



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
 2013-02-26
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12447-12 E

KONKURRENSVERKET	
2013 02 27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Chemical Equipment Scandinavia AB, 556533-0882
 Åbytorpsvägen 9
 264 39 Klippan

MOTPART

VA SYD, 222000-2378
 Box 191
 201 21 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att VA SYD:s upphandling av Polymerberedningsanläggning vid Sjölanda reningsverk ska göras om.

Dok.Id 143628

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

VA SYD påbörjade en upphandling av Polymerberedningsanläggning vid Sjölanda reningsverk med ett förenklat förfarande enligt LUF. Två leverantörer lämnade anbud, Econet Vatten & Miljöteknik AB (Econet) och Chemical Equipment Scandinavia AB (Chemical). Båda anbuden bedömdes vid anbudsprövningen vara behäftade med formella brister och därmed orena. VA SYD beslutade då att med stöd av 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LUF, med hänvisning till 4 kap. 2 § 1 LUF, tilldela Econet upphandlingens kontrakt utan föregående annonsering. VA SYD har lämnat de båda anbudsgivarna underrättelse om detta beslut och däri angivit en avtalsspärr.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Chemical ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att Econets anbud inte får antas med stöd av 4 kap. 2 § 1 LUF utan ska förkastas eftersom ett antagande av anbudet skulle innebära att de ursprungliga villkoren för kontraktet skulle ändras väsentligt, samt att förvaltningsrätten förordnar att anbudet från Chemical i stället ska antas och bolaget tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Chemical att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

VA SYD bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Chemical

Förstahandsyrkandet

Chemicals anbud förkastades på rent formella grunder. Bolaget hade inte bifogat en fullmakt utvisande behörigheten för undertecknande platschef, en brist som i och för sig vitsordas. Därtill har VA SYD i sitt beslut angett att Chemicals anbud saknade uppgift om ombud. Detta är i och för sig också korrekt, men beror på att Chemical inte anlitat något ombud, vilket inte heller kan krävas. Endast om ombud finns får krav på angivande av kontaktuppgifter för ombud upprätthållas. Villkoret att ange ombud är i vart fall av sådan art att det inte får upprätthållas som diskvalifikationsgrund.

Econets anbud förkastades av VA SYD på den grunden att de referensuppdrag som angavs i anbudet inte var Econets. Uteslutningen av Econets anbud var således korrekt. Kompetensvillkoret är givetvis ett högst väsentligt villkor. Att, som VA SYD gjort, anta Econets anbud trots att bolagets anbud inte innehåller någon alls referens till tidigare uppdrag till ledning för bedömningen av bolagets kompetens att kunna utföra uppdraget är en mycket väsentlig förändring av villkoren för upphandlingskontraktet, varför villkoren i 4 kap. 2 § 1 LUF inte är uppfyllda. De först nu av VA SYD ingivna och åberopade referensuppdragen för KICAB får givetvis inte beaktas då de inte åberopats i upphandlingen av Econet innan tilldelningsbeslutet. Chemical bestrider att den av Econet redovisade "fyrstegsraketen" som uppges styrka Econets uppfyllande av referensvillkoret är acceptabel i en offentlig upphandling. En sådan i flera led uttunnad kompetensöverföring kan rimligen inte vara till fyllest. Kraven i 11 kap. 5 § LUF om att leverantören ska visa att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela perioden har uppenbart inte uppfyllts. Det i målet ingivna

avtalsunderlaget har inte ingetts i upphandlingen innan tilldelningsbeslutet och kan således inte beaktas vid rättens prövning. Att åberopa vilka anställda man som anbudsgivare må ha haft vid olika tidpunkter är irrelevant då det inte motsvarar något uppställt upphandlingsvillkor. Därtill är dessa personer anställda vid KICAB och inte av Econet.

Såsom anförts förkastades Chemicals anbud på mer formella grunder. Chemicals anbud uppfyllde och uppfyller de sakliga kraven, inklusive styrkandet av kompetens genom referensuppdrag. Villkoren för kontraktet ändras sålunda inte väsentligt om Chemical skulle tilldelas detta. Villkoren i 4 kap. 2 § 1 LUF är uppfyllda. VA Syd ska därför åläggas att anta Chemicals anbud och tilldela Chemical upphandlingskontraktet.

Andrahandsyrkandet

För det fall inte heller Chemicals anbud är antagbart enligt 4 kap. 2 § 1 LUF måste upphandlingen avbrytas och göras om.

Ett ytterligare skäl till att upphandlingen ska göras om är att förfrågningsunderlaget brister när det gäller kvalifikationsvillkoret angivande av ombud eftersom det utformats vilseledande för anbudsgivaren, vilket lett till att Chemicals anbud underkänts på denna punkt. Först genom svarsskriften klargörs att VA SYD med kvalifikationskravet ”angivande av ombud” avsett annat än ombud i ordets gängse betydelse. VA SYD har i förfrågningsunderlaget underlåtit att ange att man med kravet ”angivande av ombud” avser den entreprenadrättsliga termen ombud och inte ombud i upphandlingen.

VA SYD

Vad gäller Chemicals argumentation angående avsaknaden av uppgift om ombud i anbudet synes Chemical ha missuppfattat begreppet ombud. Med

begreppet ombud avses den entreprenadrättsliga termen ombud till vilken ett antal viktiga rättsföljder är knutna. Detta förhållande borde vara uppenbart för verksamma entreprenörer i branschen. Det bestrids att kravet på ombud skulle vara otydligt formulerat. VA SYD bestrider även påståendet att kravet på angivande av ombud skulle vara "av sådan art", enligt sökandens benämning, att det inte skulle tillmätas betydelse vid kvalificeringen av anbudet. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav får inte antas eftersom detta skulle strida mot principerna om transparens och likabehandling. Av rättspraxis framgår att nämnda principer innebär att även formella fel och brister innebär att ett anbud inte får antas. Tendensen i rättspraxis avseende den faktiska tillämpningen av nämnda principer har dessutom på senare tid gått åt en än mer sträng tolkning av desamma. Med hänsyn till den angivna rättspraxisen får det således konstateras att båda sökandenas respektive brister utgjorde skäl för att diskvalificera anbudet. Även om begreppet ombud skulle anses otydligt formulerat kvarstår förhållandet att Chemicals anbud även var behäftat med bristen att fullmakt till styrkande av behörigheten att underteckna anbud inte var bifogad. Det förelåg därmed, oavsett bedömningen av begreppet ombud, brister i båda anbuden varför förutsättningarna för tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering förelåg.

Chemical gör felaktigt gällande att de referensuppdrag vilka utgjorde krav i upphandlingen inte har utförts av KICAB – vars kapacitet åberopas av den tilldelade leverantören Econet. Detta påstående är inte korrekt. Oaktat detta har KICAB, för den händelse domstolen skulle finna att just de uppdragen som redovisades i Econets anbud inte skulle vara utförda av KICAB, utfört andra sådana referensuppdrag på de villkor som krävdes i upphandlingen.

De i anbudet redovisade referensuppdragen utfördes av företaget Ciba. Ciba köptes år 2009 av företaget BASF. BASF har i ett licensavtal upplåtit samtliga rättigheter avseende teknisk information och utveckling som

fanns i BASF och Ciba till KICAB. KICAB erhöi i samband med upplåtelsen av rättigheterna även rätten att sälja den i upphandlingen aktuella utrustningen. KICAB har därefter ingått ett avtal med Econet, vari bl.a. Econet förfogar över KICAB:s tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att genomföra kontraktet i den nu aktuella upphandlingen. Det föreligger således en obruten kedja av förflyttningen av den tekniska kompetens och erfarenhet som vanns av Ciba vid utförandet av uppdragen och Econet, som i enlighet med 11 kap. 5 § LUF åberopar KICAB:s kapacitet.

De fysiska personer, framför allt Håkan Pettersson, som de facto ansvarat för leveranserna i referensuppdragen arbetar i dag på KICAB. Det är med andra ord inte enbart den juridiska rättigheten till teknisk information och utveckling som övergått till KICAB, utan även de fysiska personer som i sina egenskaper av ansvariga för projekten besitter kunskapen och erfarenheten av referensuppdragen.

De fyra referensuppdrag som Econet redovisat i anbudet och som är föremål för synpunkter från Chemicals sida redovisas i form av orderbekräftelser, vari framgår bl.a. att Håkan Pettersson anges som referensperson hos leverantören.

Det är VA SYD:s uppfattning att Econet uppfyllt det underliggande kravet avseende referensuppdrag och endast, i likhet med Chemical, uppvisat en formell brist i anbudet. För den händelse domstolen skulle finna annorlunda redovisas ytterligare fyra referensuppdrag som utförts av KICAB, med vilket Econet i avtal förfogar över KICAB:s tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De redovisade referensuppdragen uppfyller, liksom de i anbudet ursprungligen redovisade, kraven enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det är därmed säkerställt att, oavsett bedömningen av de ursprungligen angivna referenserna, KICAB har genomfört de uppdrag som krävts för att uppfylla kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Vad gäller andrahandsyrkandet föreligger inga förutsättningar för bifall till detta.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att både Chemicals och Econets anbud var behäftade med formella brister. Chemicals påstående om att Econet inte skulle uppfylla ställda krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet har visat sig vara felaktigt. Förutsättningar för att tillämpa 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LUF har därmed förelegat. Därtill har VA SYD tillsett att Econet läkt den formella brist som förelåg i deras anbud och som utgjorde skälet för att anbudet bedömdes som orent. VA SYD har även säkerställt att KICAB otvivelaktigt uppfyller upphandlingens krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att till yttrandet bifoga ytterligare referenser i detta avseende.

Begränsningen vid direkttilldelning är att någon väsentlig förändring jämfört med de ursprungliga villkoren för kontraktet inte får ske. Det finns däremot ingen begränsning i att redovisa omständigheter till stöd för att någon väsentlig förändring inte skett. På samma sätt som brister i anbud som upptäcks i samband med en överprövningsprocess får beaktas, får och ska information som styrker vissa förhållanden i positiv riktning beaktas i en överprövningsprocess. Det aktuella förfarandet med direkttilldelning medger även en möjlighet att tilldela kontrakt till någon annan än de som inkommit med anbud i upphandlingen. I en sådan situation skulle det bli praktiskt omöjligt att säkerställa att det inte sker någon väsentlig förändring jämfört med de ursprungliga villkoren för kontraktet om den tilldelade leverantören inte tillåts styrka förhållanden som ligger till grund för tilldelningen. Chemicals argumentation att de i överprövningsprocessen redovisade referensuppdragen och samarbetsavtalet inte får beaktas är därför felaktig.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LUF kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 15 kap. 3 § LUF får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall då förutsättningarna för tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 2 och 3 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Enligt 4 kap. 2 § 1 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Förvaltningsrättens bedömning

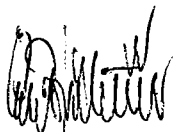
En förutsättning för att ett anbud ska kunna antas i en upphandling är att anbudet är giltigt. Detta innebär att ett anbud ska uppfylla de obligatoriska krav som uppställts av den upphandlande enheten eller upphandlande

myndigheten. Detta gäller såväl krav hänförliga till leverantören och till innehållet av den tjänst eller vara som upphandlas som rena formaliakrav som uppställs på själva anbudet. Av handlingarna i målet framgår att inget av de två anbuden i den annonserade upphandlingen uppfyllde de formella kraven i upphandlingen. Av Econets anbud framgick inte att bolaget förfogade över de resurser som åberopades och i Chemicals anbud saknades bl.a. fullmakt till styrkande av behörigheten att underteckna anbud (i förfrågningsunderlaget punkten AFB.31 anges klart och tydligt att "anbudet skall vara undertecknat av behörig firmatecknare, vd eller av dessa befullmäktigad"). Inga giltiga anbud hade således kommit in vid det ursprungliga förenklade förfarandet. Upphandlande enhet har alltså haft fog för sin bedömning att båda anbuden var att betrakta som orena.

Den avgörande frågan i målet är om upphandlande enhet under dessa förhållanden har haft rätt att med hänvisning till 15 kap. 3 § och 4 kap. 2 § 1 LUF tilldela Econet kontraktet utan föregående annonsering. Av nämnda paragrafer följer att upphandlande enhet som annonserat ett förenklat förfarande, vilket skett i förevarande fall, får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det vid det förenklade förfarandet antingen inte lämnats några anbud alls eller om det inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Vid den nu aktuella utannonserade upphandlingen lämnades två anbud. Det har inte framkommit, eller ens påståtts, att anbuden inte var lämpliga. Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder är ogiltigt. Ett anbud kan vara olämpligt om det t.ex. är för dyrt, eller om det omfattar ett olämpligt alternativt utförande. De lämnade anbuden har som nämnts bedömts ogiltiga men inte olämpliga. Vid sådant förhållande är 4 kap. 2 § 1 LUF inte tillämplig. Upphandlande enhet har således inte med stöd av denna paragraf haft rätt att tilldela Econet kontraktet utan föregående annonsering, även om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte anses ha ändrats väsentligt. Genom att felaktigt tillämpa 4 kap. 2 § 1 LUF och till-

delat Econet kontraktet i upphandlingen utan föregående annonsering får Chemical anses ha lidit eller riskerat att lida skada eftersom bolaget vid en ny annonserad upphandling haft möjlighet att lämna ett vinnande anbud. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Detta kan inte ske på annat sätt än att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B LOU)



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 3109/1B LOU