



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

Föredragande: J. Blom

**DOM**

2011-05-09

Meddelad i

Luleå

Mål nr

612-11 E

D2

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KONKURRENSVERKET</b> |        |
| 2011-05-10              |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| Doss                    | Aktbil |

**SÖKANDE**

Svenska Pontonhamnar AB, 556753-2568

Box 2225

103 15 Stockholm

**MOTPART**

Luleå kommun

971 85 Luleå

**SAKEN**

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

LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Luleå kommuns upphandling "Notvikens småbåtshamn Luleå kommun Flytbryggor" får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats, varvid Alfabryggan AB:s anbud ska förkastas.

Dok.Id 15577

| Postadress              | Besöksadress      | Telefon   | Telefax       | Expeditionstid                                |
|-------------------------|-------------------|---|---------------|---|
| Box 849<br>971 26 Luleå | Skeppsbrogatan 41 | 0920-29 54 90<br>E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenilulea@dom.se">forvaltningsrattenilulea@dom.se</a><br><a href="http://www.dom.se">www.dom.se</a> | 0920-29 54 98 | måndag – fredag<br>09:00-12:00<br>13:00-16:00 |

**YRKANDEN M.M.**

Luleå kommun har genom förenklad upphandling upphandlat ”Notvikens småbåtshamn Luleå kommun Flytbryggor”. Fyra anbud kom in, varav ett från Svenska Pontonhamnar AB (bolaget). Två av anbudsgivarna bedömdes inte uppfylla ska-kraven och utvärderades inte. Enligt tilldelningsbeslut den 15 mars 2011 antog kommunen Alfabryggan AB:s anbud.

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat, som det får förstås, i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid Alfabryggan AB:s anbud förkastas. I andra hand har bolaget yrkat att upphandlingen ska göras om. Bolaget har anfört bl.a. följande. Alfabryggan AB:s anbud uppfyller inte de i förfrågningsunderlaget ställda ska-kraven beträffande bärighet, landgångens lutning och flytkropparnas utformning. Av förfrågningsunderlaget framgår att bärigheten ska vara minst 160 kg/kvm. Enligt bolagets beräkningar utifrån Alfabryggan AB:s anbud är bärigheten på den offererade bryggan 140 kg/kvm. När bolaget uppmärksammade kommunen på att ska-kravet inte uppnåts tog kommunen in ett utlåtande från Alfabryggan AB, där det görs gällande att bärigheten är tillräcklig. De kompletterande uppgifterna borde inte beaktas. Detta eftersom andra anbudsgivare uteslutits från vidare utvärdering baserat på att de inte uppfyllt förfrågningsunderlaget ska-krav. Alfabryggan AB:s anbud borde rimligen ha hanterats på motsvarande sätt med beaktande bl.a. av likabehandlingsprincipen. Vidare är slutsatsen om en bärighet på 163 kg/kvm direkt oriktig eftersom den inte tar hänsyn till hela bryggkonstruktionens vikt. Vidare framgår att landgången ska ha en lutning som inte överstiger 1:8, dvs. 12,5 procent. Den ramp som Alfabryggan AB har offererat har en kraftigare lutning, på cirka 17 procent. Det finns ingen uppgift i anbudet om ”förlängningsdelen till rampen, dess utformning eller inverkan på lutningen. Beträffande flytkropparnas utformning framgår att de ska bestå av cellplast omgiven av polyeten, plåt eller betong, alternativt kan

luftfyllda flyttankar av rostfri plåt utföras. Detta måste tolkas som att luftfyllda tankar av annat material, t.ex. polyeten som Alfabryggan AB har offererat, inte uppfyller förfrågningsunderlagets ska-krav. Bolaget vill vidare anföra att det inte finns några specifika kriterier angivna i förfrågningsunderlaget för hur konstruktion ska utvärderas, annat än att det tilldelas en viktning på 10 procent. Det framgår inte heller hur en eventuell värdering och viktning av eventuella kriterier ska ske. I förfrågningsunderlaget anges inga specifika kriterier, varför man får anta att en brygga som når upp till efterfrågad funktion ska ges högsta betyg. I utvärderingen av konstruktion, som förefaller helt vila på Notvikens Hamn och Båtförenings bedömning, framförs Alfabryggan AB:s förslag som överlägset vad gäller parametrarna stabilitet eller slaghållfasthet. Det har inte framställts några specificerade tekniska krav i förfrågningsunderlaget vad gäller dessa parametrar. Utvärderingens slutsatser grundas vidare inte på några som helst tekniska beräkningar. Det framgår inte heller hur utvärderarna kommit fram till att bolaget från fyra poäng, medan Alfabryggan AB får tio poäng. Det förefaller vidare som att flera av de delar bolaget offererat inte har värderats. En förutsättning för en bedömning av andra faktorer utöver uppfyllande av ska-krav och pris är att faktorerna är relevanta, proportionerliga i förhållande till behoven och att de är verifierbara. Vidare ska anlita expertis vara verklig, dvs. vara expertis i egentlig mening. Medlemmarna i Notvikens Hamn- och Båtförening må ha goda erfarenheter av bryggor i allmänhet, men de är inte att betrakta som verklig expertis.

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört bl.a. följande. Det finns ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att före tilldelning av kontrakt genom kontroller eller liknande förvissa sig om att det som anbudsgivarna uppgett i anbudet är korrekt. Kommunen har inte gjort några beräkningar av bärigheten eller rampens lutning utifrån uppgifter som framgått av broschyrmaterial eller liknande utan utgått från att anbudsgivarna har offererat efterfrågad bärighet. Kommunen har med anled-

ning av bolagets påpekande till kommunen funnit anledning att kontrollera uppgiften om Alfabryggan AB:s anbud har tillräcklig bärighet. I det svar som inkommit från Alfabryggan AB uppgavs att bärigheten var 163 kg/kvm, dvs. att den uppfyllde kravet. Enligt bolaget skulle vinnande anbuds ramp luta 17 procent. I bolagets beräkning har då inte beaktats att den offererade bryggans 5,2 meter långa ramp har en fast förlängningsdel placerad på bryggan. Förlängningsdelen inräknad uppfyller det vinnande anbudets ramp kravet på lutning. I rambeskrivningen ställs krav på att flytkroppar till bryggor som utförs med expanderad cellplast ska ha ett skyddande skal av polyeten, rostfri plåt eller betong. Som alternativ anges luftfyllda flyttankar av rostfri plåt försedda med öppning för inspektion. Alfabryggan AB:s brygga har längsgående rör/pontonier som flytelement. Kommunen anser inte att man genom formuleringen i förfrågningsunderlaget uteslutit bryggor som inte har flytkroppar med expanderad cellplast eller luftfyllda flyttankar av rostfri plåt. Åtminstone har detta inte varit avsikten vid utformningen av kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen anser att Alfabryggans AB:s pontonbrygga uppfyller ställda ska-krav. I förfrågningsunderlaget anges att de anbud som gått vidare från kvalificeringsfasen värderas utifrån konstruktion (10 procent) och pris (90 procent). Det är riktigt att vad som närmare avses med bryggans "konstruktion" inte definierats i förfrågningsunderlaget samt att det inte närmare beskrivs hur utvärderingen beträffande konstruktionen skulle gå till. Utvärderingen av bryggans konstruktion har gjorts av medlemmar i Notvikens Hamn och Båtförening. Tilldelningen av poäng har gjorts efter en samlad bedömning. Vid utvärderingen har kommunen ansett det vara angeläget att kunna ta hänsyn till de erfarenheter av olika slag användare av befintlig brygganläggning besitter. Även om förfrågningsunderlaget saknar en närmare beskrivning av hur utvärderingen skulle gå till och det vid utvärderingen har lämnats frihet för vad gäller vilka faktorer som skulle tillmätas betydelse vid poängsättningen uppfyller förfrågningsunderlaget enligt kommunens

uppfattning ändå upphandlingsreglernas krav på tydlighet och förutsägbarhet.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

För att ett anbud ska gå vidare till utvärderingsfasen krävs enligt aktuellt förfrågningsunderlag, AFB51, att leverantören uppfyller kommunens ställda ska-krav. Anbud som inte uppfyller ska-kraven måste således förkastas.

Det är riktigt så som kommunen angett att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att före tilldelning av kontrakt genom kontroller eller liknande förvissa sig om att det som anbudsgivarna uppgett i anbudet är korrekt. Detta förutsätter dock att anbudsgivaren faktiskt lämnat uppgifter om ska-kraven i sitt anbud på ett eller annat sätt, t.ex. genom att uttryckligen ange att man åtar sig att tillhandahålla den vara/tjänst/arbete som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. En jämförelse ska kunna göras mellan de uppgifter som lämnas i anbuden och de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som helt utelämnat uppgifter om ska-krav får inte antas.

Vad gäller frågan om rampens lutning, som enligt förfrågningsunderlagets rambeskrivning inte får överstiga 1:8, så har Alfabryggan AB inte lämnat någon uppgift alls om detta ska-krav i sitt anbud, i vart fall inte vad förvaltningsrätten kan utläsa. Av anbudet framgår således inte om Alfabryggan AB offererat en brygga som uppfyller kravet. Ett anbud som saknar uppgifter om ska-krav får, som nämnts ovan, inte antas. Huruvida uppgifter kan fås fram i efterhand av anbudsgivaren är ovidkommande eftersom kompletteringar av ska-krav i efterhand inte är tillåtet på grund av risken för särbehandling (1 kap. 9 § och 15 kap. 12 § LOU). Redan av denna anledning borde Alfabryggan AB:s anbud förkastats.

Vad gäller frågan om bryggans bärlast, som enligt ändrings-PM till rambeskrivningen ska vara 160 kg/m<sup>2</sup>, så finns vissa bärlastangivelser i Alfabryggan AB:s anbud (177 kg/m samt 4,2 ton per element där elementet är 30 m<sup>2</sup> ( $4\ 200\ \text{kg}/30\ \text{m}^2 = 140\ \text{kg}/\text{m}^2$ )). Enligt dessa bärlastangivelser är således ska-kravet på 160 kg/m<sup>2</sup> inte uppfyllt. Huruvida uppgifter kan fås fram i efterhand är, i likhet med vad som sagts ovan, ovidkommande eftersom kompletteringar av ska-krav i efterhand inte är tillåtet. Även av denna anledning borde Alfabryggan AB:s anbud förkastats. Dessutom kan det med hänsyn till vad bolaget anfört angående Alfabryggan AB:s bärlastberäkning ifrågasättas om denna är riktig. Kommunen har inte heller vidare bemött vad bolaget anfört angående felräkning.

Vad gäller frågan om flytkropparnas utformning så har rambeskrivningen formulerats så att läsaren med fog får intrycket att det bara är expanderad cellplast, alternativt luftfyllda flyttankar av rostfri plåt, som är aktuellt. Möjligen har detta inte varit den upphandlande myndighetens avsikt men formuleringen kvarstår dock. Det är ostridigt att Alfabryggan AB:s anbud inte uppfyller kravet. Även av denna anledning borde Alfabryggan AB:s anbud förkastats.

Att inte förkasta anbud som inte uppfyller ska-kraven står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får anses ha lidit skada på grund av felet. Grund för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen.

Bolaget har även haft invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning vad avser tydligheten av utvärderingskriteriet konstruktion samt utvärderingen i sig. Förvaltningsrätten anser dock inte annat visat än att förfrågningsunderlaget håller sig inom de ramar för tydlighet som kan accepteras vid en upphandling enligt 15 kap. LOU. Att stabilitet och hållfasthet är sådant som värdesätts vid utvärderingen av konstruktion är inte överraskande. Däremot finner förvaltningsrätten att utvärderingen i sig möjligen

kan ifrågasättas då formuleringarna i värderingen är sådana att man kan misstänka att den baserar sig på vinnande anbuds informationsbroschyr. Hur det än förhåller sig med detta så krävs emellertid för att ett fel ska leda till ingripande enligt LOU att sökanden lider eller riskera att lida skada på grund av felet. I detta fall har förvaltningsrätten redan konstaterat att vinnande anbud av flera anledningar inte borde ha gått vidare till utvärderingsfasen. Då återstår bara ett anbud, bolagets. Bolaget kan därför inte anses lida skada på grund av eventuella otydligheter eller felaktigheter vid utvärderingen. Grund för ingripande enligt LOU på grund av eventuella fel i denna del föreligger därför inte.

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

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



Eva Beselin



# 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, midsommarafteon, 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 nå 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.