



SÖKANDE

MND Sverige AB, 556206-8832
Thulegatan 25
852 29 Sundsvall

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-04-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen av entreprenadarbeten för ny- och ombyggnad av liftar i Sidsjöbacken benämnd ”TE – Lift (Entreprenad 1)” ska göras om.

Dok.Id 83017

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun upphandlar genom förenklat förfarande entreprenad- arbeten för ny- och ombyggnad av liftar i Sidsjöbacken benämnd "TE – Lift (Entreprenad 1)". Tilldelningsgrund är lägsta pris. I den aktuella delen av upphandlingen har två anbud kommit in. Av tilldelningsbeslut den 7 augusti 2014 framgår att kommunen valt att anta anbudet från Sundsvalls Maskin och Rörservice (SMRS).

MND Sverige AB (MND) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från SMRS ska förkastas och att MND:s anbud ska antas i stället. Till stöd för sin talan anför MND i huvudsak följande. SMRS:s anbud uppfyller inte upphandlingens obligatoriska krav varför anbudet borde ha förkastats. Enligt kravspecifikationen ska liften ha hydraulisk linspänning. I SMRS:s anbud hänvisas till en teknisk beskrivning och i denna framgår tydligt att linspänning sker med motvikt. Vidare finns krav på att anbudet ska innehålla uppgifter om platsorganisation respektive produktionstidplan. SMRS:s anbud saknar sådana uppgifter. SMRS har dessutom i sitt anbud reserverat sig mot bergschakt och jordsten < 1 m³. Av kravspecifikationen framgår också att samtliga markarbeten ska ingå och att en sådan reservation som SMRS gjort inte skulle komma att godtas. SMRS har därför lämnat ett orent anbud. Kommunen har dessutom, efter att tilldelningsbeslut delgetts samtliga anbudsgivare, skickat en förfrågan till SMRS om ett förtydligande angående linspänningen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar, för det fall förvaltningsrätten anser att båda anbuderna ska förkastas, att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras och att upphandlingen ska övergå till förhandlat förfarande. För det fall förvaltningsrätten anser att det vinnande anbudet ska förkastas yrkar kommunen att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför

kommunen i huvudsak följande. Till förfrågningsunderlaget fanns inget anbudsformulär vilket innebär att anbudsgivarna fick utforma anbudet fritt. Av förfrågningsunderlaget framgår inte hur organisation och produktionsplan ska redovisas varför detta också har överlåtits till anbudsgivarna att själva bedöma lämplig utformning och omfattning. Beträffande organisation har SMRS angivit vem som är ombud och vem som är BAS-U. SMRS är ett litet företag och kommunen tolkar anbudet så att ombudet också blir platsansvarig. Entreprenören är känd inom kommunen varför kommunen också vet hur företaget arbetar och är organiserade. Beträffande produktionstidplan gäller enligt SMRS start- och färdigställandetidpunkt. Även om SMRS inte i sitt anbud har angett att anbudet lämnas i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget anser kommunen att ett anbud som lämnas innebär en tyst accept om att anbudet svarar mot de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Allt annat skulle innebära en mycket stor affärsrisk för anbudsgivaren. I den tekniska bilagan till SMRS anbud anges att linspänningen till liften skapas med en motvikt. I förfrågningsunderlaget anges att linspänningen ska vara hydraulisk. SMRS är ansvarig för anbudet mot kommunen. Att SMRS som bilaga skickat med en "offert" från en underleverantör förändrar inte detta förhållande. Kommunen kan betrakta denna bilaga som ett "broschyrmaterial" som saknar betydelse för anbudet. Efter att kommunen bett om ett förtydligande från SMRS har SMRS svarat att de givetvis har inkluderat hydraulisk linspänning i anbudet även om det står något annat i bilagan från underleverantören. Vad gäller MND:s anbud anges att liftens hastighet är 2,5 m/s. Kommunens förfrågan innehåller ett ska-krav på att hastigheten ska vara steglöst reglerbar. Denna information återfinns inte i MND:s anbud utan endast i en bilaga till anbudet var det anges att liften är frekvensreglerad vilket i sin tur innebär att liften är steglöst reglerbar. Detta innebär en oklarhet då det anges motstridiga uppgifter i anbudet. Det finns således brister och otydligheter i båda anbudet. Då kommunen trots dessa brister utvärderat båda anbudet har leverantörerna behandlats lika enligt LOU.

MND anför, med anledning av vad kommunen anført gällande att MND:s anbud skulle vara otydligt, i huvudsak följande. MND:s anbud uppfyller i samtliga delar ställda krav. Vad gäller kravet på hastighet i förfrågningsunderlaget har MND inte reserverat sig vilket innebär att MND har reglerbar hastighet (frekvensdrift) i anbudet. Redan i ingressen till anbudet anges att anbudet följer förfrågningsunderlaget. I anbudet har viss huvuddata angetts framför allt med tanke på att kravet på kapacitet (personer/timme) var angivet inom vissa intervall (700-900 personer/timme). Kommunen har felaktigt antagit att den av MND angivna hastigheten är en fast hastighet. Det är väl känt att nivån på skidåkare varierar stort vilket gör att alla lifttillverkare idag har reglerbar hastighet på sina liftar.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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).

Om den upphandlande myndigheten har 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 (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav inte ska beaktas vid utvärderingen.

MND gör i detta avseende gällande att anbudet från SMRS inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. MND har också exemplifierat dessa brister.

Av de administrativa föreskrifterna framgår att anbudet ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter. Vidare ska anbud avges i enlighet med i förfrågningsunderlaget givna förutsättningar (AFB.31).

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i målet framstår som ostridigt att anbudet från SMRS innehåller vissa brister och otydligheter. Exempelvis efterfrågas uppgifter om platsorganisation, vilket i målet är ostridigt att anbudet från SMRS inte innehåller uppgift om. Då kommunen, trots denna brist, ändå har valt att utvärdera SMRS anbud finner förvaltningsrätten att kommunen agerat i strid mot reglerna i LOU. Att kommunen har haft kännedom om SMRS som företag och organisation och därför har kunnat dra vissa slutsatser om att SMRS ändå har en platsorganisation i det aktuella projektet ändrar inte den bedömningen då det inte är tillåtet för kommunen att ta sådan hänsyn vid bedömningen av om anbudet uppfyller upphandlingens obligatoriska krav eller inte. Vad gäller uppgifterna om linspänning kan förvaltningsrätten konstatera att det av SMRS anbud inte heller framgår att linspänningen är hydraulisk. Då MND i målet obestritt anfört att kommunen begärt in en komplettering efter att anbudet redan utvärderats, vilket även styrks av ett e-postmeddelande som besvarats av SMRS företrädare dagen efter tilldelningsbeslutet, finner förvaltningsrätten inte heller att kommunen på grund av denna brist har haft fog för att utvärdera anbudet i det skick som gjorts. Kommunen borde därför, oaktat de övriga brister som MND gör gällande, inte ha utvärderat anbudet från SMRS då det inte

innehåller samtliga obligatoriska uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. I och med att kommunen ändå har utvärderat anbudet har kommunen agerat i strid mot LOU i detta avseende.

Kommunen gör i målet gällande att även MND:s anbud innehåller vissa otydligheter då uppgifterna i det lämnade anbudet motsäger varandra men att kommunen, med hänvisning till principen om likabehandling, ändå utvärderat MND:s anbud. Omständigheten att kommunen bedömt att båda anbuden innehåller vissa brister och otydligheter möjliggör enligt förvaltningsrättens mening inte för kommunen att, med hänvisning till principen om likabehandling, bortse från huvudprincipen om att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att det är anbudsgivaren som står risken för de uppgifter som lämnas i anbudet och då även i förlängningen att ett otydligt anbud kan komma att uteslutas om den upphandlande myndigheten bedömer att det är otydligt.

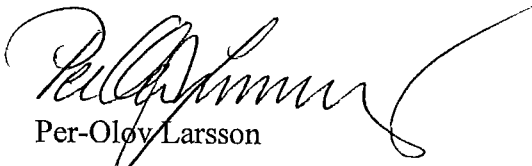
Vad gäller frågan om MND:s anbud är otydligt kan sägas att det är den upphandlande myndigheten som får anses vara bäst lämpad att bedöma om ett lämnat anbud uppfyller de krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten, som inte kan ikläda sig den upphandlande myndighetens roll i detta avseende, konstaterar att MND i sitt anbud lämnat uppgifter som kan tolkas på olika sätt. Med hänsyn till vad MND anfört i målet och vad som i övrigt framkommit om MND:s anbud finner förvaltningsrätten inte att MND har visat att det egna anbudet, mot kommunens uppfattning, uppfyller kravet på att hastigheten ska vara steglöst reglerbar. Kommunen borde därför inte heller ha utvärderat MND:s anbud.

En förutsättning för ingripande enligt LOU är, förutom att sökanden påvisat att upphandlande myndighet agerat i strid med LOU, att sökanden till följd av detta lider eller riskerar att lida skada. En anbudsgivare vars anbud rätteligen borde förkastats kan normalt inte anses lida eller riskera att lida skada av att vinnande anbudsgivare också rätteligen borde ha förkastats, eftersom sökanden inte skulle ha tilldelats något kontrakt även om vinnande anbudsgivares anbud hade förkastats.

Skadebedömningen blir dock annorlunda när samtliga utvärderade anbud borde ha förkastats. I upphandlingen har enbart två anbud utvärderats i aktuell del och båda anbuden borde rätteligen ha förkastats. Genom att kommunen felaktigt har utvärderat anbuden kan MND anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU och grund för ingripande föreligger i sådant fall (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 665-11 och 4660-10).

Sammanfattningsvis är det alltså enligt förvaltningsrättens bedömning visat att ingen av de två anbudsgivarna uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen. Då kommunen trots detta har utvärderat båda anbuden har kommunen agerat i strid mot LOU. Skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen föreligger därför. Då förvaltningsrätten funnit att inget av de båda anbuden borde ha utvärderats finns inget anbud för kommunen att utvärdera. Under dessa förhållanden är någon form av rättelse inte möjlig. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Per-Olov Larsson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.