



KLAGANDE

World Thermal Service Nyköping AB, 556725-5418

Ombud: Maria Krantz
Tenders TED Law AB
Artillerigatan 6
114 51 Stockholm

MOTPART

Söderhamn Nära AB, 556439-6447
Box 94
826 22 Söderhamn

KONKURRENSVERKET	
2016-05-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 3 februari 2016 i mål nr 5306-15, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 15 februari 2016 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

World Thermal Service Nyköping AB (WTS) yrkar i första hand att kammarrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering utförs utan beaktande av anbudet från Petro Bio AB (Petro Bio). I andra hand yrkas att kammarrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Söderhamn Nära AB (Söderhamn Nära) anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

WTS anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Genom att anta anbudet från Petro Bio, trots att det inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav, har Söderhamn Nära anpassat upphandlingens krav till vinnande leverantörs anbud och därigenom handlat i strid med principerna om likabehandling, öppenhet och transparens. WTS har på grund härav lidit skada då bolaget skulle ha antagits som leverantör om det vinnande anbudet rätteligen hade förkastats.

Petro Bio har inte fyllt i bilagan Kontrakt för leverans av anläggning enligt ABA99 (Formulär till anbud), trots att detta är angivet som ett skall-krav i förfrågningsunderlaget (Administrativa föreskrifterna 2.5.2). Söderhamn Nära har invänt att Formulär till anbud saknas i förfrågningsunderlaget. Detta är en direkt felaktig uppgift eftersom det såväl av de Administrativa föreskrifterna som Frågor och svar framgår att det är ett skall-krav att fylla i formuläret. Formulär till anbud utgör alltså en del av förfrågningsunderlaget och anbudet ska anpassas till förutsättningarna i formuläret. Uppfyller inte ett anbud de obligatoriska kraven ska det diskvalificeras. Det framgår också av förfrågningsunderlaget (Administrativa föreskrifterna 2.9.4).

Det skulle i och för sig kunna betraktas som oproportionerligt att förkasta ett anbud på grund av att fel bilaga har bifogats, men i sådana fall måste samtliga uppgifter som efterfrågas finnas med på annat sätt i anbudet och de krav som finns uppställda i anbudsformuläret måste också accepteras, vilket inte är fallet här.

I Petro Bios anbud saknas uppgift om plats- och projektombud, vilket efterfrågas i punkt 5 i Formulär till anbud. En försäljningsansvarig finns angiven, men detta kan inte betraktas som ett plats- och projektombud då det inte på något sätt framgår att den angivne försäljningsansvarige ska agera som plats- och projektombud.

Genom att inte bifoga Formulär till anbud har Petro Bio inte heller accepterat och godkänt vite i enlighet med punkt 10 i Formulär till anbud. Enligt kravet i Formulär till anbud punkt 12 ska kontraktspriset vidare vara fast och inte justeras. Likväl har Petro Bio angett i bilaga till anbudet att om inte samordning av arbeten utanför Petro Bios leverans är tydligt specificerad före avtal kan detta inte kostnadsuppskattas.

Till stöd för sin talan ger WTS in och åberopar bl.a. Petro Bios anbud med bilaga benämnd Avvikelser samt utdrag ur Frågor och svar i upphandlingen.

Söderhamn Nära anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Bilagan Formulär till anbud saknas i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbudsgivare har dock lämnat de uppgifter som enligt beskrivning ska anges i formuläret. Anbudet ska därutöver anpassas till förutsättningarna i det bifogade kontraktet vilket samtliga anbudsgivare har uppfyllt på ett acceptabelt sätt. Kontraktet med vinnande leverantör kommer, oavsett anbudets utformning, att baseras på förfrågningsversionen av Kontrakt enligt ABA99.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser och bakgrunden i målet framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att förfrågningsunderlaget (Administrativa föreskrifterna 2.5.2) i detta fall innehåller ett obligatoriskt krav på att bilagan Formulär till anbud ska fyllas i av anbudsgivaren. De uppgifter som enligt de Administrativa föreskrifterna ska lämnas i bilagan är "priser etc. liksom uppgift om fax- eller e-postadress".

WTS har gjort gällande att den handling som avses i kravet är det Kontraktsförslag som finns med i förfrågningsunderlaget och att alla anbudsgivare utom Petro Bio har fyllt i detta. Söderhamn Nära har genmält att Formulär till anbud saknas i förfrågningsunderlaget men att alla anbudsgivare har lämnat de uppgifter som enligt beskrivning ska anges i bilagan.

Kammarrätten konstaterar att både Formulär till anbud (prisbilaga) och förfrågningsversion av Kontrakt enligt ABA99 nämns i de administrativa föreskrifterna (punkten 2.4) som ingående i förfrågningsunderlaget. Det synes således röra sig om olika handlingar. Som stöd för sin uppfattning att det finns ett obligatoriskt krav att fylla i Kontraktsförslaget har WTS hänvisat till att Söderhamn Nära i Frågor och svar i upphandlingen har svarat ja på frågan om Formulär till anbud och Kontraktsförslag är samma handling. Söderhamn Nära har vidare, enligt WTS, angett att uppgifter som enligt de Administrativa föreskrifterna ska lämnas i dokumentet Prisbilaga i stället ska lämnas i dokumentet Kontraktsförslag. Söderhamn Nära har inte bemött WTS invändning i denna del. Kammarrätten finner därför att det får tas för gott att det obligatoriska kravet i de Administrativa föreskrifterna 2.5.2 har förtydligats genom Frågor och svar på så sätt att de uppgifter, som enligt samma punkt ska lämnas i dokumentet Formulär till anbud, istället

ska lämnas i Kontraktsförslaget. De uppgifter som det rör sig om är, enligt vad som ovan redovisats, uppgift om priser etc. liksom uppgift om fax- eller epostadress.

Av utredningen i målet framgår att Petro Bio inte har fyllt i Kontraktsförslaget utan har lämnat sitt anbud i eget formulär. Petro Bios anbud uppfyller således inte det nu aktuella obligatoriska kravet. Enligt kammarrättens mening skulle det emellertid strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta Petro Bios anbud enbart till följd av att Kontraktsförslaget inte har fyllts i, om samtliga de uppgifter som ska lämnas i formuläret ändå har lämnats. Söderhamn Nära har gjort gällande att så är fallet. Enligt kammarrättens mening har WTS inte heller visat att det förhåller sig annorlunda, eftersom den uppgift om plats- och projektombud som WTS har uppgett saknas i anbudet inte kan anses omfattas av de uppgifter som enligt de Administrativa föreskrifterna punkten 2.5.2 ska lämnas i formuläret.

I förfrågningsunderlaget (Administrativa föreskrifterna 2.5.2) finns även ett obligatoriskt krav av innebörd att anbudet ska anpassas till förutsättningarna i det av beställaren ifyllda Kontraktsförslaget. WTS har gjort gällande att Petro Bio, genom att inte fylla i Kontraktsförslaget, inte har accepterat villkoren om vite och att Petro Bio även har gjort en otillåten reservation mot villkoret om fast pris. Söderhamn Nära å sin sida har gjort gällande att alla leverantörer har anpassat sina anbud på ett acceptabelt sätt.

Enligt kammarrättens mening kan en otillåten reservation inte anses föreligga enbart av det skälet att Kontraktsförslaget inte har fyllts i av Petro Bio. För att en otillåten reservation ska föreligga krävs härutöver att anbudet innehåller en uttrycklig reservation eller i övrigt är utformat på ett sätt som strider mot obligatoriska krav. WTS kan med hänsyn till det anförda inte anses ha visat att Petro Bio har gjort en otillåten reservation mot kontraktsvillkoren avseende vite.

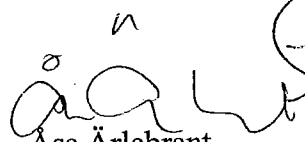
Vad gäller WTS påstående om att det föreligger en otillåten prisreservation från Petro Bios sida gör kammarrätten följande bedömning. Av det av beställaren ifyllda Kontraktsförslaget punkt 12 framgår att kontraktspriset är fast och inte ska justeras. I bilagan Avvikelser har Petro Bio visserligen angett att man avser att färdigställa kontraktet tillsammans med beställaren och att vissa kostnader inte kan uppskattas. Invändningen gällande kostnader har emellertid angetts som kommentar till en av bolaget angiven avvikelse från kontraktsbilagan "Avsteg från ABA 99" § 5. Varken denna handling eller Petro Bios prisbilaga har getts in i målet. Vid angivna förhållanden kan det inte anses visat att vad Petro Bio har anfört utgör en otillåten reservation.

I övrigt gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.
Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Annika Sandström
tf. kammarrättspresident
ordförande



Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd



Elin Sedin
tf. kammarrättsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Ann Liljedal

DOM
2016-02-03
Meddelad i
Falun

Mål nr
5306-15

SÖKANDE

World Thermal Service Nyköping AB, 556725-5418

Ombud: Advokat Johan Carle och biträdande jurist Sofia Thelin
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Söderhamn Nära AB, 556439-6447
Box 94
826 22 Söderhamn

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår World Thermal Service Nyköping AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 156500

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND

Söderhamn Nära AB upphandlar totalentreprenad avseende ombyggnation av hetvattenpanna genom förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Tilldelningsbeslut fattades den 14 december 2015 varvid Petro Bio AB (Petro Bio) tilldelades kontraktet.

YRKANDEN M.M.

World Thermal Service Nyköping AB (WTS) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Som en följd av att Söderhamn Nära har brutit i sina förpliktelser enligt LUF har WTS lidit, eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontraktet.

Söderhamn Nära AB (Söderhamn Nära) bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad WTS anfört är visat att Söderhamn Nära har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta har medfört att WTS lidit, eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken Anbuds form och innehåll, 2.5.2. Kommersiell del, bland annat följande. Bilagan Formulär till

anbud skall fyllas i av anbudsgivaren. Här anges priser etc. liksom uppgift om fax- eller e-postadress. Beställaren kommer att utnyttja bifogat kontrakt ifyllt så anbudet skall anpassas till dessa förutsättningar. Eventuella avvikelser anges tydligt i anbudet. Vidare framgår av Huvudtidplan, kontraktsbilaga 12 att följande preliminära huvudtider gäller för projektet, de fetmarkerade raderna är skall krav.

WTS anför i huvudsak följande. I upphandlingen inkom anbud från WTS, Petro Bio och en tredje leverantör. Samtliga anbudsgivare kvalificerade sig i upphandlingen och anbuderna bedömdes uppfylla samtliga skall-krav. Efter utvärderingen antogs WTS:s anbud. Några dagar senare meddelade emellertid Söderhamn Nära att utvärderingen gjorts om och att nytt tilldelningsbeslut fattats enligt vilket Petro Bio tilldelades kontraktet. Petro Bios anbud är dock behäftat med skall-kravsbrister och borde rätteligen ha förkastats. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska fylla i bilagan "Formulär till anbud". Petro Bio har inte gjort det utan istället använt ett eget standardformulär. Petro Bio väljer att avvika från skall-kravet och istället avser bolaget att färdigställa kontraktet tillsammans med Söderhamn Nära efter tilldelning. Genom att inte fylla i formuläret tar Petro Bio inte ställning till de krav rörande till exempel riskfördelning som Söderhamn Nära önskar ha i avtalet med den tilldelade leverantören och som återfinns i formuläret. Det är sådana överväganden som påverkar framförallt det pris som kan offereras och därmed också konkurrensen i upphandlingen. Det är därmed av stor vikt att det aktuella skall-kravet följs av samtliga anbudsgivare i upphandlingen. Ytterligare en skall-kravsbrist i Petro Bios anbud är att bolaget inte accepterat den tidplan som anges i förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att delar av tidplanen är obligatoriska får stor påverkan på förutsättningarna för att lämna anbud i upphandlingen. Om tidplanen inte behövt accepteras, utan övertagande hade kunnat ske vid en senare tidpunkt, skulle WTS undvikit en tillkommande kostnad i förhållande till underleverantörer och hade kunnat lämna ett lägre pris i anbudet. Det aktuella kravet får alltså stor påverkan

på förutsättningarna för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Det finns även brister i Söderhamn Näras utvärdering i upphandlingen. I den andra utvärderingen som Söderhamn Nära genomförde har inte ett antal av WTS referenser beaktats vilket de gjorde i den första utvärderingen. Något skäl till detta har inte meddelats. I förfrågningsunderlaget anges inte några närmare förutsättningar för utvärdering av referenser annat än vilken typ av arbete referensen ska avser och hur dessa viktas sinsemellan. Enligt WTS mening saknar Söderhamn Nära stöd i förfrågningsunderlaget för att ändra uppfattning rörande vilka av WTS referenser som ska beaktas i utvärderingen. Därtill kan WTS konstatera att Söderhamn Näras kontakter med referenser inte har dokumenterats. WTS har därför över huvudtaget ingen möjlighet att se hur referenstagning gått till eller det antal referenser som Söderhamn Nära lagt till grund för det betyg som getts i denna del. Det förhållande att Söderhamn Nära inte ens protokollfört sina kontakter med referenser, trots att det ligger till grund för tilldelning av kontrakt framstår som anmärkningsvärt och i strid med principen om att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Den tidplan WTS ingivit till sitt anbud uppfyller skall-kraven i upphandlingen och medför inte någon avsevärd tidsförskjutning av projektet. Söderhamn Nära har inte tidigare framfört någon synpunkt till WTS med innebörden att WTS inte uppfyller det aktuella skall-kravet och WTS tilldelades dessutom kontraktet i första tilldelningsbeslutet.

Söderhamn Nära anför i huvudsak följande. Bilagan "Formulär till anbud" saknas i förfrågningsunderlaget men samtliga anbudgivare har lämnat de uppgifter som beskrivs att de skall anges i formuläret varför det har accepterats. Därutöver har samtliga anbudsgivare uppfyllt kravet att anbudet ska anpassas till förutsättningarna i Kontraktet. Kontraktet med utsedd leverantör kommer oavsett respektive anbuds utformning att baseras på den version av kontrakt som bifogats i förfrågningsunderlaget. Den avvikelse Petro Bio

anger i tidplanen avser två veckor förskjutning av en dokumentationsleverans. WTS har i sitt anbud en tidplan som inte uppfyller skall-kraven och som skulle innebära en avsevärd tidsförskjutning av projektet. WTS krav för att uppfylla skall-kraven i tidplanen har klarlagts vid uppföljande möte. Petro Bio har inte alls anfört dessa argument utan vidhållit att de innehåller skall-kraven i tidplanen utifrån givna förutsättningar i förfrågningsunderlaget. Petro Bio har i sitt anbud valt att beteckna sin avvikelse "huvudplan och dokumentationstidplan accepteras ej" trots att den enda avvikelserna i deras till anbudet bilagda tidplan är två veckors förskjutning av en dokumentationsleverans. Petro Bio har anpassat anbudet till förutsättningarna i kontraktsförslaget och de uppfyller skall-kraven i tidplanen. Utvärderingen är utförd enligt förfrågningsunderlaget. Ett antal fel uppdagades i det första tilldelningsbeslutet varför det togs tillbaka. Därefter genomfördes en ny utvärdering och baserat på den fattades det andra och nu gällande tilldelningsbeslutet. Visst material i utvärderingen avseende referenstagning och projektorganisationer har inte redovisats av integritetsskäl.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Söderhamn Nära i förfrågningsunderlaget ställt krav på anbudets form. Bilagan Formulär till anbud skall fyllas i och det uppges att beställaren kommer att utnyttja bilagan varför anbudet skall anpassas till dessa förutsättningar. Formkravet avslutas med formuleringen "Eventuella avvikelser anges tydligt i anbudet." I och med att Söderhamn Nära uppger att samtliga uppgifter finns med i Petro Bios anbud och då förfrågningsunderlaget lämnar utrymme för avvikelser så länge detta tydligt anges i anbudet finner förvaltningsrätten att WTS inte visat att skäl för ingripande enligt LUF föreligger enligt angiven grund.

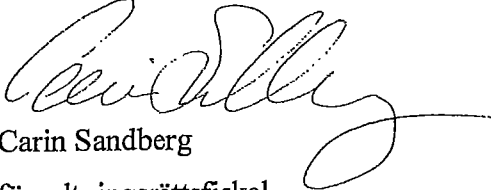
Vidare konstaterar förvaltningsrätten att Söderhamn Nära uppställt en huvudtidplan som till vissa markerade tidpunkter utgör skall-krav. WTS har

anfört att Petro Bios anbud inte uppfyller skall-kraven för denna. Söderhamn Nära har invänt mot detta och anfört att trots att Petro Bio valt att beteckna sin avvikelser med att "huvudtidplanen och dokumentationsplan accepteras ej" så är den enda avvikelser från Petro Bio en två veckors förskjutning av en dokumentationsleverans. Söderhamn Nära menar vidare att Petro Bio uppfyller skall-kraven i tidplanen. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att WTS inte visat att skäl för ingripande enligt denna grund föreligger.

Avslutningsvis konstaterar förvaltningsrätten att WTS invänt mot Söderhamn Näras utvärdering och att anfört att enheten inte dokumenterat referenstagningen i utvärderingsfasen. Mot detta har Söderhamn Nära anfört att utvärderingen skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och att visst material avseende referenstagning inte har redovisats. Förvaltningsrätten finner att WTS inte visat att Söderhamn Nära inte dokumenterat referenstagningen och att detta påstående inte kan ligga till grund för en eventuell bedömning av brist i upphandlingsförfarandet. WTS har inte heller på annat sätt visat något skäl för bifall av ansökan på den grunden.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att skäl för ingripande enligt LUF inte föreligger och ansökan om överprövning ska således avslås.

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


Carin Sandberg
förvaltningsrättsfiskal