



KLAGANDE

HOTAB Biosystem AB, 556337-1797
Lars-Åke Adolfsson
Hedentorpsvägen 16
291 62 Kristianstad

MOTPART

Kiruna Kraft AB, 556526-8371
c/o Tekniska Verken i Kiruna AB
981 85 Kiruna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 11 oktober 2016 i mål nr 1486-16,
se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 21 oktober 2016 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

HOTAB Biosystem AB (HOTAB) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att HOTAB tilldelas uppdraget.

Kiruna Kraft AB (Kiruna Kraft) anser att överklagandet ska avslås.

HOTAB Biosystem AB anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kiruna Kraft har åsidosatt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) genom att tilldela uppdraget till en förutbestämd anbudsgivare. Sådana upphandlingar förorsakar övriga anbudsgivare stora kostnader för att förbereda och upprätta anbud i onödan. Detta utgör en ekonomisk skada för HOTAB.

Efter den första utvärderingen i upphandlingen borde LM Industrirör AB:s (LM Industrirör) anbud förkastats på den grunden att anbudet avvek från förfrågningsunderlaget. LM Industrirör hade i sitt anbud avvikit från och ändrat kraven vad gäller garantitid, betalningsplan, betalningsvillkor, betalningssäkerhet och referenser. I anbudet från HOTAB förekom endast en komplettering i förhållande till förfrågningsunderlaget, en maxgräns för dröjsmålsvite. HOTAB borde därför ha tilldelats uppdraget. LM Industrirör borde inte fått möjlighet att delta i det förhandlade förfarandet. Istället har LM Industrirör efter en förnyad utvärdering fått möjlighet att ändra sitt anbud för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget.

HOTAB har inte reserverat sig till de förseningsviten som stipulerades i förfrågningsunderlaget och därmed innehåller bolagets anbud inte några brister. HOTAB har endast tillfört en komplettering. Anbud har inkommit i upphandlingen och de anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska förkastas. Även den anbudsgivare som slutligen, efter det förhandlade

förfarandet, tilldelades uppdraget hade reservationer i sitt anbud och det borde ha förkastats direkt. Det är felaktigt att påstå att HOTAB inte lidit någon skada.

Kiruna Kraft anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Kiruna Kraft genomförde en upphandling med öppet förfarande. Fem anbud inkom men samtliga anbud innehöll brister i förhållande till kraven i upphandlingen. I beslutet att övergå till förhandlat förfarande redovisades dessa brister. HOTAB reserverade sig mot förseningsvite och har därmed inte godkänt de administrativa föreskrifterna. Kiruna Kraft var därför förhindrad att anta anbudet.

Eftersom det inte lämnats några lämpliga anbud i upphandlingen beslutade Kiruna Kraft att övergå till förhandlat förfarande i enlighet med 4 kap. 2 § punkten 1 LUF. HOTAB har därmed fått möjlighet att anpassa sitt anbud till kraven i förfrågningsunderlaget. Kiruna Kraft har gett övriga anbudsgivare samma möjlighet och i det förhandlade förfarandet har samtliga anbudsgivare behandlats likvärdigt. Vidare bör framhållas att kontraktvillkoren inte har ändrats vid övergång till det förhandlade förfarandet. HOTAB har därmed inte missgynnats i förhållande till övriga anbudsgivare genom övergången till förhandlat förfarande och därmed inte lidit skada eller riskerat att lida någon skada till följs av de påstådda bristerna i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner i likhet med vad Kiruna Kraft gjort gällande att de anbud som lämnades inom ramen för det öppna förfarandet innehöll brister i förhållande till kraven i upphandlingen. Enligt kammarrättens mening rör det sig om avvikelser från de administrativa föreskrifterna och inte om bristande kravuppfyllnad i förhållande till obligatoriska krav i upphandlingen. Eftersom det inte lämnats några lämpliga anbud hade

Kiruna Kraft fog för att övergå till ett förhandlat förfarande i enlighet med 4 kap. 2 § första stycket punkten 1 LUF. Då det inte heller framkommit att förhandlingarna avsåg några väsentliga förändringar av villkoren för kontraktet finner kammarrätten att HOTAB inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund av det aktuella upphandlingsförfarandet. Överklagandet ska därför avslås.

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



Peter Lif
kammarrättslagman
ordförande



Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd



Lina Nilsson Levin
tf. kammarrättsassessor
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-10-11
Meddelad i Luleå

Mål nr
1486-16

SÖKANDE

HOTAB Biosystem AB, 556337-1797
Hedentorpsvägen 16
291 62 Kristianstad

MOTPART

Kiruna Kraft AB, 556526-8371
c/o Tekniska verken i Kiruna AB
981 85 Kiruna

ÖVRIG

Petro Bio AB, 556067-3450
Box 52090
400 25 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Petro Bio AB:s begäran om att få yttra sig i målet.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kiruna Kraft AB genomförde upphandling av totalentreprenad avseende Bio oljepanna, dnr. 2016-027, genom öppet förfarande. Fem leverantörer kom in med anbud, däribland HOTAB Biosystem AB (HOTAB). Enligt beslut den 13 maj 2016 tilldelade Kiruna Kraft AB en annan anbudsgivare kontraktet. Tilldelningsbeslutet återkallades dock den 23 maj 2016. Den 9 juni 2016 beslutade Kiruna Kraft AB att avbryta upphandlingen och övergå till ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § 1 LUF. Beslutet motiverades med att samtliga ingivna anbud hade brister i förhållande till kraven. Kiruna Kraft AB meddelade den 1 juli 2016 nytt tilldelningsbeslut, varigenom samma anbudsgivare som i det första tilldelningsbeslutet antogs.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad HOTAB framför

HOTAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, i första hand, att den ska rättas samt, i andra hand, att den ska göras om.

HOTAB framför i huvudsak följande. Den vinnande anbudsgivarens anbud skulle ha förkastats inför det första tilldelningsbeslutet. Genom att Kiruna Kraft AB antagit anbudet vid det första tilldelningsbeslutet har bolaget brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna.

HOTAB har inte mottagit beslutet om att avbryta upphandlingen och övergå till ett förhandlat förfarande. Det strider mot LUF och öppenhetsprincipen eftersom alla anbudsgivare har rätt till samma information samtidigt.

Den 14 juni 2016 meddelade Kiruna Kraft AB att det övergått till ett förhandlat förfarande och att uppmanade HOTAB att komma in med kompletteringar eller förtydliganden. Om Kiruna Kraft AB önskade genomföra upphandlingen genom ett förhandlat förfarande skulle upphandlingen ha gjorts om med nytt förfrågningsunderlag, ny anbudstid etc. Om inget anbud är kvalificerat ska en ny upphandling ske. Det senare tilldelningsbeslutet strider därför mot LUF.

Om förhandling hade varit tillåten har Kiruna Kraft AB inte förfarit på rätt sätt eftersom det krävt rättelse av leverantörerna som inte hade något val. Det utgör inte en förhandling.

Vid det nya tilldelningsbeslutet antogs samma leverantör som tidigare. Genom kompletteringar och förtydliganden uppfyller denne förfrågningsunderlagets krav. Att förfara på detta sätt är inte förenligt med ett öppet förfarande och är inte möjligt när anbudstidens utgång var den 27 april 2016. Eftersom det inte är en ny upphandling har den vinnande anbudsgivarens andra anbud kommit in efter anbudstidens utgång och ska förkastas.

Det är anmärkningsvärt att den vinnande anbudsgivaren åstadkommit förbättringar i väsentliga delar av sitt anbud. Sådana förbättringar är normalt inte möjliga. Denne har särbehandlats. Det nya anbudet är inte en rättelse.

Av beslutet framgår att HOTAB:s anbud har förkastats. Förkastandet och de brister som Kiruna Kraft AB påstår att anbudet är behäftat med är felaktiga. HOTAB har ingen reservation mot vite i sig, bara en komplettering. Det är inte riktigt att HOTAB inte godkänt de administrativa villkoren.

Kiruna Kraft AB har i tilldelningsbeslutet gjort ett tillägg på HOTAB:s anbud med 292 000 kr. Om HOTAB hade kunnat utgå från en garantiperiod på

två år, en fördelaktigare betalningsplan och inte behövt ställa ut bankgaranti hade prisbilden förändrats.

Om ett korrekt upphandlingsförfarande skett hade HOTAB:s anbud antagits.

Vad Kiruna Kraft AB framför

Kiruna Kraft AB anser att ansökan om överprövning ska avslås och framför följande. Det är riktigt att det har fattats ett tilldelningsbeslut den 13 maj 2016 och att kontraktet tilldelades en anbudsgivare som lämnat ett orent anbud. I själva verket var alla inkomna anbud orena och Kiruna Kraft AB hade felaktigt uppfattningen att det därför inte spelade någon roll. Bolaget kontrollerade senare saken och fick klart för sig att det hade två alternativ, antingen avbryta upphandlingen och börja om eller inleda ett förhandlat förfarande med alla anbudsgivare för att få så många anbud som möjligt rena.

I förhandlingen har Kiruna Kraft AB låtit anbudsgivarna rätta sina fel och brister i anbudet samt därefter tilldelat på nytt. Bolaget har haft rätt att övergå till ett förhandlat förfarande. Bolaget har haft rätt att begära de kompletteringar som skett under förhandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Petro Bio AB:s begäran

Petro Bio AB har i mål 1485-16 begärt att det ska få yttra sig angående HOTAB Biosystem AB:s anbud i detta mål. Skäl för detta saknas. Begäran avslås därför.

Frågan i målet

Frågan i målet är om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda och – om så är fallet – om förfarandet i sig hanterats på ett korrekt sätt av Kiruna Kraft AB.

Ett av kraven för att få tillämpa aktuellt förfarande är att det inte lämnats några lämpliga anbud (se nedan). Förvaltningsrätten prövar därför först hur det förhåller sig med HOTAB:s anbud för att sedan gå över till förfarandet i sig.

Uppfyller HOTAB:s anbud kraven?

Av beslutet om övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering framgår att Kiruna Kraft AB konstaterat brister i HOTAB:s anbud i förhållande till vad som anges i förfrågningsunderlaget, punkten AFB.31 och den tekniska beskrivningen, punkten 6. Enligt Kiruna Kraft AB består bristerna i ”reservation beträffande vite” och ”administrativa villkor är inte godkända”.

Av förfrågningsunderlaget, punkten AFB.31, framgår att ”följande uppgifter skall lämnas i anbudet: [...] enligt teknisk beskrivning punkt 6 uppgifter i anbud. Anbud/anbudsgivare som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav kan komma att inte tas upp till prövning”.

Av den tekniska beskrivningen, punkten 6, framgår att ”anbudet skall innehålla följande uppgifter: [...] eventuella avvikelser mot krav i förfrågan”.

HOTAB har anfört att det inte har reserverat sig mot de administrativa villkoren. Kiruna Kraft AB har inte närmre preciserat vad det grundar sin be-

dömning om bristande kravuppfyllelse på. Kiruna Kraft AB har därför inte visat att det haft skäl för sin bedömning.

Av förfrågningsunderlaget, punkten AFD.511, framgår att "vid försening är B [beställaren] berättigad att av E [entreprenören] erhålla vite 1 % av kontraktssumman, för varje påbörjad vecka, varmed färdigställande av kontraktarbetena i deras helhet eller huvuddel blivit fördröjd".

Av HOTAB:s anbud "Administrativt – HOTAB Gruppens Standard Villkor, framgår följande.

- Försenings Vite - 1 % per påbörjad vecka. Maximeras till 7,5 % av kontraktssumman.
- Funktionsvite - Skall maximeras till 5 % och definieras i kontrakt.
- Maximering av vite - Max vite som kan utgå skall vara 10 %. Vitesjämkning enligt ABT 06 skall tillämpas.

HOTAB har anfört att det nämnda utgör en komplettering och inte ska tolkas som en reservation. Till skillnad från HOTAB:s standardvillkor innehåller dock förfrågningsunderlaget ingen maxgräns för vitet. HOTAB:s villkor kan därför inte tolkas på annat sätt än som en reservation. Anbudet uppfyller således inte det obligatoriska kravet i denna del.

Har Kiruna Kraft AB haft rätt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering?

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några "lämpliga" anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (4 kap. 2 § 1 LUF). Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att den haft rätt att tillämpa förfarandet. Tolkningen är restriktiv.

Kiruna Kraft AB har som skäl för beslutet om övergång till förhandlat förfarande angett att det inte kom in några anbud som uppfyllde förfrågningsunderlagets krav.

Som framgår ovan delar förvaltningsrätten Kiruna Kraft AB:s bedömning att HOTAB:s anbud inte uppfyller kraven. HOTAB har inte gjort gällande att Kiruna Kraft AB gjort fel som förkastat övriga anbud. I detta mål har därför förvaltningsrätten att utgå från att inget anbud uppfyllde kraven.

Avgörande för om Kiruna Kraft AB ska anses haft rätt att övergå till aktuellt förfarande är om det förhållande att anbudena inte uppfyller kraven innebär att de inte heller är ”lämpliga” i lagens mening. I LOU görs skillnad mellan ogiltiga och olämpliga anbud. I LUF nämns inte ogiltiga anbud.

Den nuvarande lagstiftningen saknar legaldefinition av vad som avses med begreppet olämpliga anbud. I artikel 50 a) i det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU) anges att ”ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten”.

I förarbetena till kommande lagstiftning om upphandling inom försörjningssektorn föreslås att direktivets lydelse förs in i 6 kap. 6 §. Där uttalas vidare att dessa fall och omständigheter i huvudsak motsvarar de som uppställs för att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska få användas enligt 2004 års direktiv, och att det inte är lämpligt att uttömmande uppräknas vad som avses med olämpliga anbud utan att det måste överlämnas till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med ”inga lämpliga anbud” (prop. 2015/16:195 s. 499 f och 1 205).

EU-domstolen har i mål C-250/07, Kommissionen mot Grekland, gett viss ledning då den tolkat motsvarande bestämmelse i direktiv 93/38/EEG (nuvarande artikel 40.3.a i direktiv 2004/17/EG). I det målet var frågan om den upphandlande myndigheten haft grund för att kvalificera inkomna anbud som "icke godtagbara" och därför haft rätt att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med de leverantörer som lämnat anbud. EU-domstolen ansåg att den upphandlande myndigheten haft rätt att tillämpa förfarandet på det sätt som gjorts, eftersom inget av anbuden uppfyllt de tekniska specifikationer som den upphandlande myndigheten haft att följa och kraven som ställts upp inte kunde anses vara orimligt stränga eller omöjliga att uppfylla.

I doktrinen har Jan-Erik Falk uttalat att även "ogiltiga" anbud föranleder en rätt för den upphandlande enheten att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder behöver vara ogiltigt. Varken i lagtexten eller i art. 40.3 a) i direktivet tillämpas begreppet ogiltigt anbud. I LOU anges dock en katalog över anbud som är ogiltiga. Se 4 kap. 2 § första stycket 1 a-h där det räknas upp en rad olika omständigheter som gör ett anbud ogiltigt. Samma omständigheter gör även anbud ogiltiga vid tillämpning av LUF.¹

Om det endast inkommit ogiltiga anbud tycks det inte finnas krav på att bjuda in åtminstone de kvalificerade leverantörerna, som deltog i den första och resultatlösa upphandlingen, såsom fallet är vid tillämpning av motsvarande undantag i LOU. Se härom i 4 kap. 6 § LOU.²

¹ *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar*, Jan-Erik Falk, 2010, uppl. 1, s. 199.

² A.a. s. 200.

Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven är att anse som olämpligt i LUF:s mening. Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma stämmer det även hyfsat överens med lydelsen i det nya försörjningsdirektivet.

Utifrån vad som framkommit i aktuellt mål har Kiruna Kraft AB följaktligen haft rätt att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Har Kiruna Kraft AB brutit mot LUF genom att tillämpa det förhandlade förfarandet felaktigt?

HOTAB har anfört att Kiruna Kraft AB felaktigt tillåtit kompletteringar och rättelser samt att den vinnande anbudsgivarens kompletteringar utgör ett nytt anbud som ska förkastas såsom för sent inkommet. Vidare har HOTAB gjort gällande att det inte fick besked om övergången till det nya förfarandet.

Av handlingarna i målet framgår att HOTAB fått del av beslutet att upphäva/återkalla det första tilldelningsbeslutet. Vidare framgår att HOTAB fått besked om att Kiruna Kraft AB uppmärksammat att HOTAB satt ett tak för vitet (se ovan) och att Kiruna Kraft AB ansåg att anbudet därför inte uppfyllde kraven. Slutligen framgår att HOTAB den 14 juni 2016 fått besked från Kiruna Kraft AB att bolaget övergått till förhandlat förfarande och därför ville ha vissa förtydliganden och kompletteringar. Om HOTAB även fått beslutet om övergång den 9 juni 2016 är oklart. Det synes dock vara mer än formsak än ett fel som kan utgöra grund för ingripande enligt LUF.

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem (2 kap. 9 § LUF). Det saknas närmre bestämmelser i

LUF om hur ett förhandlat förfarande får gå till och vad förhandlingen får omfatta. Den upphandlande enheten är dock alltid bunden av de grundläggande principerna.

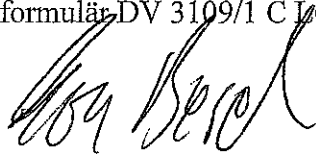
Att förhandla för att förmå anbudsgivarna att uppfylla obligatoriska krav kan inte anses stå i strid inte mot de grundläggande principerna. Ändringar och kompletteringar av anbud som görs för att uppfylla kraven är vidare inte att anse som nya, för sent inkomna anbud. Det har inte påståtts att de ursprungliga villkoren för kontraktet ändrats väsentligt vid förhandlingen. Utifrån vad som framkommit i aktuellt mål har Kiruna Kraft AB alltså inte brutit mot LUF genom ett felaktigt utförande av det förhandlade förfarandet.

Inte heller i övrigt utgör det HOTAB anförda skäl för ingripande enligt LUF. HOTAB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har denna dag även avslagit Petro Bio AB:s ansökan om överprövning av aktuell upphandling (mål nr 1485-16).

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Eva Beselin

Sanne Carlsson har föredragit målet.