



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Olle Molin

**DOM**  
2011-11-21  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
4639-11 E  
Domare 1:2

**SÖKANDE**

AGA Gas AB (AGA), 556069-8119

Ombud: Advokaten Malin Wallin  
MAQS Law Firm Advokatbyrå  
Box 7009  
103 86 Stockholm

**MOTPART**

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590  
Box 1713  
501 17 Borås

**ÖVRIG PART**

GASNOR AS (GASNOR)  
Postboks 63  
4299 Avaldsnes  
Norge

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-11-22	
Avd	
Dnr	
Dass	Aktbil

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på det sätt att rätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från GASNOR.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borås Energi och Miljö AB (BEM) har i tilldelningsbeslut den 5 september 2011 gällande flytande fordonsbränsle meddelat att avtal kommer att ingås med GASNOR.

AGA yrkar i ansökan om överprövning i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits på

Dok.Id 48245

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Östra Storgatan 33 A	<b>Telefon</b> 036-15 65 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	--------------------------------	---

så sätt att AGA, vid ny och korrekt bedömning eller utvärdering av anbud, tilldelas kontraktet i upphandlingen och i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sina yrkanden anför AGA i huvudsak följande. BEM:s utvärdering av anbudet har varit felaktig, eftersom GASNOR:s anbud innehåller sådana reservationer att samtliga ska-krav som framgår av förfrågningsunderlaget inte kan anses uppfyllda. GASNOR borde rätteligen ha uteslutits ur upphandlingen utan att bli föremål för anbudsutvärdering varvid AGA skulle ha tilldelats kontraktet. Om BEM har lagt andra uppgifter till grund för sin utvärdering av GASNOR:s anbud än som framgår av själva anbudet, har dessa uppgifter utgjort otillåtna kompletteringar varvid BEM brutit mot 15 kap. 12 § LUF och principen om likabehandling. Även om förvaltningsrätten skulle finna att GASNOR har uppfyllt ställda ska-krav, gör AGA gällande att utvärderingen av anbudet inte har skett på ett korrekt sätt. Istället för den utvärderingsmodell som anges i förfrågningsunderlaget har BEM utvärderat anbudsgivarna efter ”lägsta pris”. Någon betygsättning och viktning har inte skett, vilket strider mot principen om transparens. I den mån BEM överhuvudtaget kan anses ha utvärderat anbudet enligt förfrågningsunderlaget har andra uppgifter än de som framgår av GASNOR:s anbud lagts till grund för utvärderingen. GASNOR har inte uppgett leveranstid och borde därför inte ha tilldelats något poäng på detta utvärderingskriterium. Även med beaktande av viktningen borde således utvärderingen ha utfallit till AGA:s fördel. Istället har BEM felaktigt bedömt anbudet som likvärdiga vilket strider mot principen om likabehandling. Vid den prisförhandling som skett med anbudsgivarna har BEM brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Anbudsgivare har inte beretts samma möjligheter att justera sina anbud och det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse hur förhandlingen skulle genomföras. I den mån BEM:s prisförhandling skulle anses uppfylla kraven på likabehandling har likväl GASNOR:s pris värderats felaktigt, eftersom BEM inte har beaktat samtliga kostnader. BEM har dessutom brutit mot anbudssekretessen.

Att AGA inte har tilldelats kontraktet i upphandlingen innebär att de lider och kommer att lida skada.

BEM medger bifall till AGA:s ansökan om överprövning.

GASNOR har getts tillfälle att yttra sig och anför bl.a. följande. Deras anbud baserar sig på BEM:s förfrågningsunderlag vilket de specificerar under punkten ”1. Bakgrund” i sitt anbud. AGA påstår att det inte står klart att deras anbud är giltigt i 60 dagar och att detta är en reservation mot skakraven. Genom punkten 1 i sitt anbud har de tydligt bekräftat att de ”påtar sig att leverera naturgas (LNG) enligt BEM:s övergripande behovet av naturgas som ligger inom ramen för denna upphandling”. Detta innebär att de åtar sig ett leveransansvar och att BEM därigenom har ett rättsligt krav gentemot dem. De anser inte det vara nödvändigt att ange ett detaljerat svar för varje punkt i förfrågningsunderlaget så länge det inte finns några tvivel om att de har accepterat och förpliktat sig att leverera avtalad volym LNG utifrån de förutsättningar som BEM fastslagit. Det är därmed klarlagt att deras anbud gäller i de aktuella 60 dagarna och att de accepterar BEM:s krav avseende leveranstid. Vad gäller betalningstiden så överensstämmer deras faktureringsrutiner med de BEM har uppställt i sitt förfrågningsunderlag och de har inte framfört några reservationer i den delen. AGA har däremot angett att debitering av LNG och transport ska ske efter varje fyllning vilket möjligen kan ses som en reservation. GASNOR har accepterat BEM:s krav på hur en eventuell tvist ska lösas utan reservationer och dessutom hänvisar AGA endast till punkten tre i deras offert som gäller mätmetoder. I den punkten har de klart och tydligt angett att tvister angående levererade mängder ska lösas mellan parterna och om detta inte leder till en lösning ska en tredje part involveras. De har här hänvisat till DNV som en möjlig neutral expert på området. De klagöranden som BEM har avkrävt dem för att tydliggöra deras anbud kan inte på något vis sägas vara en komplettering av deras anbud. Det har endast rört sig om mindre detaljer

och kan inte under några omständigheter ha skett till nackdel för AGA. Bägge parter har haft anledning att ha möten med BEM för klargörande av anbud. När det gäller utvärderingsmodellen så tolkar de det som att BEM har fastställt att bägge parterna uppfyller leveranskravet och att de därför får samma poäng vilket medför att priset blir avgörande. När det gäller likabehandlingsprincipen vid budgivningen så framgår det att det är AGA som har föreslagit att det skulle bli en sista budgivningsrunda inte BEM. Om inte AGA hade föreslagit att det skulle ske en sista budgivningsrunda hade de haft samma möjlighet att gå ned i pris steg för steg. Om någon diskriminering skett har alltså AGA förorsakat denna. Som motkrav till de påståenden som AGA har anfört vill de ifrågasätta om AGA kan uppfylla de produktkrav som anges i förfrågningsunderlaget och kräver att detta klargörs. Produktkravet är en väsentlig punkt i förfrågningsunderlaget och de anser att AGA:s anbud ska uteslutas eftersom det erbjuder en annan produkt än den begärda.

AGA har därefter yttrat sig och anför bl.a. följande. GASNOR har i sitt yttrande hänvisat till att de under punkten 1 i sitt anbud angett att "GASNOR påtar sig att leverera naturgas (LNG) enligt BEM:s övergripande behovet av naturgas som ligger inom ramen för denna upphandling". AGA vidhåller att detta uttalande är alltför allmänt hållet för att ensamt läggas till grund för ett antagande att GASNOR uppfyller de i målet aktuella ska-kraven. Uttalandet avser endast en utfästelse att leverera enligt BEM:s behov och täcker därför inte som sådant in ska-kraven avseende anbudets giltighet, betalningstid, tvistlösningsmodell eller leveranstid. GASNOR har dessutom, i andra delar av anbudet, lämnat uppgifter som indikerar att ska-kraven inte kan anses uppfyllda. Beträffande anbudets giltighetstid kan uppmärksammas att BEM har ställt krav på att anbudet skulle vara giltiga i sex månader, inte i 60 dagar såsom GASNOR angett i sitt yttrande. I enlighet med det som har anförts kan GASNOR inte endast med hänvisning till punkten "1. Bakgrund" i anbudet anses ha uppfyllt ska-kravet beträffande anbudets giltighetstid. Beträffande

GASNOR:s påstående att AGA i sitt anbud har fört in reservationer avseende betalningstiden vill de göra följande förtydligande. Av punkterna 2.4.1 -- 2.4.2 i deras anbud framgår att debitering ska ske en gång per månad baserat på den mängd gas som enligt upprättade leveranssedlar har fyllts i stationen och att betalningstiden är 30 dagar netto. Detta motsvarar såsom GASNOR själv har konstaterat BEM:s ska-krav. Att man i punkt 2.6.1 -- 2.6.2 har angett att debitering ska ske efter varje fyllning av tanken i Borås syftar endast till att fastställa hur faktureringsunderlaget tas fram. Efter varje fyllning registreras således volym och den kostnad som BEM ska betala enligt leveranssedel men fakturering sker endast en gång per månad. Att GASNOR i sitt anbud har angett att betalning ska ske 30 dagar efter fullgjord och godkänd leverans strider däremot mot de ska-krav som BEM uppställt. Att GASNOR därutöver inte har bekräftat månatlig fakturering innebär att det finns så stora osäkerheter kring vad som gäller för betalningstid och fakturering att GASNOR inte kan anses ha uppfyllt ska-kraven enkom med hänvisning till punkten "1. Bakgrund" i anbudet. AGA har förstått BEM:s ska-krav avseende tvistelösning som att denna avser alla tvister som uppstår med anledning av eller i anslutning till ramavtalet, dvs. även tvister avseende mätmetoder. GASNOR:s tvistelösningssmodell när det gäller mätmetoder utgör således ett tydligt avsteg från vad BEM kräver. GASNOR har inte tydligt angett att man accepterar BEM:s avtalsvillkor och krav på svensk domstol och har inte heller hävdats att deras tvistelösningssmodell skulle vara likvärdig. Under dessa förhållanden kan inte endast uttalandet under punkten "1. Bakgrund", i anbudet tas till inräkning för att GASNOR uppfyller kravet på tvistelösningssmodell. Inledningsvis kan konstateras att det vid upphandling av ramavtal inte alltid är möjligt att fastställa alla villkor redan i upphandlingsförfarandet. Det är dock avgörande att i en upphandling av förevarande slag, där förnyad konkurrensutsättning inte är aktuell, mellan parterna åtminstone fastslå vissa ramar för leveransvillkoren redan i upphandlingsförfarandet. BEM:s krav på leverans inom 72 timmar är ett sådant villkor som anbudsgivarna måste tydliggöra i sitt anbud att de uppfyller/godtar. AGA har i punkten 2.2.4 i sitt anbud angett att leve-

ranstiden uppgår till 72 timmar. Ska-kravet är således uppfyllt. AGA har dock även angett att leverans vid behov kan ske på kortare tid men att det för sådan leverans uttas ett pristillägg. Pristillägget ska inte räknas in i anbudspriset, eftersom det inte utgår något pristillägg för leverans enligt uppställt ska-krav. Att beräkna anbudspriset på annat sätt skulle strida mot förfrågningsunderlaget. GASNOR kan inte enbart genom sitt uttalande under punkten ”1 Bakgrund” i anbudet anses ha uppfyllt BEM:s ska-krav avseende leveranstid. Det kan tilläggas att leveranstid har utgjort ett utvärderingskriterium och att det faktum att GASNOR inte lämnat uppgift om leveranstid, innebär att deras anbud inte kunnat utvärderas på denna punkt. För att kunna konstatera att GASNOR har uppfyllt dessa ska-krav och för att kunna utvärdera GASNOR:s anbud måste BEM ha inhämtat en otillåten komplettering, varigenom GASNOR fått tillföra nya uppgifter till sitt anbud. AGA vidhåller att BEM inte har tillämpat den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget. Istället har BEM tillämpat en form av elektronisk auktion där anbudsgivarna inte behandlats lika och där lägsta pris varit avgörande för valet av leverantör. BEM har självständigt beslutat att inhämta slutbud, låt vara efter AGA:s förslag. Förslaget hade sin grund i att BEM inte hade någon uppfattning om hur många bud som anbudsgivarna skulle få lägga eller hur länge budgivningen skulle pågå och att det därför rådde betydande osäkerhet kring hur förhandlingarna bedrevs. Med hänsyn till det fåtal aktörer som finns på gasmarknaden har det inte varit omöjligt för anbudsgivarna att lista ut vilket bolag man budade emot. Att under dessa förhållanden lämna uppgift om lämnat anbudspris till GASNOR måste därför anses utgöra ett allvarligt brott mot anbudssekretessen. Beträffande det GASNOR har anfört avseende gasens kvalitet vill AGA anföra följande. Av andra stycket i avsnitt 1.5 ”Produktspecifikation” i förfrågningsunderlaget framgår att om flytande naturgas, LNG, offereras ska den minst ha de egenskaper som specificeras i SS 15 54 38 utgåva 1 och i offerten ska lämnas en specifikation som tydligt visar skillnaden mellan fordonsgas och flytande LNG. Såsom GASNOR har konstaterat har AGA avseende produktspecifikation hänvisat till en anbudsbilaga som utgörs

av ett produktblad. Av produktbladet framgår att den gas AGA erbjuder minst har de egenskaper som specificeras enligt SS 15 5438 utgåva 1. AGA har således uppfyllt av BEM uppställt ska-krav även i detta avseende.

Ytterligare skriftväxling har förekommit.

### DOMSKÄL

Av 16 kap. 1 § första stycket LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 5 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 5 § LUF anges bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas (ska-krav). Ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav får inte antas. För att kunna iaktta objektivitet och ickediskriminering vid anbudsutvärderingen är det nödvändigt att en upphandlande enhet inte avviker från det som krävs i förfrågningsunderlaget utan en-

dast prövar inkomna anbud utifrån de bedömningskriterier som ställts i detsamma.

Av punkt 2.3 i det aktuella förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att övriga uppgifter som har specificerats i förfrågningsunderlaget ska återfinnas i anbudet och att reservationer innebär att anbudet måste förkastas. Av punkten 2.5 framgår att anbudet ska vara giltigt i sex månader efter anbudstidens utgång. Av punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget framgår att betalning, med betalningsvillkoret 30 dagar netto, sker efter korrekt fakturas ankomst. Vidare framgår av punkten 3.12 i förfrågningsunderlaget att tvist om ramavtalet i första hand ska avgöras i förhandling mellan parterna och i andra hand med tillämnande av svensk rätt vid Tingsrätten i Borås. Av punkten 9 framgår bl.a. att en leveranstid ska anges i anbudet och att denna inte får överstiga 72 timmar.

GASNOR har under punkt 1 i sitt anbud angett att de påtar sig att leverera LNG enligt BEM:s övergripande behov av naturgas som ligger inom ramen för den aktuella upphandlingen. Av punkt 3 i GASNOR:s anbud framgår att tvist gällande mätmetoder i första hand ska lösas parterna sammellan, men att om parterna inte är eniga så ska saken behandlas av neutral myndighet. Båda parterna har därefter att väcka talan vid domstol senast sex månader efter uttalandet från den aktuella myndigheten. Anbudet anger vidare under punkten 5 att faktura ska betalas senast 30 dagar efter fullgjord och godkänd leverans.

De av GASNOR angivna villkoren under punkterna 3 och 5 kan enligt förvaltningsrättens mening inte uppfattas på annat sätt än som reservationer mot de villkor som har uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbudet innehåller inte heller några specificerade uppgifter om anbudets giltighetstid eller leveranstid. Uppgiften under punkten ”1 Bakgrund” i GASNOR:s anbud kan, mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning, inte an-



ses läka dessa brister i anbudet. GASNOR:s anbud uppfyller därmed inte de ställda ska-kraven.

Genom att anta ett anbud som på anförda skäl inte har uppfyllt samtliga i anbudsförfarandet ställda ska-krav har BEM handlat i strid med 1 kap. 24 § LUF. AGA, som kan antas ha uppfyllt samtliga ska-krav, har därigenom lidit skada. Rättelse framstår i detta fall som en tillräcklig åtgärd. Förvaltningsrätten kan dock inte sätta någon ny leverantör i stället för den som ska utslutas. Framställningen om åtgärd enligt LUF ska därför bifallas på så sätt att BEM ska göra en ny utvärdering utan beaktande av anbudet från GASNOR och meddela nytt tilldelningsbeslut. Mot bakgrund av det anförda saknas skäl att pröva de ytterligare grunder som AGA har anfört till stöd för sin ansökan om överprövning.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1D LOU).

  
Lena Schön-Barkestam

