



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-04-18
Meddelad i
Linköping

Mål nr
897-13

SÖKANDE

Tyréns AB, 556194-7986
118 86 Stockholm

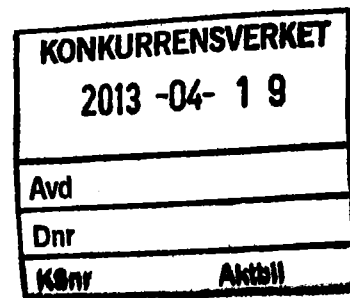
MOTPART

Samhällsbyggnadsnämnden i Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: Jenny Björkholm
Linköpings kommun
Juridikgruppen
581 81 Linköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Tyréns AB:s anbud ska beaktas i utvärderingen.

Dok.Id 117434

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Samhällsbyggnadsnämnden i Linköpings kommun (kommunen) genomför en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU avseende *Underlag till åtgärdsprogram för partiklar, PM10, i Linköpings tätort* (upphandlingen). I tilldelningsbeslut meddelat den 29 januari 2013 redovisas att tre leverantörer har lämnat anbud varvid SMHI tilldelats uppdraget.

Tyréns AB (bolaget) ansöker nu om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolagets anbud inte ska förkastas utan ska ingå i utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen har förkastat anbudet på två grunder, otillåten reservation och att kravet på metod inte ansetts uppfyllt.

Kommunen har på grund av formuleringen ”beräkningar ska utföras i SIMAIR-väg och det förutsätts att kommunens licens kan användas” i genomförandebeskrivningen förkastat anbudet. SIMAIR är en webbaserad tjänst för att utvärdera halterna av luftföroreningar i vägars närområde och tillhandahålls av SMHI under vissa villkor. Kommunens kommentar till formuleringen var att konsulter får använda kommunens licens under förättning att man har ett uppdrag och betalar för sitt nyttjande av licensen till SMHI. Enligt kommunen anges detta inte i anbudet och kommunen anser att frågan är så avgörande att den måste betrakta formuleringen som ett nytt anbud. Kommunen menar att frågan hade kunnat utredas under

anbudstiden. Formuleringen ska dock inte tolkas som ett nytt anbud eller som en reservation. I de administrativa föreskrifterna under delmoment 1 anges att kommunen har licens för SIMAIR-väg vilket har tolkats som en information till anbudsgivaren att kommunens licens kan användas. Detta bekräftas även genom tilldelningsbeslutet. Genom denna information måste avsikten ha varit att anbudsgivarna skulle vara medvetna om att endast ett s.k. hängavtal behövdes för konsulten. Att använda uppdragsgivarens licens (grundabonnemang) är ett vedertaget sätt att hantera tillgången till dessa system. På SMHI:s hemsida framgår att anlitade konsulter kan få fördel av att nyttja kommunens grundabonnemang, dvs. för att få en lägre kostnad för att använda systemet. Med all tydlighet framgår att det endast är ett nyttjande av kommunens licens som avses. Uppenbarligen gav detta upphov till oklarhet hos kommunen vid utvärderingen och möjligheter att förtydliga den ifrågasvarande formuleringen borde ha getts.

Kommunen har även förkastat anbudet för att det av genomförandebeskrivningen delmoment 2 framgår att SIMAIR-väg ska användas. Kommunen har anfört att SIMAIR-väg inte ger tillräckligt underlag till en spridningskarta av god kvalitet. I de administrativa föreskrifterna under punkt AUB.31 framgår vad som ska redovisas i anbudet vilket omfattar en beskrivning av hur konsulten vill genomföra projektet. Detta har tolkats som en genomförandebeskrivning. Något krav på att metoder eller andra tekniska krav ska redovisas finns inte. Anbudet uppfyller därmed villkoren och ska inte förkastas. Under punkten AUB.51 anges att prövning av genomförandebeskrivningen kommer att ske. Kommunen ställer, vid utvärderingen, krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Det finns inte några föreskrivna metoder i förfrågningsunderlaget och uppfattningen är att en kort genomförandebeskrivning inte ska innehålla alla delar utan endast en översiktlig beskrivning av vad som ska utföras. Kommunen har lagt in andra krav och kriterier i efterhand. Inget av det som kommunen anför visar att anbudet på något sätt inte uppfyller skall-kraven eller på ett annat

sätt visar att uppdragets mål inte skulle uppfyllas. I förfrågningsunderlaget finns inte angivet något krav på mätningar. Det enda som framgår är data från historiska mätningar som kommunen utfört och som kan utgöra underlag till konsulten. Det kan inte anses förutsägbart vad som har utvärderats. SMHI redovisar även att SIMAIR-väg ska användas, men SMHI:s anbud har inte förkastats. Av SMHI:s anbud framgår att man ska använda SIMAIR-scenario, en metod som inte finns tillgänglig på marknaden utan är under utveckling av SMHI.

Kommunen

Bolaget har i sitt anbud angivit att det förutsätter att det kan använda kommunens licens i stället för att teckna ett eget avtal, och har därmed lämnat en reservation. Någon grund för bolagets antagande finns inte i förfrågningsunderlaget eller av andra skäl. Tvärtom anges i förfrågningsunderlaget under punkt AUC.615 att någon ersättning för konsultens användande av dator och/eller datorprogram för beräkningar, ritningsarbeten e.d. inte kommer att utgå. Att det är gängse att konsulter använder beställarens grundabonnemang (licens) om sådan finns stämmer inte. Konsulter måste själv teckna avtal t.ex. i form av ett hängavtal till kommunens avtal. Någon rätt att använda SIMAIR utan sådant avtal finns inte. Priset är dock olika beroende på om det finns ett grundabonnemang eller inte. Det noteras att bolaget inte har ställt någon fråga om licensen under anbudstiden. En anbudsgivare har inte rätt att kräva att kommunen begär in ett förtydligande eller en komplettering, vilket framgår av punkt AUB.313. Det har inte varit möjligt att tillåta bolaget att förändra sitt anbud i denna del då detta skulle strida mot LOU. Ett förtydligande får endast avse redan tidigare lämnad information och en komplettering får endast avse sådant material som anbudsgivaren vid anbudsgivningen inte hade tillgång till.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att genomförandebeskrivning med bedömd tidplan ska beskriva upplägg och genomförande av uppdraget.

Beskrivningen ska utgå från den precisering av uppdraget som redovisas i punkt AUC.1. Den genomförandebeskrivning som bolaget har lämnat visar att metoden som man avser att använda inte uppfyller de krav på mätningar kommunen angivit. SIMAIR-väg kan inte användas för att skapa exponeringskartor eftersom resultatet av beräkningarna inte är yttäckande. I förfrågningsunderlaget har det för delmoment 1 anvisats beräkningar med hjälp av SIMAIR. För delmoment 2 ska en befolkningsexponeringskarta tas fram, vilket kan ske med olika spridningsmodeller, där resultatet ska vara kompatibelt med SIMAIR. Beräkningar med hjälp av SIMAIR-väg ger inte den noggrannhet som behövs för att få en spridningskarta av tillräckligt god kvalitet. SMHI har i sitt anbud nämnt SIMAIR-väg för beräkning i delmoment 1. För delmoment 2 avser SMHI att använda flera SIMAIR-verktyg. Detta sätt att utföra uppdraget uppfyller de krav som ställts på uppdragets genomförande i förfrågningsunderlaget. Således skiljer sig bolagets och SMHI:s anbud åt i detta avseende. SMHI:s metod är inte den enda metoden som kan användas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. 3 § LOU. Även om upphandlingar enligt 15 kap. LOU ligger utanför det direktivstyrda området ska unionsrätten inklusive EU-domstolens domar ändå beaktas.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip 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 (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har inledningsvis gjort gällande att bolagets anbud inte ska förkastas då det inte innehåller en otillåten reservation.

Av handlingarna framgår att bolaget i genomförandebeskrivningen har angett bl.a. att ”beräkningarna ska utföras i SIMAIR-väg och det förutsätts att kommunens licens kan användas”. Kommunen har tolkat bolagets formulering som en otillåten reservation och förkastat anbudet. Bolaget har invänt att bolaget inte har fått möjlighet att förtydliga formuleringen och att kommunen har missuppfattat densamma.

Förvaltningsrätten instämmer i kommunens anförande om att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att begära in förtydligande eller kompletteringar. Kommunen får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (jfr exempelvis EU-domstolens dom den 29 mars 2012 i mål C-599/10).

När det gäller frågan om bolaget har lämnat en otillåten reservation kan förvaltningsrätten av punkt AUB.51 i förfrågningsunderlaget inte utläsa några specifika återgivelse utan enbart att anbudsgivaren ska lämna en genomförandebeskrivning som beskriver upplägg och genomförande av

uppdraget. Däri ska framgå hur projektgruppens olika kompetenser kommer användas i projektet samt att genomförandebeskrivningen ska utgå från den precisering av uppdraget som redovisas i punkt AUC.1. I nyss nämnda punkt beskrivs uppdragets omfattning som bl.a. innefattar tre olika delmoment. Under delmoment 1 framgår bl.a. att Linköpings kommun har licens för SIMAIR-väg och att de beräkningar som behöver göras ska utföras i SIMAIR samt verifieras med mätdata. Mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att bolagets formulering i anbudet inte kan anses innebära att bolaget har lämnat ett orent anbud som medfört att kommunen saknat möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan de ingivna anbuden. Det kan därmed inte anses stå klart att bolaget reserverat sig mot förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner inte att uppgifterna är motstridiga på så vis som kommunen gjort gällande. Kommunen skulle således inte ha förkastat bolagets anbud på denna grund.

Bolaget har därefter gjort gällande att bolagets anbud inte skulle ha förkastats eftersom det uppfyller de skall-krav som ställs i förfrågningsunderlaget.

Av handlingarna framgår att kommunen har förkastat bolagets anbud med anledning av att genomförandebeskrivningen för delmoment 2 inte uppfyller skall-kravet. I förfrågningsunderlaget i punkt AUC.1 för delmoment 2 framgår att leverantören ska ta fram en befolkningsexponeringskarta i digitalt format enligt kartbild två, vilken ska vara kompatibel med SIMAIR. Befolkningsexponeringskartan ska visa bostäder där folk vistas längre tid och ska innehålla dygnsmedelvärde, 90-percentil. Bolaget har angivit att det för delmoment 2 kommer att använda SIMAIR-väg. Kommunen har anfört att SIMAIR-väg inte lämpar sig för detta moment eftersom denna inte ger tillräckligt underlag till en spridningskarta av god kvalitet. Förvaltningsrätten kan av förfrågningsunderlaget utläsa att en genomförande-

beskrivning med tidplan ska lämnas. Några närmare krav på vilka metoder som ska användas för att utföra uppdraget finns inte i förfrågningsunderlagets punkter AUB.51 och AUC.1. Att kommunen under kvalificeringsfasen jämfört bolagets anbud med godtagbara metoder eller tekniska villkor kan inte anses förenligt med de EU-rättsliga principerna och förfarandet är inte förutsägbart för leverantörerna. Kommunens agerade står således i strid med principerna i LOU. Förvaltningsrätten finner att det underlag som kommunen har gett in inte är tillräckligt för att visa att bolagets anbud inte uppfyller det aktuella skall-kravet. Skäl för att förkasta bolagets anbud föreligger därmed inte heller på denna grund.

Förvaltningsrätten anser att bolaget har uppfyllt de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen har således på felaktiga grunder förkastat bolagets anbud. Kommunens agerande har medfört att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada. Förutsättning för åtgärd med stöd av 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed. Oavsett hur bolagets yrkande har utformats har förvaltningsrätten att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47). Eftersom kommunens handlande inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är en rättelse möjlig. Detta får också anses vara en tillräcklig åtgärd. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts i form av en ny utvärdering i upphandlingen varvid bolagets anbud ska beaktas.

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



Frida Nordholm

Föredragande har varit Marion Kronberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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, midsommarafton, 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 nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU