



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Ann Bladh

DOM
2011-06-21
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1260-11 E
Domare 1:3

SÖKANDE

Stora Mellby Rör AB, 556192-6055
Gräsgatan 4
466 94 Sollebrunn

MOTPART

Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-06-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Borås stad (Staden) genomför en upphandling enligt LOU av en totalentreprenad avseende avveckling av oljepanna vid Kilskolan samt installation av separata bergvärmeanläggningar vid Kilskolan och Slättängsskolan. Upphandlingen har handlagts enligt reglerna om förenklat förfarande. Staden meddelade i tilldelningsbeslut den 28 februari 2011 att ett annat bolag än Stora Mellby Rör AB skulle antas som entreprenör.

YRKANDEN M.M.*Ansökan om överprövning*

Stora Mellby Rör AB begär överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Det vinnande anbudet är behäftat med sådana felaktigheter och brister att det vid en korrekt hantering och utvärdering skulle ha förkastats. Följande brister och felaktigheter kan konstateras.

Dok.Id 40045

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Östra Storgatan 33 A	Telefon 036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	--------------------------------	---

Det vinnande anbudet uppfyller inte alla skall-krav

Det vinnande anbudet uppfyller inte skall-kravet för värmepumpseffekt på Kilskolan. Enligt förfrågningsunderlagets rambeskrivning, röranläggning, ska värmepumparna leverera 46 kW vid 0/55° och förtydligat att angivna effekter inte ska underskridas (s. 6). Värmepumparna i anbudet ger 44,2 kW vid 0/50° och sannolikt ännu mindre vid 0/55°. Anbudet uppfyller vidare inte skall-kravet för värmepumpseffekt på Slättängsskolan. Enligt förfrågningsunderlaget ska värmepumparna leverera 116 kW vid 0/55° och förtydligat att angivna effekter inte ska underskridas (s. 6). Värmepumparna i anbudet ger 101,4 kW vid 0/50° och sannolikt mindre vid 0/55°. Anbudet uppfyller inte heller skall-kravet för total spets-effekt på Slättängsskolan. Enligt förfrågningsunderlaget ska effekten vara minst 116 kW och förtydligat att angivna effekter inte ska underskridas (s. 6). Elspets-effekten i det vinnande anbudet är 99 kW, vilket visserligen är tydligt beskrivet och motiverat, men effektkravet uppfylls inte. Om avvikelserna avseende elspets-effekt är att betrakta som en reservation, är den inte korrekt eftersom den inte är prissatt. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att de angivna effekterna inte ska underskridas. Av stadens krav på alternativt utförande framgår inte att förevarande skall-krav inte ska vara uppfyllt.

Om inte de skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget gäller vid utvärderingen av anbuderna blir LOU i stora delar verkningslös. Syftet med ett förfrågningsunderlag är att ange vilka krav som ställs på anbudsgivarna och offererade produkter. Om sedan dessa krav inte anses gälla råder inte konkurrens på lika villkor. Det blir som anbudsgivare omöjligt att veta vad beställaren egentligen vill ha om kraven i förfrågningsunderlaget inte behövs uppfyllas. Därutöver är Stadens utvärdering av anbuderna felaktig i sak. Det vinnande anbudet är inte det mest ekonomiskt fördelaktiga.

Icke-prissatt reservation

I det vinnande anbudet har lämnats en reservation mot tidsavvikelser på grund av värmebehov och tjäle. Enligt anbudsinfordran ska arbetet vara färdigställt april månad 2011. Enligt förfrågningsunderlagets punkt AFB.31 ska eventuella reservationer vara prissatta, vilket förevarande reservation inte är.

Det vinnande anbudet har inte varit komplett

Det vinnande anbudet har inte lämnats enligt det formulär som bifogats förfrågningsunderlaget. Dessutom saknas uppgifter om fördelning av anbudssumman, debiteringsnormer enligt formulär till anbud, namngiven person som har miljöansvar för entreprenaden, miljödeklaration för leverantörer, entreprenörer och konsulter, entreprenörens kvalitetssystem enligt AFD.35 samt svarsblankett vid upphandling. Beträffande fördelningen av anbudssumman och debiteringsformer enligt formulär till anbud har dessa en mycket stor inverkan på anbudssumman eftersom det finns ett krav på s. 14 i förfrågningsunderlagets rambeskrivning, röranläggning, att alla värmepumpar inom varje anläggning ska vara lika stora samt att det totala borrhjupet och antalet energibrunnar ökar för varje kW värmepumpeffekt som installeras. Det är sannolikt att Staden har haft kännedom om den vinnande anbudsgivaren sedan tidigare och därför inte ansett sig behöva vissa uppgifter. Staden kan emellertid inte ha haft kännedom om fördelningen av anbudssumman eller namnet på den person som ska ha miljöansvaret för entreprenaden. Anbudsgivarna i upphandlingen har genom Stadens förfaringsätt inte fått konkurrera på lika villkor.

Staden bryter mot LOU genom att ha tilldelat entreprenaden till ett företag som inte uppfyller de skall-krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Var och en av de ovan nämnda icke uppfyllda skall-kraven samt bristerna i anbudet är så pass allvarlig att det vinnande anbudet borde ha förkastats.

Om det vinnande anbudet hade förkastats, skulle deras anbud ha vunnit upphandlingen eftersom det är det billigaste alternativet och det uppfyller samtliga ställda krav. Bolaget har därmed lidit skada.

Motpartens inställning

Staden bestrider bifall till Stora Mellby Rör AB:s begäran om överprövning och anför bl.a. följande.

Det vinnande anbudet uppfyller inte alla skall-krav

Vad Stora Mellby Rör AB har anfört om kraven på värmepumparnas effekt är endast delvis rätt. Det är i och för sig riktigt att det av förfrågningsunderlaget framgår att de angivna effekterna inte ska underskridas, men längre fram i texten (s. 7) framgår det också att de angivna effekterna avser maximalt beräknat effektbehov då en av värmepumparna är ur drift och man kopplat in reservpannan på 40 kW. Ytterligare längre fram i rambeskrivningen, röranläggning (s. 11) finns den text som var den formella bakgrunden för Staden att acceptera det vinnande anbudet. Där står nämligen följande: "Uppfyller den värmepump entreprenören önskar offerera inte vissa krav, men den övergripande funktionen bedöms kunna uppnås, kan typen offereras ändå, under förutsättning att avvikelserna tydligt anges i anbud". Om en anbudsgivare har en värmepump som inte uppfyller de tekniska specifikationerna, så kan den anläggningen ändå offereras under förutsättning att avvikelserna tydligt anges i anbudet. Det framgår tydligt av det vinnande anbudet vilken effekt den offererade anläggningen har. Stora Mellby Rör AB:s anbud avvek från förfrågningsunderlaget genom att de offererade pumparna hade ett för högt amperebehov samt att de var för stora för att få plats i det anvisade utrymmet. Dessa avvikelser var i sig tillräckliga för att inte anta Stora Mellby Rör AB:s anbud. Vid en nollställning av anbuden, tillsammans med upprättad LCC-kalkyl, visade det sig härtill att det vinnande anbudet var 776 695 kr lägre än anbudet från

)

)

Stora Mellby Rör AB. Det vinnande anbudet kommer under pumparnas hela drifttid att bli avsevärt billigare än de pumpar som Stora Mellby Rör AB har offererat. De ovan nämnda relaterade omständigheterna sammantagna gjorde att Staden valde att använda sig av den i förfrågningsunderlaget angivna möjligheten att anta det anbud som uppfyllde ”den övergripande funktionen”. Enligt LOU är det tillåtet att använda sig av alternativa utföranden så länge det i förfrågningsunderlaget anges vilka minimikrav som gäller. I förevarande fall har minimikravet angetts som att ”den övergripande funktionen bedöms kunna uppnås”. Staden har vid utvärderingen av det vinnande anbudet kommit fram till att dessa värmepumpar uppnår den övergripande funktionen.

Icke-prissatt reservation

Det är riktigt att reservationen i det vinnande anbudet angående eventuell tjäle i marken inte var prissatt. Staden bortsåg vid utvärderingen från detta eftersom man helt enkelt förutsatte att det under hela april månad är ytterst ovanligt att det är tjäle i marken i Borås. Med facit i hand visade sig detta dessutom stämma. Staden förbehåller sig rätten att prissätta reservationer. I detta fall har man prissatt reservationen angående eventuell tjäle i marken till 0 kr eftersom en sådan reservation inte har ansetts vara relevant och således inte prispåverkande.

Det vinnande anbudet har inte varit komplett

Stora Mellby Rör AB:s anmärkning är riktig i sak, utom i avseende på miljödeklarationen där blanketten har varit ifylld samt på kvalitetsplanen som har bifogats anbudet. Anledningen till att Staden ansåg att anbudet kunde antas trots avsaknaden av de övriga uppgifterna var att samtliga de uppgifter som saknades fanns tillgängliga på Lokalförsäljningskontoret i ett annat ärende. Staden hade haft möjlighet att begära ett förtydligande eller en komplettering i de avseenden där uppgifter saknades men avstod från

detta eftersom förevarande uppgifter redan fanns tillgängliga. Staden hade även kännedom om anbudsgivaren sedan tidigare, däribland bl.a. vem som kommer att ha det övergripande miljöansvaret för entreprenaden. Att någon fördelning av anbudssumman inte har gjorts i det vinnande anbudet har Staden ansett sakna betydelse för utvärderingen av anbudet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förfrågningsunderlaget

I rambeskrivning, röranläggning, specificeras de krav som de offererade bergvärmesystemen ska uppfylla för att antas. Under rubriken ”Tekniska förutsättningar” (s. 5 ff.) anges olika värden avseende bl.a. tappvatten, värmesystem och energi- och effektbehov. Avseende effektbehovet anges som ett skall-krav att angivna effekter ej ska underskridas.

I nämnda rambeskrivning under rubriken ”Avvikelser från förfrågan” (s. 10 f.) anges bl.a. följande.

”Syftet med förfrågan är att standardvärmepumpar med standardfunktioner (ev. standardiserade tilläggsfunktioner) skall användas.

Förfrågan uttrycker vissa krav, framför allt vad gäller styrfunktioner, som inte givet uppfylls av alla fabrikat.

Uppfyller den värmepump entreprenören önskar offerera inte vissa krav, men den övergripande funktionen bedöms kunna uppnås, kan typen offereras ändå, *under förutsättning att avvikelserna tydligt anges i anbud.*”

Förvaltningsrättens bedömning

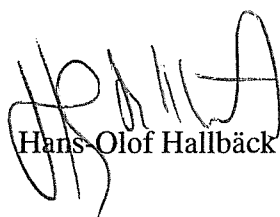
Stora Mellby Rör AB gör i målet gällande att Staden har handlat i strid med LOU genom att med stöd av ett otydligt förfrågningsunderlag utvärderat och antagit ett anbud som inte uppfyllt samtliga skall-krav avseende bergvärmepumparnas tekniska förutsättningar.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning. Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma hur ett förfrågningsunderlag ska utformas och vilken utvärderingsmodell den önskar använda i en upphandling så länge det inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga grundprinciperna om bl.a. likabehandling, förutsebarhet och öppenhet. Av dessa principer följer bl.a. en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, dvs. att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att leverantörerna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara så klart och tydligt formulerat att det med utgångspunkt i underlaget ska gå att skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

I aktuellt förfrågningsunderlag, i rambeskrivningen avseende röranläggning, specificeras de krav som ställs på de bergvärmepumpar som ska

installeras vid Kilskolan och Slättängsskolan. I förfrågningsunderlaget anges emellertid samtidigt att Staden har möjlighet att anta anbud där de offererade värmepumparna inte uppfyller vissa krav, men ändå bedöms kunna uppnå ”den övergripande funktionen”. Det ges emellertid i förfrågningsunderlaget inte någon ledning för leverantörerna i vad som närmare avses med att en värmepump bedöms uppfylla den övergripande funktionen eller vad som ska tillmätas betydelse vid bedömningen och värderingen därav. Bedömningen av vad som avses med den övergripande funktionen hos en värmepump ger därmed stort utrymme för godtycke och får anses medföra en i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Leverantörerna har därmed saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuden. Den vaga formuleringen strider mot kraven på öppenhet, förutsebarhet och likabehandling, vilket innebär att Stora Mellby Rör AB kan ha lidit skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte tillfyllest utan upphandlingen måste göras om. Redan på denna grund ska ansökan om överprövning bifallas och skäl saknas att gå närmare in på sökandens övriga invändningar.

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


Hans Olof Hallbäck