



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2013-07-05
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Mål nr
1977-13
Domare 2:4

Sida 1 (9)

SÖKANDE

LMT Elteknik AB, 556463-2635
Anders Engqvist
Gasklocksgatan 3
291 54 Kristianstad

MOTPART

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590
Box 1713
501 17 Borås

KONKURRENSVERKET	
2013-07-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Energi och Miljö AB (BEM) genomför en upphandling, förenklat förfarande, som benämns Byte styrsystem Fristad närvärmecentral. Genom beslut den 5 april 2013 har LMT Elteknik AB:s (LMT) anbud förkastats. Genom tilldelningsbeslut den 19 april 2013 har AutoPro Sverige AB (Autopro) tilldelats kontraktet i upphandlingen. LMT har ansökt om överprövning och dess ansökan inkom till förvaltningsrätten den 26 april 2013. BEM har inkommit med yttrande i målet den 6 maj 2013 och därvid yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Förvaltningsrätten har genom beslut den 15 maj 2013 avslagit BEM:s yrkande härom.

Dok.Id 103860

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Enhet 2

DOM

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser en anläggning i form av en närvärmecentral med ett lokalt fjärrvärmenät. Anläggningen är belägen vid Fristads folkhögskola och består av två oljepannor på 2,5 MWv vardera, två biopannor (briketter) på 2,5 MWv vardera och två pellets pannor på 0,53 MWv vardera. Anläggningens styrsystem ska bytas i syfte att minimera oljeförbrukningen, optimera lastfördelningen mellan pannorna och kunna få övervakning av anläggningen från kontrollrummet vid Ryaverket i Borås. Det är ett uppdrag som är föremål för en totalentreprenad enligt ABT 06. Upprättade handlingar enligt avsnitt AFB.22 ska inte betraktas som kompletta projekteringsanvisningar över ingående material och utrustning, utan redovisar endast vissa fastlagda fordringar som ska tillgodoses. Totalentreprenaden omfattar att, med det underlag som anges i avsnitt AFB.22, en komplett leverans för byte av styrsystem. Entreprenören ska låta utföra och bekosta erforderliga ritningar och beskrivningar. Kontraktsarbeten omfattar allt material och arbete, även om det inte specificeras i förfrågningsunderlaget, till en fullt färdig och fungerande anläggning som är klar för ibrukttagande. Vid anbudsprövningen används lägsta pris som tilldelningskriterium.

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Under anbudstiden har sex anbud inkommit. Endast Autopros anbud har bedömts uppfylla samtliga ska-krav och vara fritt från reservationer. Autopros anbud har därför antagits och övriga anbud förkastats.

YRKANDEN

LMT yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Autopros anbud ska förkastas och LMT:s anbud antas. I andra hand yrkar LMT att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

BEM anser alltjämt, även med beaktande av beslut den 15 maj 2013, att LMT:s ansökan ska avvisas. För det fall förvaltningsrätten inte finner skäl för avvisning anser BEM att LMT:s ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

LMT: Det har inte funnits skäl att förkasta bolagets anbud. Däremot har det funnits skäl att förkasta Autopros anbud. Dessutom har LMT offererat ett lägre anbudspris.

Den ena grunden som angivits för att förkasta LMT:s anbud är att bolaget i förfrågningsunderlagets bilaga avseende teknisk beskrivning efterfrågas uppgifter som saknas. De begärda uppgifterna saknar betydelse för anbudsprövningen. Vidare är kraven i den tekniska beskrivningen vagt utformade, bl.a. då uttryck som "med eventuella förbättringar" används. Dessutom innebär kravet avseende funktionslogik endast att ett förslag ska lämnas. Av avsnitten AFB.31 och AFB.51, där kvalificeringskraven anges, framgår inte heller att de krav på uppgiftslämning som anges i bilagan utgör kvalificeringskrav.

Den andra grunden som angivits för att förkasta bolagets anbud är att avsnitt 10.1 i bolagets anbud innehåller reservationer. De punkter som anges under denna punkt utgör dock endast förtydligande av förutsättningar samt tillhandahållande av handling från BEM, vilket diskuterades vid visning av anläggningen den 11 mars 2013. Avseende vad LMT angivit under de olika punkterna anføres följande (det i anbudet angivna i normal stil och det som nu anføres i kursiv stil):

Som förutsättning för genomförande av projektet har LMT utgått från följande:

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Enhet 2

DOM

- Att tredje parts utrustning och mjukvara fungerar och lämnar eventuella data som förväntat. *Då entreprenaden endast omfattar byte av styrsystem kan det knappast anses som någon reservation att man utgår från att befintlig utrustning, som är installerad av BEM och inte ska bytas ut, fungerar och levererar den data som krävs.*
- Att allt arbete kan utföras under ordinarie arbetstid (kl. 07.30 – 16.00). *Då det i förfrågan inte ställs några krav på att arbetet ska utföras på obekväm arbetstid förutsätter vi att arbetet kan utföras på dagtid.*
- Att vid ev. forcering eller planlagt arbete ha tillgång till panncentralen obegränsad tid. *Då det med hänsyn till betydelsen av att kunna upprätthålla leveransen av fjärrvärme under byte av styrsystem kan det ibland vara tvunget att forcera och förlägga arbetet på tid efter kl. 16.30. Vid dessa tillfällen utgör tillgång till anläggningen under obekväm arbetstid ibland en förutsättning. Detta diskuterades med representant för BEM vid visning av området, varvid representanten lämnade sitt samtycke.*
- Att beställaren tillhandahåller 1 st. operatör med god kännedom om hur panncentralen fungerar under drifttagning, om så önskas. *Detta togs upp som en önskan av representanten från BEM vid visningen av området. BEM:s representant ville att driftspersonal skulle kunna delta under drifttagning som en form av utbildning.*
- Att beställaren tillhandahåller el-dokumentation för HP1 – HP4 i digitalt och redigerbart format, exempelvis dwg. *Enligt BEM:s representant vid visningen av området fanns förmodligen el-dokumentation i digitalt format för HP1 – HP4. Detta har BEM bekräftat genom e-postmeddelande den 11 mars 2013 (se kopia ingiven till förvaltningsrätten). Om denna förutsättning inte skulle vara uppfylld hade priset påverkats väsentligt.*

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Enhet 2

DOM

- Ändringar i utförandet ska godkännas av både beställare och LMT. *Vid ABT ska ändringar beslutas vid byggmöten och godkännas av båda parter.*
- Ändringar i levererade program av beställaren eller av denne utsedd part som hänför sig till denna leverans innebär att garantin upphör, om ändringen inte är godkänd av LMT. Skulle levererade program användas i annat syfte står hela ansvaret på kund eller av denne utsedd part. *Mot bakgrund av det funktionsansvar som åvilar entreprenören vid ABT kan LMT inte åta sig att garantera funktion om annan part under garantitiden ändrar i LMT:s program utan dess godkännande.*

Vid bedömningen bör det även beaktas att endast reservationer eller liknande som innebär att anbudet avviker från ställda krav ska föranleda att ett anbud förkastas.

BEM: BEM har inte brutit mot LUF. Detta oaktat har LMT inte lidit och kan inte heller komma att lida skada.

Enligt BEM:s mening är det otvetydigt att de s.a.s. förutsättningar som LMT tagit upp under avsnitt 10.1 i LMT:s anbud utgör reservationer. Dessa reservationer diskuterades inte vid visningen av området. BEM är alltid mycket noga med att inte diskutera något av betydelse vid dessa visningar just för att minimera risken för att likabehandlingsprincipen ska komma att trädas för när. Emellertid är det viktigt att anbudslämnarna får komma på visning eftersom det möjliggör ett bättre anbudslämnande för båda parter.

De krav som följer av bilagan för teknisk beskrivning är obligatoriska, vilket framgår av att ordet ska använts. Kravet på redovisning av vissa uppgifter är inte vag. Uttrycket "med eventuella förbättringar" innebär en för-

hoppning om förbättringar i det nya återskapade systemet. Detta strider inte mot LUF. Att BEM krävt att anbudslämnarna ska lämna ett förslag strider inte heller mot LUF.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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.

Av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 framgår bl.a. följande. Av 16 kap. LUF framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LUF. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda mo-

ment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt 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).

För att förvaltningsrätten ska kunna pröva en ansökan om överprövning krävs att denna kommit in till förvaltningsrätten i rätt tid samt att vissa andra krav av formell natur uppfylls (jfr 16 kap. 4 § LUF och 3 – 6 §§ för-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Enhet 2

DOM

valtningsprocesslagen [1971:291, FPL]). Något krav på att den som ansöker om överprövning faktiskt har lidit eller kan komma att lida skada uppställs inte; det är tillräckligt att man anser sig lida eller kunna att komma lida skada (jfr 16 kap. 4 § LOU). LMT:s ansökan har kommit in i rätt tid och övriga formella krav är uppfyllda. Mot bakgrund härav saknas anledning att avvisa LMT:s ansökan.

Den som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen kan inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LUF (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11). Det finns därför grund att först pröva om BEM haft grund för att förkasta LMT:s anbud.

Enligt förvaltningsrättens mening utgör de punkter LMT tagit upp under punkt 10.1 i sitt anbud tilläggsförutsättningar i förhållande till vad som framgår av förfrågningsunderlaget. De är inte oväsentliga och är dessutom utformade som ensidiga krav från LMT:s sida. Då de inte kan betraktas som förslag eller liknande som den upphandlande kan godta eller bortse ifrån utan att de påverkar anbudet så är det fråga om otillåtna reservationer. BEM har därför haft fog förkasta LMT:s anbud på denna grund.

I de avsnitt som reglerar kvalificeringskraven i upphandlingen (AFB.31 och AFB 51.) anges bl.a. att anbudet ska vara baserat på under AFB.22 angivet förfrågningsunderlag och att beställaren kommer att från upphandlingen utesluta anbudsgivare från urvalsprocessen om denne inte uppfyller samtliga ska-krav. Bilagan för teknisk beskrivning ingår i det i AFB.22 angivna förfrågningsunderlaget och innehåller ett ska-krav enligt följande. Anbudet ska innehålla förslag till funktionslogik som gör att ovan nämnda krav nås. Således framgår det tillräckligt klart att anbud ska innehålla förslag till funktionslogik för att anses kvalificerat. Det framgår även att BEM haft för avsikt att särskilt kontrollera om inkomna anbud innehåller ett för-

slag till funktionslogik eller inte. Därmed har kravet betydelse för anbudsprövningen. I målet är ostridigt att LMT:s anbud helt saknar förslag till funktionslogik. BEM har därför haft fog för att förkasta LMT:s anbud även på denna grund.

Sammantaget har BEM haft fog för att förkasta LMT:s anbud på två olika grunder som båda var för sig varit tillräckliga för att förkasta LMT:s anbud. LMT kan därmed inte anses lida skada i den mening som avses i LUF, varför ansökan om överprövning ska avslås.

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


Susanne Karlberg

