



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: C. Andersson

DOM

2011-11-21
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1308-11 E
D5

SÖKANDE

Svenska Statoil AB, 556000-6834

Ombud: Josephine Borg
Svenska Statoil AB
118 88 Stockholm

MOTPARTER

1. OKQ8, 556027-3244
Box 23900
104 35 Stockholm

2. Lapplands kommunalförbund
Bergmästaregatan 8
981 85 Kiruna

3. Gällivare kommun
982 81 Gällivare

4. TOP bostäder AB, 556051-8739
Box 130
982 21 Gällivare

5. Jokkmokks kommun
962 85 Jokkmokk

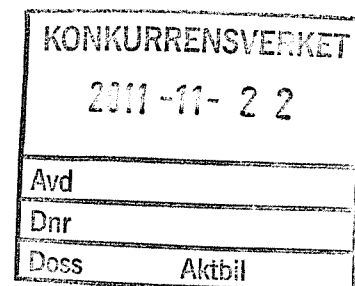
6. Jokkmokks Värmeverk AB, 556200-8630
Box 150
962 24 Jokkmokk

7. Kiruna kommun
981 85 Kiruna

8. Tekniska Verken i Kiruna Aktiebolag, 556204-3439
981 85 Kiruna

9. Kirunabostäder AB, 556531-8622
981 85 Kiruna

10. Pajala kommun
984 85 Pajala



Dok.Id 19217

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

11. Pajala Värmeverk AB, 556241-7732
Pajala kommun
984 85 Pajala

12. Pajalabostäder AB, 556365-4648
Box 114
984 23 Pajala

Ombud för 3 – 12:
Lapplands kommunalförbund
Bergmästaregatan 8
981 85 Kiruna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats varvid OKQ8:s anbud inte får beaktas.

BAKGRUND

Gällivare, Jokkmokk, Kiruna och Pajala kommuner samt de kommunala bolagen TOP bostäder AB, Jokkmokks Värmeverk AB, Kirunabostäder AB, Tekniska Verken i Kiruna AB, Pajala Värmeverk AB, Pajalabostäder AB samt Lapplands kommunalförbund (nedan Upphandlande enheterna) har genom öppet förfarande upphandlat drivmedel för stationstankning. Av tilldelningsbeslutet den 8 juni 2011 framgår att OKQ8 har tilldelats avtalet. Svenska Statoil AB (nedan Statoil) var en av de två anbudsgivarna.

YRKANDEN

Svenska Statoil AB har ansökt om överprövning och yrkat att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts. Rättelse yrkas ske på så sätt att det vinnande anbudet av OKQ8 ska uteslutas eftersom det inte uppfyller de i upphandlingen ställda ska-kraven.

De **Upphandlande enheterna** anser att ansökan ska avslås.

UTVECKLING AV TALAN

Statoil har till stöd för sin ansökan bland annat anfört följande. Enligt förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska ange priser för den 26 april 2011 klockan 12 vid pump och ska anges inklusive rabatt. I frågor angående upphandlingen har de upphandlande enheterna den 8 april 2011 uppgett att de inte godkänner anbud/offert baserat på listpris.

Det vinnande anbudet som lämnats av OKQ8 har inte uppfyllt detta ska-krav. Av OKQ8:s anbud (sid 1) jämfört med prisbilagan framgår att de angivna priserna inte utgörs av pumppris utan av OKQ8:s gällande företagspris. Företagspris är inte detsamma som pumppris. En avgörande skill-

nad mellan den prissättning som efterfrågats av de Upphandlande enheterna och den som offererats av OKQ8 är att den efterfrågade rabatten alltid utgår på det pris som står på pumpen, medan ett företagspris utgår från ett centralt bestämt listpris som är högre och inte stämmer överens med pumppriset.

De **Upphandlande enheterna** anser att det anbud som OKQ8 lämnat uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget och anför sammanfattningsvis följande. De Upphandlande enheterna har – såsom Statoil anfört – meddelat att offert/anbud baserat på listpris inte kommer att godkännas.

Vad gäller begreppet ”listpris” i relation till ”företagspris” och ”ordinarie pris vid pump” ska understrykas att begreppet ”listpris” inte använts i förfrågningsunderlaget utan inkom som term vid en fråga som ställdes under anbudstiden. Begreppet listpris tolkades av de Upphandlande enheterna som att en allmän prislista skulle inlämnas i anbudet, vilket skulle strida mot ska-kravet där priset vid pump ett visst angivet datum och klockslag efterfrågades.

Vidare har i samband med utvärderingen av inkomna anbud de Upphandlande enheterna gjort den bedömningen att det fanns oklarheter kring hur OKQ8 angivit pris och rabatter i anbudet. Då det kunde röra sig om en fel-skrivning togs telefonkontakt med OKQ8. De Upphandlande enheterna fick då beskedet att de angivna priserna i kolumnen ”Aktuellt pumppris...” avsåg priset exklusive rabatt varvid anbudet rättades med uppgiften.

Efter rättelsen gällande rabattsatser anser de Upphandlande enheterna att OKQ8 offererat tydliga priser vid pump enligt förfrågningsunderlaget och att båda anbudsgivarna haft lika möjlighet att konkurrera i detta avseende.

OKQ8 har fått tillfället att yttra sig och har sammanfattningsvis anfört följande. Det anbud som bolaget lämnat uppfyller samtliga ska-krav enligt förfrågningsunderlaget – inklusive kravet om prisangivelser i punkten 2.2.1.

Det prissystem som **OKQ8** använt sig av och som avses i upphandlingen är företagspris – då pumppris enbart används i relation till privatpersoner. Ett uppgivande av pumppriset hade således varit missvisande då detta inte hade använts i förhållande mellan **OKQ8** och de Upphandlande enheterna.

Det kan vidare ifrågasättas om skrivningen i punkten 2.2.1 överhuvudtaget avser ett ”pumppris”. Syftet med denna skrivning måste rimligen vara att få fram anbudsgivarnas aktuella och relevanta priser och inte ta reda på vilka priser som tillämpas i relation till privatpersoner. Detta stöds av skrivningen efterfrågar ”pris vid pump” vid en specificerad tidpunkt och inte ”pumppris” – vilket är en prissättning som saknar intresse i fall av aktuellt slag.

OKQ8 anför att bolaget i en tidigare upphandling (i detta avseende identisk upphandling) med de Upphandlande enheterna i sitt anbud angivit företagspris och att denna prisangivelse också accepterats av de Upphandlande enheterna. Det står alltså sedan tidigare klart att Statoils tolkning av ska-kraven avviker från det brukliga och att **OKQ8:s** angivande av företagspris ryms inom tolkningen av ”pris vid pump”.

Statoil svarar att bolaget såsom en ytterligare grund för sitt yrkande vill komplettera att **OKQ8:s** anbud inte heller uppfyller ska-kravet vad gäller det lämnade priset i anbudet – då **OKQ8:s** anbudspris utgjort pris exklusive rabatt. Vidare är det mot bakgrund av vad som sägs i de Upphandlande enheternas yttrande tydligt att de brutit mot principen om likabehandling av anbudsgivare dels med avseende på att **OKQ8:s** anbud tagits upp till

prövning trots att anbudet inte uppfyller alla ska-krav, dels då man särbehandlat OKQ8, eller att det åtminstone funnits risk för särbehandling, genom att man lät OKQ8 komplettera/förtydliga sitt anbud efter uttrycklig förfrågan per telefon. Enligt Statoils uppfattning var det inte fråga om en uppenbar felskrivning eller felräkning i lagens mening. OKQ8 har särbehandlats eftersom bolaget tilläts komma med en helt ny prisuppgift eftersom frågan från de Upphandlande enheterna var huruvida det i anbudet angivna priset inkluderade rabatt eller ej.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande

myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att i förfrågningsunderlaget ska en upphandlande myndighet/enhet beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten/enheten ställer. Förfrågningsunderlaget utformas därefter efter dessa krav. Kraven och villkoren måste dock vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande enhet inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav – de så kallade ska-kraven. De krav den upphandlande enheten ställer i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska utvärdera och pröva anbudet.

Uppfyller OKQ8:s anbud ställda ska-krav?

Av förfrågningsunderlagets punkt 2.2.1 *specifikation* anges bland annat att ”Anbudet **skall** ange priser för den 2011-04-26 klockan 12.00 vid pump och **skall** anges inklusive rabatt. Anbud **skall** avse pris vid pump vid stationer där anbudslämnare har bemannade och obemannade stationer. Anbudsrabatter **skall** lämnas i enlighet med anbudsblankett. ”

Kravet i förfrågningsunderlaget är således enligt förvaltningsrättens mening tydligt – priset ska anges vid pump och ska anges inklusive rabatt. Förvaltningsrätten konstaterar att de priser OKQ8 lämnat såsom anbudspriser

ser är desamma som ”gällande företagspris” den 26 april 2011 samt att företagspris innebär att det aktuella drivmedelspriset hittas på OKQ8:s hemsida eller hos personalen på stationen. Vidare anges i anbudet att det pris som redovisas på pumpen är till privatpersoner. Företagspriset samt rabatter är inkl. moms och gäller tills vidare. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har OKQ8 därmed inte uppfyllt det i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kravet om att ange pris vid pump. Redan detta förhållande innebär att OKQ8:s anbud borde ha förkastats och inte gått vidare till utvärdering.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det förhållandet att angivet pris dessutom visade sig vara pris exklusive rabatt utgör ytterligare en omständighet som avviker från ett av de av de Upphandlande enheterna ställda ska-kraven.

Tillåten komplettering/förtydligande av ska-krav?

Upphandlande enheter har uppgett att det vid utvärderingen upptäcktes oklarheter kring de priser och rabatter som OKQ8 angett i anbudet, varför kompletterande uppgifter inhämtats vid telefonsamtal med OKQ8.

En av huvudprinciperna för offentlig upphandling är likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Av den följer att anbud som inte uppfyller väsentliga ska-krav inte får beaktas. Av den, samt av 15 kap. 12 § LOU, följer även att anbud som inte uppfyller väsentliga ska-krav inte får rättas, förtydligas eller kompletteras på grund av risken för särbehandling. Ett förtydligande eller en komplettering kan innebära att anbudsgivare i efterhand får tillfälle justera sitt anbud, vilket gör det möjligt för anbudsgivaren att få sitt anbud kvalificerat.

Det är enligt förvaltningsrättens mening uppenbart att ska-kraven avseende prisuppgifterna i den aktuella upphandlingen är väsentliga. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har därför inhämtandet av uppgifterna inte skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten anser således att det förtydligande/komplettering som de upphandlande enheterna inhämtat inte är tillåten. Förfarandet strider därmed såväl mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § som 15 kap. 12 § LOU.

Slutsats

Genom att de Upphandlande enheterna har antagit OKQ8:s anbud som inte uppfyllt ställda ska-krav samt då de inhämtat kompletterande uppgifter har de Upphandlande enheterna brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Statoil har därmed – som enda konkurrent i upphandlingen – riskerat att lida skada på grund av agerandet. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed.

De brott mot LOU som förvaltningsrätten anser föreligga är inte hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till kvalificeringen av anbudet. Den åtgärd som då blir aktuell är rättelse. Statoils ansökan ska således bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärderingen har gjorts, varvid OKQ8:s anbud ska förkastas.

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


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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.