



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-04-11
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1379-11
Enhet 2

SÖKANDE

Björks Rostfria AB, 556227-2434
Box 4
763 21 Hallstavik

Ombud:

Advokat Hugo Norlén och jur.kand Anna Lindbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2011-04-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Söderköpings kommun
614 80 Söderköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen av nybyggnad av vattenverk i Västra Husby ska göras om.

Dok.Id 43047

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 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Söderköpings kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling av en totalentreprenad avseende nybyggnad av ett vattenverk i Västra Husby. Totalentreprenaden avser mark, bygg, maskin, VS, el och styr. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt 15 kap LUF.

Fem företag inkom med anbud varav fyra uppfyllde ställda kvalificeringskrav. Genom tilldelningsbeslut den 22 februari 2011 antogs anbudet från Ingenjörfirman Ros AB (Ros AB). Björks Rostfria AB(bolaget) placerades efter utvärdering av kriterierna pris, teknisk förmåga och kapacitet som anbud nummer två.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LUF och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse skett. Rättelsen ska bestå i att Ros AB:s anbud förkastas samt att en ny utvärdering ska ske varvid bolagets anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. I andra hand yrkar bolaget att för det fall förvaltningsrätten skulle dela kommunens uppfattning att det inte av underlaget kan utläsas att kommunen uppställt vissa skall-krav avseende anläggningen ska upphandlingen ses som otydlig och icke förutsägbar och upphandlingen bör därför göras om.

Kommunen yrkar att Ros AB:s anbud ska gälla och att bolagets ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 11 mars 2011 avvisat kommunens yrkande om att avtalsspärren ska upphöra. Kommunen har i underrättelsen om tilldelningsbeslutet inte angivit någon period under vilken avtal enligt

16 kap. 6 § LUF inte får ingås. Någon avtalsspärr har därför inte börjat löpa varför någon förlängd avtalsspärr inte gäller under handläggningen.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentering

Bolaget har som skäl till ansökan anfört bl.a. följande.

Ros AB:s anbud uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen. Anbudet uppfyller inte kraven om dubbla säkerhetsbarriärer, öppet sandfilter för automatisk backspolning samt kravet om att två pumpar ska klara av att upprätthålla driften i verket. Därutöver innehåller anbudet otillåtna reservationer mot kraven i upphandlingen. Ros AB uppfyller heller inte kravet avseende anbudets giltighet. Med anledning härav skulle kommunen rätteligen förkasta Ros AB:s anbud.

I Ros AB:s anbud framgår under punkten 1 Processbeskrivning att de endast avser att använda en permanent säkerhetsbarriär, UV-ljus. De avser vidare att använda jonbrytare och filter med hydroantracit och manganpreparerad filtermassa. Sådana filtermassor utgör inte en permanent säkerhetsbarriär. Av Ros AB:s anbud går att utläsa att den föreslagna processlösningen gör det möjligt att dosera kaliumpermanganat och natriumhypoklorit före oxidations- respektive renvattentanken, samt att det finns kontrollinstrument för att mäta kloröverskottet i utgående vatten. Användningen av kaliumpermanganat- och klorrening är en säkerhetsåtgärd och utgör inte en permanent säkerhetsbarriär. Bolagets processlösning omfattar två säkerhetsbarriärer: membranfiltrering med nanofilter och UV-ljus.

Ros AB:s anbud uppfyller inte skall-kravet avseende öppet sandfilter med automatisk backspolning. De erbjuder endast två öppna filter med hydro-antracit och manganpreparerad massa.

I kravspecifikationen (punkt 2.3.1) anges att: ”Dricksvattenpumparna ska vara tre stycken parallellkopplade... distributionspumpar med erforderlig kapacitet. Två pumpar ska kunna upprätthålla driften.”. Kravet innebär att två pumpar ska klara maxförbrukningen i vattenverket. Maxförbrukningen eller peakflödet som pumparna måste klara ligger mellan 22 och 28 kubikmeter vatten per timme. Ros AB har offererat tre renvattenpumpar som var och en har en kapacitet på 9 kubikmeter vatten per timme, dvs. en total kapacitet om 27 kubikmeter. Det innebär att Ros AB möjligen klarar av att upprätthålla driften i vattenverket med tre pumpar- men inte med två, eftersom dessa endast har en totalkapacitet på 18 kubikmeter. Bolaget har offererat två pumpar som tillsammans har en kapacitet på 30 kubikmeter per timme.

I anbudsformuläret, punkt 3.8, anges att anbudsgivaren ska acceptera avtalskraven utan tillägg eller ändringar. Ros AB har i sitt anbud förutsatt att beställaren ska tillhandahålla kemikalier vid provkörning, reserverat sig mot vissa hinder i terrängen, reserverat sig för att kommunen ska avverka träd på byggområdet, reserverat sig för avfuktning av filterhallen samt reserverat sig för råvattnets kvalitet. Reservationerna är av sådan art att de indirekt påverkar det offererade priset, vilket strider mot kravet att uppge ett fast pris för entreprenaden. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, särskilt som upphandlingen utvärderas med hänsyn till bl.a. pris, och priset har ett avgörande genomslag i upphandlingen.

Sista anbudsdagen var den 13 januari 2011. Anbuderna ska vara giltiga i 90 dagar från sista anbudsdagen, dvs. till och med den 13 april 2011. Ros AB:s anbudsformulär är daterat den 12 januari 2011 medan anbudet är

formulerat den 11 januari 2011. I anbudet anges att ”Anbudet är giltigt i tre månader”. Det innebär att anbudet är giltigt i tre månader från datumet för anbudet dvs. till och med den 11 april 2011. Ros AB:s anbud uppfyller således inte kravet avseende anbudets giltighetstid.

Kommunen har agerat i strid med förfrågningsunderlaget, LUF och bakomliggande EU-rättsliga principer när de tilldelat Ros AB upphandlingen. Det följer av såväl svensk som EU-rättslig praxis att ett anbud som inte uppfyller ställda krav ska förkastas, se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings domar i mål nr 1823-05, 2554-05 och 1571-07 samt mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark och mål C 87/94 Kommissionen mot Belgien.

Kommunen har anfört bl.a. följande.

Vid genomförande av entreprenaden ska enligt AFB.22, 03 Allmänna bestämmelser ABT 06 gälla, vilket innebär att anbudsgivaren/entreprenören har full rätt att själv välja utförande på anläggningen, dock ska naturligtvis anläggningen klara den efterfrågade funktionen. Kravspecifikationen som bolaget hänvisar till är endast ett förslag från beställaren på hur anläggningen skulle kunna utföras. På sidan 4 i Programhandling / Rambeskrivning står att ”Denna handling ska ses som ett förslag på hur anläggningen kan utformas och dimensioneras. Entreprenör skall kontrollera lämnade uppgifter”. Det står således anbudsgivare fritt att själv utforma anläggningen och föreslå lämplig processlösning. Förslaget till processlösning som Ros AB lämnat uppfyller de tekniska funktionskraven för att kommunen ska kunna leverera ett godkänt dricksvatten.

Ros AB:s anbud innehåller två motsägande uppgifter. I anbudsformuläret under punkt 3.8 har de kryssat i rutan att de uppfyller och accepterar de formella krav som ställs i upphandlingen, bl.a. att de accepterar kraven i de

administrativa föreskrifterna utan tillägg eller ändringar. I bilagan Anbud/materialspecifikation har de under punkt 16 förtecknat ett antal reservationer samt även angivit att anbudet är giltigt i tre månader. För att reda ut vilken eller vilka av de motsägande uppgifterna i Ros AB:s anbud som skulle gälla kontaktade kommunen dem per telefon och begärde ett förtydligande. Ros AB meddelade att de accepterade kraven i de administrativa föreskrifterna utan tillägg eller ändringar.

Bolaget har genmält bl.a. följande.

Det synes ostridigt att Ros AB:s anbud inte innehåller permanenta säkerhetsbarriärer, filtrering genom sandfilter med automatisk backspolning eller två pumpar som kan upprätthålla driften i anläggningen. Kommunen menar dock att de inte uppställt sådana krav som skall-krav och anför att det står anbudsgivaren fritt att välja utförandet på anläggningen. Det är korrekt att det på sidan 4 i Kravspecifikationen anges att handlingen endast är ett "förslag". Detta innebär dock inte att kommunen inte uppställt vissa skall-krav. I Kravspecifikationen anges under punkten "Förfrågningsunderlag utgör ramprogram" på sid 4 att förfrågningsunderlaget skall betraktas som en ram inom vilket anbudsgivare, med hänsyn till givna förutsättningar, kvalitetsfordringar och funktionskrav, kan föreslå olika typer av lösningar och processer. På sidan 3 i Kravspecifikationen anges under punkten "Allmänna förutsättningar, orientering" att det är en förutsättning att det ska finnas två permanenta säkerhetsbarriärer. Vidare anges att "Filtrering av vattnet skall ske i öppet sandfilter med automatisk backspolning.". Under avsnittet 2.3 Maskinell utrustning i Kravspecifikationen anges att "I entreprenaden skall följande huvuddelar av utrustning ingå enligt nedan avsnitt.". Under punkten 3.4 "Övrigt", anges ånyo att det skall finnas två säkerhetsbarriärer mot mikrobiell förorening. Ordet skall finns med i samtliga angivna utdrag ur Kravspecifikationen och kan inte tolkas på annat sätt än att kommunen uppställt som krav att de uppräknade funktionerna ska

finnas med i anbudet. Det råder heller ingen tvekan om att Kravspecifikationen utgör en del av förfrågningsunderlaget. Hade kommunens avsikt varit att i Kravspecifikationen enbart ange förslag på hur anläggningen kan utformas borde de ha formulerat sig på ett annat sätt.

Det synes vidare ostridigt att Ros AB gjort vissa reservationer i sitt anbud avseende skall-krav. Kommunen menar dock att det är fråga om att Ros AB lämnat motstridiga uppgifter i anbudet och att de i efterhand förtydligat sitt anbud på så sätt att de accepterar samtliga krav i upphandlingen. Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen, dels genom att kontakta Ros AB för att be om ett förtydligande, och dels genom att tillmäta kompletteringen verkan i upphandlingen. Enligt 9 kap. 8 § LUF kan en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar fel-skrivning eller felräkning. De kan även, vilket framgår av andra stycket nämnda paragraf, begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En komplettering eller ett förtydligande får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Kommunen har agerat i strid med LUF och de bakomliggande unionsrättsliga principerna genom att tillåta att Ros AB i efterhand drar tillbaka sina reservationer. Ros AB har tillåtits komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt.

Ett grundläggande krav på ett förfrågningsunderlag är att de skall-krav som uppställs ska vara så klara och tydligt utformade att anbudsgivarna ska kunna förutse vilka uppgifter och dokument som ska presenteras i anbudet samt den innebörd som den upphandlande myndigheten tillmäter skallkraven. Alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterierna på samma sätt och den upphandlande myndigheten ska hålla sig till denna tolkning under hela förfarandet.

Utredning

Av kommunens kravspecifikation den 4 november 2010 framgår bl.a. följande.

Under rubriken 1. Allmänna förutsättningar, underrubrik 1.1 Orientering anges bl.a. att förutsättningar är att det ska finnas minst två permanenta säkerhetsbarriärer i det nya vattenverket, bland annat ska en UV-ljus barriär finnas. – Filtrering av vattnet ska ske i öppet sandfilter med automatisk backspolning.

Av underrubriken 1.2 Förfrågningsunderlag utgör ramprogram framkommer bl.a. att beställaren finner det angeläget att understryka att förfrågningsunderlaget skall betraktas som en ram inom vilket anbudsgivare, med hänsyn till givna förutsättningar, kvalitetsfordringar och funktionskrav, kan föreslå olika typer av lösningar och processer. – Denna handling skall ses som ett förslag på hur anläggningen kan utformas och dimensioneras. Entreprenör skall kontrollera lämnade uppgifter.

Under rubriken 2. Förslag till nybyggnad, underrubrik 2.3 Maskinell utrustning, framgår att i entreprenaden skall följande huvuddelar av utrustning ingå enligt nedan avsnitt. I underrubrik 2.3.1 Pumpar framkommer bl.a. att i den föreslagna processen ingår pumpar. Dricksvattenpumparna, ska vara tre stycken parallellkopplade tryck/frekvensstyrda distributionspumpar med erforderlig kapacitet. Två pumpar ska kunna upprätthålla driften. I underrubrik 2.4 Övrigt framgår bl.a. att 1. Entreprenör skall garantera att kravet enligt Livsmedelsverkets normer på ett godkänt dricksvatten uppfylls utan anmärkning, 2. Två säkerhetsbarriärer mot mikrobiell förorening.

Lagtext

Av 1 kap. 24 § LUF framgår följande. Upphandlande enheter skall 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. 5 § LUF framgår följande. 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 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.

Söderköpings kommun har genomfört en upphandling avseende en totalentreprenad för nybyggnad av ett vattenverk i Västra Husby.

Kommunen har efter prövning funnit att anbudet från Ros AB varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bolaget rankades som det andra ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har bl.a. anfört att Ros AB inte uppfyllt uppställda skall-krav. Kommunen anför att de tekniska beskrivningar som återfinns i Kravspecifikationen inte ska ses som krav utan endast som förslag till hur anläggningen kan utformas och dimensioneras.

Det får anses att ”skall-krav” är ett vedertaget begrepp inom den offentliga upphandlingen. När en upphandlande enhet använder sig av ordet ska eller skall i ett förfrågningsunderlag uppfattas det som ett krav, vilket en anbudsgivare måste uppfylla. Genomgående i hela Kravspecifikationen har kommunen använt sig av ska eller skall. Kommunen har under allmänna förutsättningar radat upp flera tekniska förutsättningar och använt sig av ordet ”ska”. Först senare i handlingen framkommer att kravspecifikationen endast ska ses som ett förslag på hur anläggningen kan utformas och dimensioneras.

Kravet på transparens får anses innebära att en anbudsgivare som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig vad som är ett skall-krav och vad som endast är förslag. Om det inte är tydligt vad som krävs av en anbudsgivare kan det innebära att han eller hon kommer att avstå från att lämna anbud i upphandlingen.

Om kommunen haft för avsikt att kravspecifikationen endast skulle ses som ett förslag anser förvaltningsrätten att de borde ha använt sig av ett annat ordval för att undvika missförstånd. Det får av ordet kravspecifikation anses framgå att det är en handling med krav för hur upphandlingen ska genomföras.

Förvaltningsrätten finner att detta kan ha föranlett anbudsgivare att uppfatta handlingen på ett icke avsett sätt samt att det har medfört att principen om transparens åsidosatts. I rättens mening innehåller förfrågningsunderlaget således motstridiga uppgifter. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsebart sätt som förutsätts enligt LUF. Detta förhållande innebär att kommunen brutit mot 1 kap. 24 § LUF. För att åtgärd enligt 16 kap. 5 § LUF ska komma i fråga fordras emellertid dessutom att felaktigheten medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

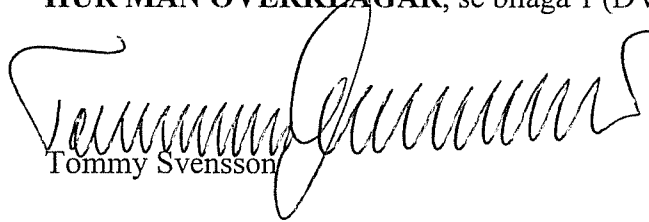
I målet får anses framkomma att anbudsgivarna tolkat underlaget till upphandlingen på olika sätt. Bolagets och Ros AB:s anbud skiljer sig åt på det sättet att de med varierande grad efterföljer de tekniska beskrivningarna i Kravspecifikationen. Bolaget rankades som det andra mest fördelaktiga anbudet och det får mot bakgrund av detta, och vad som övrigt framkommit i målet, anses klarlagt att bolaget lidit skada.

Enligt ovan föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LUF. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den

skall rättas. Den brist som konstaterats får anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och upphandlingen ska därför göras om. Ansökan ska bifallas.

Den bedömning förvaltningsrätten nu gjort medför att det saknas anledning att pröva övriga grunder som bolaget åberopat i sin ansökan.

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



Tommy Svensson

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Lisa Willman



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 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 3109/1D LOU