



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
Förvaltningsrättsnotarien
S Schaider

DOM
2011-12-21
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2993-11 E

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om i den del den avser sandningssand.

KONKURRENSVERKET	
2011-12-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 27963

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför upphandling av sandningssand samt sand- och grusmaterial, (dnr UH-11-8), och har i tilldelningsbeslut den 20 september 2011 beslutat att anta Västernorrlands Transport och Gräv ekonomisk förening (VTG) som leverantör.

YRKANDEN M.M.

NCC Roads AB (bolaget) begär överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att VTG:s anbud diskvalificeras, varvid bolagets anbud är det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga och därmed det anbud som antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om i den del den avser sandningssand. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Kommunen har utvärderat VTG:s anbud trots att anbudet innehåller otillåtna reservationer och avvikelser från i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav. Om VTG:s anbud förkastats, såsom rätteligen borde ha skett, skulle bolagets anbud ha antagits. Om förvaltningsrätten skulle finna att VTG:s anbud inte är behäftat med några brister gör bolaget gällande att förfrågningsunderlaget är alltför otydligt utformat. Anbudsgivarna har inte av förfrågningsunderlaget kunnat utläsa att sådana reservationer och avvikelser från ställda krav som VTG:s anbud innehåller kommer att accepteras. Kommunens förfarande står således i strid med de grundläggande principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för bolaget.

I punkten 3.3, *Utvärderingsfas* och punkten 3.3.1, *Kravspecifikation*, anges följande.

”Detta innebär att inga prisreservationer får förekomma.”

VTG har i sitt anbud angett följande.

”För transporter på vägar tillfälligt eller i framtiden permanent nedsatta till BK2 eller lägre tillkommer ett transporttillägg med 30 % på leveranspriset.”

Som framgått av angivna punkter i förfrågningsunderlaget är inte prisreservationer tillåtna och ska leda till att anbudet förkastas. VTG har således avvikit från ett ovillkorligt krav och undviker genom sin reservation den risk för fördyrningar det innebär med bäringsklasser om BK2 eller lägre. En sådan reservation innebär att ett lägre anbudspris har kunnat offereras.

Vidare framgår följande i punkten 4.8 i förfrågningsunderlaget.

”För leveranser ska Allmänna bestämmelser av år 2005 för leverans av gods till Allmänna sektorn (ALOS 05) gälla.”

VTG har vidare i sitt anbud angett följande.

”Leveransbestämmelser ALOS 95 samt ABM92 Ballast ska gälla.”

Detta utgör en avvikelse från det ovillkorliga kravet att ALOS 05 ska gälla för uppdraget. Även denna avvikelse skulle rätteligen ha lett till att VTG:s anbud förkastats. Att avvikelser från föreskriva kontraktsvillkor inte får förekomma är en självklarhet. Det ska även noteras att det finns väsentliga skillnader mellan villkoren i ALOS 05 och ABM 92 Ballast. Exempelvis är skadeståndsskyldigheten begränsad till 15 % av köpesumman vad gäller ABM 92 Ballast, där motsvarande begränsning enligt ALOS 05 är 20 %.

Kommunen medger bifall till ansökan om överprövning på så sätt att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering och anför bl.a. följande. Med anledning av vad som framförts från bolagens sida har en förnyad genomgång av förfrågningsunderlag och anbud skett. Härvid har kunnat konstateras att bolaget i allt väsentligt har fog för sina synpunkter. Vid

genomgången har det också framkommit omständigheter som talar för att utvärderingen bör göras om. Detta för att främst säkerställa kvalificeringen av samtliga anbud.

VTG har i underrättelse fått tillfälle att yttra sig över bolagets ansökan och har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande. I första hand yrkar VTG att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. I andra hand yrkar VTG att upphandlingen ska göras om i den del den avser sandningssand. VTG:s anbud har uppfyllt alla skallkrav. Reservationen i anbudet gällande BK2 vägar angavs för att det är omöjligt att förutse vilka vägar som plötsligt kan få sin bärighet nedsatt på grund av tjälskador och andra omständigheter. Prissättningen syftar till att underlätta för kommunen i deras kostnadsräkningar om en sådan situation skulle uppstå. Det får anses lämpligt att kommun utformar sin förfrågan på så vis att anbudsgivarna kan ange ett tillägg. Vad gäller leveransbestämmelserna var tanken att ABM92 Ballast ska täcka de situationer då ALOS 05 inte är tillräckligt för Ballastspecifika frågor. I övrigt ska ALOS 05 gå före ABM92 Ballast i de fall bestämmelserna är motstridiga. Leveransbestämmelserna angavs också i den ordningen i anbudet. Även här bedöms det som lämpligt att kommunen i framtiden gör ett tillägg till sin förfrågan. De formuleringarna i anbudet som bolaget har gjort gällande som avvikande har endast syftat till att förtydliga och förenkla det framtida affärsförhållandet med kommunen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet 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 (1 kap. 9 § LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

”3.3. UTVÄRDERINGSFAS”

”I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som har gått vidare från kvalificeringsfasen. I utvärderingsfasen kommer prövning att ske enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till:

- Anbudspris
- Leveranstid (i anbudet garanterad tid från det att kommunen beställt leverans tills att bilen är lastad och klar att köra iväg med leveransen ifrån tåkten)
- Service (lösning för akuta behov, exempelvis MittSverige Vattens:s vattenläckor, då material kan hämtas på andra tider än vardagar mellan klockan 07.00-16.00)”

”Samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset”

”Enligt Lagen om offentlig upphandling får inga priskompletteringar göras efter det att anbud lämnats. Detta innebär att prisreservationer ej får förekomma.”

”4.0 KOMMERSIELLA VILLKOR”

”4.8 Allmänna bestämmelser

För leveranser ska Allmänna bestämmelser av år 2005 för leverans av gods till Allmänna sektorn (ALOS 05) gälla.”

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att punkten 3.3 och 4.8 i förfrågningsunderlaget avseende pris respektive leveransbestämmelser utgör en del av utvärderingsfasen i aktuell upphandling.

Den första fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunen har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga skalkrav. Bolaget

har gjort gällande att VTG har frångått kraven som anges i förfrågningsunderlaget beträffande att prisreservationer inte är tillåtna och att leveransbestämmelserna ALOS 05 ska gälla för uppdraget. Inget av dessa krav återfinns emellertid under rubriken *kvalificeringsfas* i förfrågningsunderlaget eller i anbudsformuläret. Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte annat än att angivna bedömningsgrunder utgör utvärderingskriterier och inte skallkrav. Oaktat att kommunen medgett yrkandet att upphandlingen ska rättas, finner förvaltningsrätten att kommunen vid utvärderingen av VTG:s anbud i denna del, förfarit på ett korrekt sätt och inte avvikit från de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven. Ansökan ska därför avslås i denna del.

Frågan som förvaltningsrätten därefter ska ta ställning till är om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt tydligt. Av förfrågningsunderlaget i målet framgår att samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset och att prisreservationer inte får förekomma. Dessutom framgår att för leveranser ska Allmänna bestämmelser av år 2005 för leverans av gods till Allmänna sektorn (ALOS 05) gälla.

Det vinnande anbudet innehåller en otillåten prisreservation och har därigenom haft möjlighet att ange ett lägre anbudspris. Även avseende leveransbestämmelserna avviker det vinnande bolagets anbud från förfrågningsunderlaget. Såvitt framgår av utvärderingsprotokollet har dessa avvikelser inte beaktats vid utvärderingen. Förfrågningsunderlaget saknar också närmare ledning om hur prisreservationer och avvikelser från leveransbestämmelser ska hanteras vid utvärderingen.

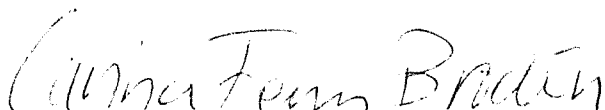
För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Uppställda krav i förfrågningsunderlaget får inte frånfallas eller ändras. Om andra anbudsgivare hade förstått att anbud med prisreservationer och delvis andra leveransbestämmelser skulle ha hante-

rats på detta sätt hade de sannolikt kunnat ange ett lägre pris eller med andra ord om dessa förutsättningarna hade varit kända för anbudsgivarna när dessa utformade sina anbud hade det kunnat påverka utformandet av anbudet. Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Kommunen har därmed brutit mot de EU-rättsliga principerna i LOU. Bolaget får anses ha visat att bristen är sådan att den medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningarna för en åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU anses därmed uppfyllda.

Bristerna, som är att tillskriva förfrågningsunderlaget, är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse inte är en möjlig påföljd. Förvaltningsrätten bifaller därför bolagets andrahandsyrkande och förklarar att upphandlingen ska göras om i den del den avser sandningssand.

Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 10 § första stycket LOU.

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


Carina Ferm Brodén



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 uppge 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 3109/1C LOU