



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2010-03-19
Meddelad i
Umeå

Mål nr
904-10 E
Kansli 3

SÖKANDE

Ahlsell AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30, 117 98 Stockholm

Ombud: Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34, 582 19 Linköping

MOTPARTER

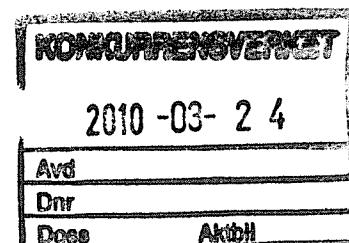
1. Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå
2. Fastighets AB Polaris, 556086-8217
Skellefteå kommun, Ekon K, 931 85 Skellefteå
3. Norsjö kommun
935 81 Norsjö
4. Skelleftebostäder AB, 556060-4810
Skeppargatan 8, 931 30 Skellefteå
5. Skelleftebuss AB, 556041-2370
Box 377, 931 24 Skellefteå
6. Skellefteå Kraft AB, 556016-2561
931 80 Skellefteå
7. Västerbottensteatern AB, 556214-5184
Nordlandergatan 1, 931 33 Skellefteå

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas genom ny prövning av anbuden.



Dok.Id 601

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Skellefteå kommun, Fastighets AB Polaris, Norsjö kommun, Skelleftebostäder AB, Skelleftebuss AB, Skellefteå Kraft AB och Västerbottens-teatern AB har infortrat anbud på VA- och VVS-material (dnr UH-09-168) och beslutat att anta det anbud som lämnats av Dahl Sverige AB (nedan Dahl). Upphandlingen har genomförts som en koncernupphandling där Skellefteå kommun företräder övriga upphandlande myndigheter. Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Ahlsell AB (bolaget) yrkar i en ansökan till Länsrätten i Västerbottens län (mål nr 212-10) att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Dahl Sverige AB utesluts innan utvärderingsfasen.

Skellefteå kommun bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Övriga upphandlande myndigheter har anslutit sig till överklagandet. De upphandlande myndigheterna benämns nedan ”kommunen”.

Genom interimistiskt beslut den 28 januari 2010 har länsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten i Västerbottens län har därefter upphört och målet överförs till Förvaltningsrätten i Umeå.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter 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. (1 kap. 9 § LOU)

En upphandlande myndighet får 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 anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § LOU)

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

(12 kap. 1 § första stycket LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

UPPHANDLINGEN

Förfrågningsunderlaget

Kommunen har i anbudsinbjudan daterad den 27 oktober 2009 redogjort för villkoren för upphandlingen.

I Anbudsformulär anges bl.a. följande.

3.0 Skall-krav

Fliken/avsnittet "Svarsbilaga skall-krav" innehåller upphandlingens alla skall-krav. Samtliga skall-krav måste besvaras och accepteras för att anbudet ska vara godkänt.

4.0 Metod för utvärdering

Denna upphandling genomförs som en lägstaprisupphandling. Det innebär att av de företag som klarat alla skall-krav kommer anbudet med lägsta pris att utses som vinnare.

I Svarsbilaga Skall-krav anges bl.a. följande.

1.0 Generella krav

Skall-krav 1.11

Svarsbilaga anbudsspecifikation priser skall uppfyllas med 100 % av förfrågat material.

Skall-krav 1.20

Alternativt utförande av varan accepteras inte.

I dokumentet Frågor och svar har kommunen den 30 oktober 2009 förtydligat punkten 1.20 med följande formulering:

Alternativt utförande av varan accepteras inte (med detta avses att varan skall vara av samma material och utförande).

Utvärderingen

Av kommunens anbudssammanställning framgår bl.a. att anbud inkommit från två anbudsgivare, Ahlsell AB och Dahl Sverige AB, att båda buden godkännts och att lägst pris offererats av Dahl Sverige AB.

Tilldelningsbesked lämnades till anbudsgivarna den 19 januari 2010.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Bolaget

I förfrågningsunderlaget anges att svarsbilaga anbudsspecifikation priser ska uppfyllas till 100 % och att alternativt utförande av varor inte accepteras. I anbudsspecifikationen är RSK-nummer angivna för de efterfrågade artiklarna. RSK-nummer är VVS-branschens eget klassificeringssystem för produkter. Varje produkt har ett eget RSK-nummer som är specifikt för produkten. Det betyder att det alltid är tydligt vilken produkt, och egenskaper och funktion, som avses. Leverantörer av VVS-artiklar ansöker för varje produkt om ett RSK-nummer som beskriver och identifierar artikeln och dess funktionsområde. Produktens RSK-nummer kan alltså användas för att beskriva önskad funktion och användningsområde och produkter med olika RSK-nummer kan inte alltid anses vara utbytbara eller likvärdiga.

I förfrågningsunderlaget efterfrågas beträffande positionerna 207-210 tydligt ”dagvattenrör med muff” och med angivande av RSK-nummer. Dahl har för dessa positioner inte offererat produkter som uppfyller kraven. I anbudet från Dahl har för var och en av position 207-210 angetts en annan produkt, med ett eget RSK-nummer som anger att produkten är ”dagvattenrör utan muff”. Ett rör utan muff är ett alternativt utförande eftersom det inte kan skarvas ihop med andra rör utan att tillkommande material (skarvmuffar) måste införskaffas. Det finns inget i Dahls prissättning som anger att skarvmuffar skulle ingå i priset. I register över RSK-nummer framgår tydligt att de av Dahl offererade produkterna är dagvattenrör utan muff. Produkterna överensstämmer alltså inte med dem som kommunen efterfrågat och kan inte heller anses vara likvärdiga med efterfrågade produkter. Bolaget instämmer med kommunen beträffande att RSK-numret ej behöver överensstämma utan det är funktionen som ska vara likvärdig.

Den alternativa varan ska dock vara av samma material och med samma funktion, vilket inte uppnås med av Dahl offererat material.

I dialog med kommunen angående tilldelningsbeslutet framkommer att kommunen, till synes efter det att tilldelningsbeslut har fattats, fått förklaring från Dahl att muffarna ska anses ingå i de offererade produkterna. Dahl har alltså tillåtits att komplettera anbudet, inte bara efter anbudstidens utgång, utan även efter det att tilldelningsbeslut fattats och publicerats. Bolaget har inte sett någon skriftlig komplettering så det framgår inte om Dahl har bytt ut produkterna till produkter med samma pris men andra RSK-nummer eller om Dahl avser att lägga till muffen som en kompletterande produkt (med eget RSK-nummer). Oavsett hur Dahl har avsett att komplettera anbudet är det en ändring av anbudet som inte kan anses tillåten. Att Dahl redan vid avgivande av anbudet hade avsett att skarvmuffarna skulle ingå i priset är dels osannolikt, dels omöjligt eftersom företaget då inte kunnat offerera de RSK-nummer man gjort då dessa beskriver produkter exklusive skarvmuffar.

Dahls komplettering har inte förorsakats av motstridiga uppgifter i det ingivna anbudet. Det kan inte anses vara motstridiga uppgifter att offerera en produkt som inte uppfyller ställda skall-krav. Ett exempel på en motstridig uppgift kunde ha varit om Dahl hade offererat två produkter på samma position och kommunen behövde få klarhet i vilken av produkterna som skulle utvärderas. Den komplettering som Dahl tillåtits göra innebär istället en väsentlig förändring av anbudet och ett tillägg av information som inte fanns med i det ursprungliga anbudet. Alternativt måste kompletteringen ses som en förändring av anbudspriset.

Bolaget anför sammanfattningsvis att Dahls komplettering ska anses vara en otillåten komplettering och inte kan anses som en felskrivning som går att rätta. Detta eftersom kompletteringen innebär att Dahl för att uppfylla

skall-kravet har tillåtits att i efterhand ändra, eller lägga till, en produkt. Kommunen har godkänt ett anbud som vid tiden för tilldelningsbeslutet inte uppfyllde samtliga skall-krav och därmed inte var kvalificerat. Det strider mot likabehandlingsprincipen som enligt 1 kap. 9 § LOU gäller för offentliga upphandlingar. Genom att Dahl har utsetts till vinnande anbudsgivare trots att anbudet inte uppfyllt skall-kraven har bolaget lidit skada. Om kommunen hade följt LOU skulle bolaget ha tilldelats kontraktet.

Kommunen

Dahl har inte tillåtits att komplettera sitt anbud utan förtydligat det, vilket är förenligt med LOU. Genom att Dahl skrivit in ett pris på den aktuella positionen är man bundet till det för den efterfrågade varan. Det är inte ett skall-krav att det RSK-nummer som ska anges måste vara överensstämmande med efterfrågad vara utan en information till kommunen för att kunna göra en bedömning om den kan anses vara likvärdig. Under kvalificeringsfasen uppmärksammades inte att angivet RSK-nummer inte var likvärdigt utan det uppmärksammades senare av bolaget. Det spelar dock ingen roll, för precis som bolaget påpekar att alternativa utföranden inte är accepterade, är Dahl bundet av angivet pris på efterfrågad vara. Dahl har således gett motstridig information i sitt anbud. Kommunen måste då begära in förtydliganden vilket också gjorts.

Dahls anbud är 512 000 kr billigare. Att då en uppenbar felskrivning på en position, som Dahl vidhåller uppfyller ställda skall-krav, skulle medföra att det anbudet ska förkastas och istället bolaget utses till vinnare kan inte falla in i tanken med LOU. Det skulle innebära att en halv miljon kr per år av offentliga medel förslösas på grund av ett enkelt slarvfel av en leverantör som dessutom tar konsekvenserna av sitt agerande och står för angivna priser. Skillnaden i pris överstiger merkostnaderna för muffarna även om

dessa hade behövts köpas in separat, vilket nu inte är fallet. Därmed kan bolaget inte anses ha lidit skada.

Att förkasta Dahls anbud och anta bolagets är inte aktuellt. Det finns då endast ett anbud att utvärdera och konkurrensen är obefintlig. Detta i sig är ett sakligt och godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. I andra hand yrkas därför att upphandlingen får avbrytas på grund av bristande konkurrens och att upphandlingen görs om.

DOMSKÄL

Principerna om förutsebarhet och likabehandling utgör grundläggande principer inom offentlig upphandling. Av dessa principer följer att en anbudsgivare ska kunna utgå från att de krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag verkligen efterlevs vid prövningen av anbuderna. Alla anbud och anbudsgivare ska härvid behandlas lika. Ett anbud som inte uppfyller de föreskrivna skall-kraven får inte utvärderas och antas utan ska sorteras bort efter kvalificeringsfasen.

Bolaget anför att Dahls anbud, det vinnande anbudet, inte uppfyller samtliga skall-krav. Annat har inte framkommit än att Dahl, i Svarsbilaga Skallkrav, angett att anbudet uppfyller skall-kraven under punkt 1.11 och 1.20. Dahl har dock angivit en vara med annat RSK-nummer än vad kommunen efterfrågat i position 207-210 i anbudsspecifikationen. Det måste anses ostridigt i målet att de s.k. RSK-nummer som Dahl angett inte avser produkter som är likvärdiga med dem som efterfrågats. Det kan noteras att anbudsgivarna i anbudsspecifikationen inte lämnar någon annan uppgift som beskriver offererad produkts funktion och egenskaper än RSK-nummer. Det föreligger därför inte någon tveksamhet om att Dahls anbud inte uppfyllt det i skall-krav 1.20 beskrivna kravet beträffande position 207-210.

Frågan är då om denna brist i anbudet kan åtgärdas inom ramen för bestämmelserna i LOU.

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar ett uppenbart fel i anbudet. Härmed avses felskrivning, felsummering och andra liknande misstag som är så tydliga att den upphandlande myndigheten insett eller borde ha insett att det är fråga om ett misstag. Någon sådan situation kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara för handen i förevarande mål.

Utöver rättelse av uppenbara fel får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En upphandlande myndighet måste vara restriktiv med att begära in förtydligande eller komplettering. Det får endast vara fråga om att konkretisera tidigare lämnade uppgifter och inte att ändra dem eller tillföra nya uppgifter. Vidare bör påpekas att det är anbudsgivaren som bär risken för sitt anbud, dvs. ansvarar för att det innehåller efterfrågade uppgifter och att anbudet motsvarar vad som faktiskt efterfrågas. Kommunen menar att Dahl beträffande position 207-210 lämnat motstridiga uppgifter i sitt anbud varför det varit nödvändigt med ett förtydligande. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger dock ej någon tveksamhet om att Dahl beträffande de aktuella positionerna offererat dagvattenrör utan muff trots att vad som efterfrågats är dagvattenrör med muff. Dahl har visserligen i en annan del av anbudet uppgett sig följa skallkraven. En sådan rutinmässigt angiven uppgift, som ett svar på en i en svarsbilaga förtryckt fråga utgör, kan dock inte anses ha samma tyngd som en egenhändigt angiven specifik uppgift om offererad vara. Det kan därför inte anses vara fråga om klargörande av motstridiga eller otydliga uppgifter utan om ändring eller tillägg av i anbudet angivna uppgifter.

Någon möjlighet att åtgärda uppkommen felaktighet finns således inte.

Kommunen har därför, genom att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav, agerat i strid mot den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling samt även mot principen om förutsebarhet. Kommunens agerande har medfört att bolaget, som är den ende övriga anbudsgivaren, lidit eller kunnat komma att lida skada.

Grund för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Förvaltningsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det ankommer på domstolen att besluta om vilken åtgärd som är lämplig i det enskilda fallet. Med hänsyn till att den i målet aktuella felaktigheten hänför sig till prövningen av anbuden finner förvaltningsrätten det tillräckligt att anbudsprövningen görs om. Den omständigheten att kommunen anser att det finns ett sakligt och godtagbart skäl att avbryta upphandlingen föranleder inte annan åtgärd.

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



Helén Leijon
rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.