



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2012-10-04
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2183-12

SÖKANDE

Svensk Markservice Aktiebolag, 556420-4823
 Smidesvägen 10
 171 40 Solna

Ombud: Advokat Håkan Johnston
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. AB Borlänge Energi, 556005-5385
 Box 834
 781 28 Borlänge

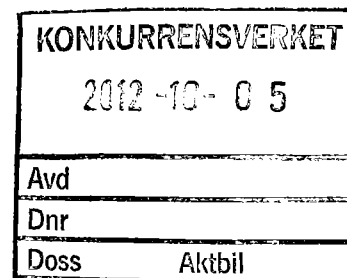
2. BTF mark & trädgård AB, 556461-8253
 Tubvägen 7
 771 90 Ludvika

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där anbudet från BTF mark och trädgård AB inte får ingå.



BAKGRUND

AB Borlänge Energi (i det följande Borlänge Energi) genomför en upphandling avseende "Grus, buskage och lekplatsskötsel" med diarienummer 2012/46. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Borlänge Energi beslutade den 16 april 2012 att tilldela BTF mark och trädgård AB (BTF) kontraktet. Borlänge Energi beslutade den 20 april 2012 att ersätta tidigare tilldelningsbeslut med ett nytt innebärande att Svensk Markservice AB istället tilldelades kontraktet. Borlänge Energi ersatte på nytt, den 7 maj 2012, tidigare beslut och tilldelade istället BTF kontraktet med motiveringen att anbudet från BTF ensamt kvalificerat sig för utvärderingen och uppfyllt kraven på rent anbud.

YRKANDEN M.M.

Svensk Markservice AB (SMAB) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs vid vilken BTF:s anbud inte beaktas. SMAB anför som grunder för sin ansökan i korthet att anbudet från BTF inte uppfyller ska-kraven i AFB.31 och AFC.631, att Borlänge Energi har tillåtit BTF att göra en otillåten komplettering av sitt anbud, att SMAB:s anbud ensamt uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget samt att SMAB lidit skada till följd av Borlänge Energis förfarande.

Borlänge Energi motsätter sig ansökan om överprövning och anför i korthet följande. Efter tilldelningsbeslutet den 20 april 2012 konstaterades, efter konsultation med Borlänge Energis försäkringsmäklare, att vare sig anbudet från BTF eller SMAB uppfyllde kravet på fullgörandegaranti. Borlänge Energi erbjöd därför både SMAB och BTF att komma in med förtydligande eller kompletterande information rörande kraven i förfrågningsunderlaget, AFB.31 p.4. BTF kompletterade därefter anbudet med en handling som bekräftar att kravet på fullgörandegaranti i enlighet med AB 04

kap. 6 § 21 är uppfyllt. SMAB avstod emellertid från att komplettera sitt anbud, varför BTF:s anbud ensamt bedömdes uppfylla kvalificeringskraven i AFB.31. Borlänge Energis begäran om komplettering har skett i enlighet LOU och med beaktande av likabehandlingsprincipen. Borlänge Energi är beredd att kvalificera SMAB anbud till utvärdering, vilket dock inte påverkar tilldelningen eftersom BTF lämnat anbud med det lägsta priset.

BTF motsätter sig SMAB:s ansökan och anför i korthet följande. Både BTF och SMAB lämnade orena anbud. SMAB uppfyller inte kravet på säkerhet enligt AFB.31 och AFC.631. BTF uppfyller dock det krav som Borlänge Energi har ställt på säkerhet i form av försäkring motsvarande fullgörandegaranti.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad SMAB anfört är visat att Borlänge Energi har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att SMAB lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Fråga om BTF:s uppfyllelse av ska-krav och komplettering av anbudet

Av förfrågningsunderlaget framgår att Borlänge Energi kommer att anta det anbud i upphandlingen som har lägst pris (AFB.52). I förfrågningsunderlaget anges vidare, under rubriken "Anbudets form och innehåll", att

uppgift om "Erbjuden säkerhet" ska anges i anbudet (AFB.31 p.4) och att säkerhet ska utgöras av bankgaranti eller försäkring i försäkringsbolag samt att säkerheten inte får vara tidsbunden (AFC.631). Av de administrativa föreskrifterna framgår vidare att Allmänna bestämmelser AB 04 utgör en del av förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen (AFB.22).

SMAB har gjort gällande att BTF:s anbud inte uppfyller det obligatoriska krav på säkerhet som redogjorts för ovan och att BTF tillåtits göra en otillåten komplettering då man efter anbudstiden gett in handlingar i form av erbjuden bankgaranti och sedermera även ett "Försäkringsbrev - Anbudsgaranti" från Nordic Guarantee gällande fr.o.m. den 4 maj 2012. SMAB påtalar, beträffande den bankgaranti som BTF lämnat, att denna avviker från de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget och att erbjuden bankgaranti måste ses som en otillåten reservation som inte är prissatt, och att anbudet från BTF även av det skälet borde ha förkastats.

Borlänge Energi anser att BTF, genom kompletteringen av försäkringsbrevet från Nordic Guarantee, uppfyller det aktuella kravet på säkerhet. Borlänge Energi hävdar - såvitt avser den första kompletteringen i form av en bankgaranti på 5 % av anbudssumman - att man med stöd av 9 kap. 8 § första stycket LOU haft fog för att tillåta BTF att rätta den uppenbara fel skrivningen och komplettera anbudet ytterligare. Borlänge Energi menar vidare att kompletteringen har skett i enlighet med 9 kap. 8 § andra stycket LOU och utan risk för särbehandling då även SMAB getts tillfälle att komplettera sitt anbud.

SMAB har pekat på att anbudet från BTF inte innehöll någon uppgift om vilken säkerhet som erbjuds vid anbudstidens utgång den 12 april 2012. Varken BTF eller Borlänge Energi har bestritt detta påstående. Förvaltningsrätten konstaterar i likhet med SMAB att det av ingivet anbud från BTF inte kan utläsas i vad mån BTF erbjuder beställaren säkerhet i form av bankgaranti eller försäkring i försäkringsbolag. Det försäkringsbevis i form

av en allrisk- och ansvarsförsäkring som bifogats BTF:s anbud är, såvitt förvaltningsrätten förstått, inte kopplat till kravet på säkerhet enligt AFB.31 p.4/AFC.631, utan hänför sig till ett annat obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget (AFB.31 p.3 och AFC.54 vilken den senare hänvisar till AB 04 kap. 5 § 22). Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att anbudet från BTF inte uppfyllde förfrågningsunderlagets obligatoriska krav i det skick det förelåg vid anbudstidens utgång.

Enligt förvaltningsrättens mening strider det mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att komplettera anbudet med nya handlingar eller uppgifter som tidigare utlämnats och som erfordras för att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Förvaltningsrätten anser därför – även med beaktande av att båda anbudsgivarna getts tillfälle att komplettera sina anbud – att det inte funnits förutsättningar för Borlänge Energi att med stöd av 9 kap. 8 § andra stycket LOU tillåta BTF att komplettera sitt anbud på det sätt som skett. Det har inte heller framkommit omständigheter som talar för att BTF av uppenbart förbiseende utlämnade uppgiften om erbjuden säkerhet eller att det annars varit fråga om ett sådant fel i lämnat anbud som kan rättas med stöd av 9 kap. 8 § första stycket LOU.

SMAB:s uppfyllelse av ska-krav och risken för skada

För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs att SMAB, till följd av Borlänge Energis förfarande, har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada.

En anbudsgivare vars eget anbud rätteligen förkastats riskerar normalt sett inte att lida skada, även om vinnande anbud visat sig inte uppfylla samtliga obligatoriska krav. Såvitt förvaltningsrätten kunnat förstå skrivningen i tilldelningsbeslutet och Borlänge Energis egen argumentation i förvaltningsrätten, har SMAB:s anbud inte diskvalificerats på den grunden att anbudet inte uppfyller det obligatoriska kravet på säkerhet såsom det

kommer till uttryck i AFB.31 p.4 och AFC.631 i förfrågningsunderlaget. Enligt nämnda punkt i förfrågningsunderlaget ska i anbudet lämnas uppgift om erbjuden säkerhet. Enligt den täckbestämmelse i AB 04 som ska gälla för kontraktet framgår vidare att säkerhet ska överlämnas två veckor efter att avtal har träffats. Förvaltningsrätten noterar vidare att Borlänge Energi i yttrande till förvaltningsrätten uppger att man anser att båda anbudsgivarna uppfyller kravet i AFB.31 p. 4 och att man därmed är beredd att kvalificera SMAB:s anbud till utvärderingen, dock med påpekandet att BTF ska tilldelas kontraktet såsom ha lämnat det anbud som har lägsta pris. I SMAB:s anbud anges att bolaget "kan erbjuda moderbolagsborgen eller bankgaranti som säkerhet." Förvaltningsrätten anser inte att skrivningen kan tolkas på det sätt som BTF gjort gällande, utan anser att SMAB uppfyller kravet på att lämna uppgift om erbjuden säkerhet såsom det framställs i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening har Borlänge Energi inte haft fog för att förkasta anbudet från SMAB på den grund som skett och SMAB får anses ha lidit skada till följd av Borlänge Energis förfarande. Då bristerna i upphandlingsförfarandet inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att Borlänge Energi genomför en ny anbudsutvärdering där anbudet från BTF inte får ingå.

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



Karin Forslund Johansson
rådman