



SÖKANDE

Lindahls Gräv & Anläggning AB, 556741-5558
Säterigatan 5
598 97 Mariannelund

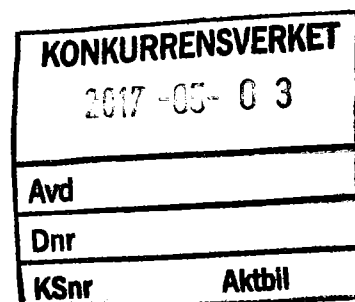
MOTPARTER

1. Eksjö Energi AB, 556005-3950
Telegatan 8
575 36 Eksjö

2. AB Gilbert Gustafssons Entreprenadfirma, 556083-4375
Hultvägen 24
575 36 Eksjö

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Det kommunala bolaget Eksjö Energi AB (Energi) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns VA-utbyggnad Spilhammar (refnr: 16/224). Genom tilldelningsbeslut har AB Gilbert Gustafssons Entreprenadfirma (Gustafssons) antagits. Lindahls Gräv & Anläggning AB (Lindahls) ansöker om överprövning.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning

Upphandlingen avser en utförandeentreprenad med ersättningsformen fast pris utan indexreglering. Upphandlingsföremålet omfattar i huvudsak

Dok.Id 225747

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

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

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

schakt, anläggning och återställning för tryckavloppsledningar och fiberkanalisation öster om Mariannelund, i de östra delarna av Eksjö kommun. En anbudsgivare kommer att antas. Alternativa anbud och sidoanbud tillåts inte.

Anbudens form och innehåll

Enligt förfrågningsunderlagets bestämmelse AFB.31 ska anbud innehålla följande:

- Reglerbara mängder (handling 11.2). Samtliga gulmarkerade celler ska vara ifyllda med offererade priser
- Bevis på metod för kvalitetssäkring enligt AFB.51
- Bevis på metod för miljösäkring enligt AFB.51
- Referenser från tre olika uppdragsgivare enligt AFB.51
- Företagspresentation enligt AFB.51

Anbudsgivare ska på begäran lämna teknisk dokumentation över offererat material och utrustning.

Anbudsprövningen

Prövning av de anbud som inkommit inom föreskriven tid sker, enligt förfrågningsunderlagets AFB.5, i tre steg:

1. *Uteslutningsfas, steg 1:* Kontroll av om det föreligger skäl att utesluta anbudsgivare enligt ÄLOU.
2. *Kvalificeringsfas, steg 2:* De anbud som visat sig uppfylla krav enligt ovanstående steg 1, genomgår därefter en prövning av om samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav (s.k. ska-krav) är uppfyllda. Anbud som innehåller reservationer som inte är prissatta kan komma att förkastas.
3. *Utvärderingsfas, steg 3:* Anbudsutvärdering.

Utvärdering

Enligt AFB.52 och AFB.521 tillämpas tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna:

- Pris (Offererat pris i bifogad mängdförteckning [handling 11.2]. Samtliga gulmarkerade celler ska vara ifyllda).

- Referenser
- Kvalitetssäkring
- Miljösäkring

Övrigt

1. I de administrativa föreskrifterna finns bl.a. följande föreskrift (under rubriken "Ekonomi"):

AFC.612 – Ersättning för reglerbara mängder

De i den tekniska beskrivningen angivna reglerbara mängderna regleras efter uppmätning. Med ändring av AB 04 kap. 6 § 6 ska à-priset gälla oavsett storlek på ändringen.

2. I den tekniska beskrivningen finns bl.a. följande bestämmelser (under rubriken "Apparater, ledningar m.m. i rörsystem eller rörledningsnät"):

PBF.11 – Tryckta eller borrade rörledningar

Schaktfri förläggning (borrning) enligt va-plan R-50.1-100 (161020) med dess sektionsritningar och detaljritning D01, (161020),

I anbudet ska ingå

Komplett färdigborrad sträcka inkl. skyddsror, tätning, indragning mediarör.

Borrplats 1	längd 70 m	TA63 SDR11 PE80
Borrplats 2	längd 70 m	TA63 SDR11 PE80

Å-pris/m ska anges i anbud för reglering av mängd. Se reglerbara mängder.

PBF.12 – Tryckta eller borrade elledningar

Schaktfri förläggning (borrning) utföres enligt va-plan R-50.1-101 (161020) med dess sektionsritningar och detaljritning D01, (161020), gemensamt skyddsror för fibertomrör,

I anbudet ska ingå

Borrplats 1	längd 70 m	f=25 mm SDR11 PE80
Borrplats 2	längd 70 m	f=25 mm SDR11 PE80

Å-pris/lm och borrplats ska anges i anbud för reglering. Se reglerbara mängder.

Tilldelningsbeslutet

Av upphandlingsprotokollet framgår bl.a. följande. Två leverantörer har lämnat anbud och båda har ansetts kvalificerade. Anbudet från Gustafssons antogs som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Lindahls anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen.

YRKANDEN

Lindahls yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Gustafssons ska förkastas. I andra hand yrkar Lindahls att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Energi anser att ansökan ska avslås.

Gustafssons anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Lindahls: Markarbeten är av sådan art att förändringar under entreprenader är mer regel än undantag. Den övergripande orsaken är att det är i princip omöjligt att ha full kännedom om vad som döljer sig under markytan, såvida inte omfattande markundersökningar utförts. I branschen använder man sig

därför av å-priser och reglerbara mängder för att enkelt kunna reglera ändringar under entreprenadtiden. Då ingen markundersökning gjorts i detta fall kan man med största sannolikhet förvänta sig förändringar i entreprenaden; stora som små.

Enligt AFC.612 ska reglering ske efter uppmätt verklig mängd, dvs. verklig längd/mängd multiplicerat med å-pris. I Gustafssons anbud saknas å-pris för styrd borrning enligt PBF.11 och PBF.12 i den tekniska beskrivningen. Det kan därför inte uteslutas att Gustafssons slutsumma (anbudssumma) kommer att överstiga Lindahls slutsumma. Eftersom anbudet därmed är ofullständigt skulle det rätteligen ha förkastats. Energi har således brutit mot ÄLOU genom att anta och utvärdera anbudet från Gustafssons. Detta har i sin tur medfört att Lindahls har lidit eller kan komma att lida skada i ÄLOU:s mening.

Den tekniska beskrivningen består delvis av handlingar från ett helt annat projekt, nämligen Norra Hunsnäsen daterat 2016-09-09. Upphandlingen bör därför göras om.

Energi: Anbudet från Gustafssons innehåller samtliga uppgifter som krävs enligt AFB.31 och är därmed fullständigt. Vidare framgår tydligt av förfrågningsunderlaget vilka kvantiteter av både arbeten och material som ska inkluderas i den anbudssumma som ska lämnas i begärt formulär (reglerbara mängder, handling 11.2). I avsnitt AFB.5 i förfrågningsunderlaget anges även att det är denna anbudssumma som ligger till grund för utvärdering. Det skulle inte vara förenligt med ÄLOU att vid utvärderingen lägga till ytterligare prispositioner utöver vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Att det i handling 11.2 saknas utrymme för att lämna å-priser enligt PBF.11 och PBF.12 saknar i praktiken betydelse. Uppgift om å-pris är endast tänkt som en upplysning. Avsikten har aldrig varit att den uppgiften skulle

beaktas vid utvärderingen. Sammantaget har det inte funnits grund för att förkasta anbudet från Gustafssons och Energi har således inte brutit mot ÄLOU genom att utvärdera och anta detta anbud.

Lindhals anger att det inte kan uteslutas att Gustafssons slutsumma kommer att överstiga Lindhals slutsumma. I förfrågningsunderlaget berörs inte slutsumma. Däremot anges att anbudssumman kommer att ligga till grund för utvärderingen. Vidare bör beaktas att Lindhals anbudssumma uppgår till 1 437 878 kr medan Gustafssons anbudssumma uppgår till 1 098 676 kr. Gustafssons anbudssumma är således 339 202 kr lägre än Lindhals.

Då sträckningens längd är projekterad till 70 meter och det i förfrågningsunderlaget inte har angivits några avgående/tillkommande kvantiteter för dessa positioner i handlingen 11.2 varken får eller kan detta på något sätt påverka anbudsprövningens utgång.

Samtliga handlingar i förfrågningsunderlaget avser schakt, anläggning och återställning för tryckavloppsledningar och fiberkanalisation vid VA-utbyggnad Spilhammar, öster om Mariannelund i Eksjö kommun. Att det i sidhuvudet på några enstaka sidor har angetts fel projektnamn torde inte ha påverkat anbudsförfarandet, då det varken har observerats eller påtalats av någon anbudslämnare före sista anbudsdag. Förfrågningsunderlagets utformning uppfyller således de krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU.

Gustafssons: Det lämnade anbudet är komplett enligt föreskrifterna i AFB.31. Det kan vidare konstateras att det i handlingen 11.2 inte fanns möjlighet att lämna andra uppgifter utöver dem som skulle lämnas i de gulmarkerade cellerna. Resterande celler var nämligen låsta och kunde således inte fyllas i.

I den tekniska beskrivningen har det i punkterna PBF.11 och PBF.12 smugit sig in en formulering: ”å-pris/m ska anges i anbud för reglering av mängd”, som inte återkommer i den i AFB.31 begärda handlingen 11.2. Detta saknar dock betydelse för entreprenaden då momentet ska utföras i sin helhet och kostnaden således ingår i den fasta kostnaden.

Punkterna PBF.11 och PBF.12 gäller tryckning/borrning som ska utföras under en idrottsplats och har en given längd som inte kan bli vare sig kortare eller längre. Det rör sig om två sträckor som är tydligt definierade i upphandlingen och de angivna mängderna stämmer gentemot bifogade ritningar. Att någon förändring av tryckning/borrning skulle föranledas av ändrade markförhållanden är inte aktuellt. Denna del är dessutom av ringa betydelse för entreprenaden som helhet. Vidare finns, i handlingen 11.2, konton för att hantera de oväntade hinder i marken som kan finnas, t.ex. korsning av ledningar, bergschakt m.m. Sammantaget har det inte funnits skäl att förkasta det lämnade anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig i målet.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 4 § ÄLOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. ÄLOU 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 ÄLOU.

Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (dom i mål C-171/15, *Connexion*). Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en

ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument. Under dessa omständigheter ska likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna tolkas så, att de inte utgör hinder för att den ekonomiska aktören tillåts att avhjälpa bristen och uppfylla nämnda skyldighet inom en tidsfrist som den upphandlande myndigheten fastställer (dom i mål C-27/15, *Pizzo*).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt ÄLOU 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).

Enligt förvaltningsrättens mening har Lindahls inte mot Energis bestridande förmått göra sannolikt att det förhållandet att fel projektnamn angetts på vissa sidor i förfrågningsunderlaget påverkat leverantörernas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Lindahls har således inte gjort sannolikt att Energi brutit mot ÄLOU genom att utforma förfrågningsunderlaget i strid med lagens bestämmelser.

Föreskrifterna i punkterna PBF.11 och PBF.12 i den tekniska beskrivningen ger visserligen enligt sin ordalydelse uttryck för att det uppställts ett obligatoriskt krav om att anbudena ska innehålla på visst sätt angivna å-priser. Förfrågningsunderlagets föreskrifter om anbudets innehåll (AFB.31) innehåller dock ingen föreskrift om att anbudena ska innehålla sådana å-priser. Inte heller av anbudsformuläret framgår att sådana uppgifter ska

lämnas. Förfrågningsunderlaget får därmed anses innehålla motstridiga föreskrifter. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets systematik får därvid de föreskrifter i förfrågningsunderlaget som specifikt reglerar anbudets innehåll och vad som kan utläsas ur anbudsformuläret ges företräde framför föreskrifter i förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning. Energi har således inte avvikit från förfrågningsunderlagets föreskrifter genom att utvärdera och anta anbudet från Gustafssons. Till detta kommer att det förhållandet att förfrågningsunderlaget innehåller motstridiga föreskrifter innebär att det tydlighetskrav som gäller för att en föreskrift ska läggas till grund för att förkasta ett anbud inte är uppfyllt. Lindahls har inte heller mot Energis och Gustafssons bestridanden förmått göra sannolikt att de nu aktuella å-priserna är så betydelsefulla att utelämnandet av dem medför att utvärderingens resultat därigenom skulle ha blivit missvisande eller på annat sätt förfelat. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Lindahls inte har gjort sannolikt att Energi brutit mot ÄLOU genom att utvärdera och anta anbudet från Gustafssons.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Lindahls inte förmått göra sannolikt att Energi brutit mot ÄLOU på sätt som medför att Lindahls lider eller kan komma att lida skada i ÄLOU:s mening. Ansökan ska därför avslås.

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



Max Uhmeier

Förvaltningsrättsfiskalen Max Uhmeier har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

