd av FMV:s genomförande av upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför lämnas utan bifall.

MPP har tillagt: Angående börkravet i B: 5 så har MPP uppgett i en kommentar att det är möjligt att ändra konstruktionen av luckorna för att kunna

använda tanken när den är staplad om så krävs. När FMV uppger att en anbudsgivare är oförhindrad att vid behov modifiera sina lösningar talar man därmed emot sig själv. – Vinnande anbudsgivare har i sitt anbud förpliktigt sig att leverera transporttankar i enlighet med de krav som ställts. Samtidigt framgår det tydligt i anbudet att man avser att bestycka tankarna med en pumplösning som enligt pumptillverkarens eget datablad inte är anpassad för de vätskor FMV ämnar hantera. Det framgår vidare att offererad tank inte är utrustad med de gaffeltunnlar som FMV efterfrågat i sin kravspecifikation. Uppgifterna i vinnande anbud är således uppenbart oriktiga. En upphandlande myndighet kan inte hävda att avvikelser från kravspecifikationen ska kunna godkännas vid upphandlingen och sedan hantearas som avtalsbrott under avtalstiden, detta strider mot LOU. – Angående FMV:s konstaterande att vinnande anbudsgivares pris blir lägre även om pris för utbildning exkluderas måste beaktas att om MPP hade offererat samma pumplösning som vinnande anbudsgivare så hade MPP:s anbud blivit billigare även med utbildning inkluderad.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av FMV:s anbudsinfördan, daterad den 30 juni 2009, framgår bl.a. följande. Upphandlingen kommer att genomföras som en öppen upphandling vilket innebär att anbud kommer att antas utan förhandling med anbudsgivarna. Det anbud som uppfyller samtliga skallkrav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Utvärderingen kommer att genomföras i tre olika faser; Kvalificering, Utvärdering och Viktning.

I Försvarets materielverks förfrågningsunderlag anges under punkten 2.1 "General" S: 7 bl.a. följande. Transporttanken skall baseras på existerande lösningar, kända som "COTS".

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.2 "Main requirements" S: 14 bl.a. följande. Transporttanken skall vara utrustad med gaffeltunnlar. Skallkravet nämns vidare även under punkten 3.3.2. "Construction" S: 23.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.2 "Main requirements" S: 17 bl.a. följande. Tanken skall vara lämplig för tankning med handpump och en 24V elektrisk pump.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.3.2. "Construction" B: 5 bl.a. följande. Tanken bör kunna användas när den är staplad.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.9.2. "Operating Profile" S: 72 bl.a. följande. Det skall vara möjligt att använda utrustningen kontinuerligt ("about ten filling and two topping-up operations per 24 hours").

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.9.3. "Reliability" S: 74 bl.a. följande. Det skall vara möjligt att använda tanken kontinuerligt under 365 dagar per år, med uppehåll för dagligt och speciellt underhåll.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 6. ”Training” S: 129 och S: 130 att leverantören skall tillhandahålla utbildning.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Lika-behandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i länsrätten utgör 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. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer måste ställas relativt högt.

Länsrättens uppgift är således inte att göra en ny utvärdering utan att pröva om det på grundval av de grunder som sökanden anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

MPP har anfört att FMV har brutit mot likabehandlingsprincipen och LOU när man kvalificerat vinnande anbud för utvärdering trots att anbudet, en-

ligt MPP, inte uppfyller vissa närmare av MPP preciserade skallkrav i förfrågningsunderlaget.

FMV å sin sida har anfört att det företag som vunnit i anbudet angett att alla skallkrav varit uppfyllda och att FMV utgår och utgått från detta vid antagandet av anbudet.

MPP's kritik av FMVs upphandling grundar sig på att MPP gör en annan bedömning av vinnande anbud än den FMV gjort. Att MPP har en annan uppfattning än FMV om den vinnande produkten innebär inte att FMV vid upphandlingen genom att godta uppgifter från vinnande leverantör brutit mot någon bestämmelse i LOU vid utvärderingen av vinnande anbud i kvalificeringsfasen. Det finns således inget skäl att ingripa mot upphandlingen av detta skäl.

MPP har vidare anfört att FMV gjort en felaktig utvärdering av MPP:s anbud avseende det i förfrågningsunderlaget angivna börkravet B: 5, att tankarna ska kunna användas även när de är staplade. FMV har mot detta invänt att MPP:s anbud inte innehåller ett åtagande som gör att MPP uppfyller ifrågavarande börkrav.

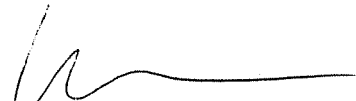
Länsrätten finner inte på grund av vad MPP anfört i denna del att FMV vid utvärdering av börkravet i B: 5 brutit mot någon bestämmelse i LOU.

MPP har slutligen anfört att FMV brutit mot LOU när man summerat MPP:s pris för offererade tankar med pris för utbildning. Länsrätten konstaterar att fråga om att tillhandahålla utbildningar utgör skallkrav enligt punkten 6 i förfrågningsunderlaget (S: 129 och S: 130). Att MPP valt att offerera pris för utbildning separat och att FMV summerat MPP:s pris för offererade tankar med pris för utbildning strider inte mot LOU. Det är så-

ledes inte heller på denna grund visat att FMV brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att vad MPP anfört inte ger stöd för att den aktuella upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de för all upphandling grundläggande EG-rättsliga principerna på sådant sätt att MPP lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Inger Söderholm

chefsrådman

Föredragande har varit Magnus Johansson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.