



SÖKANDE

Omninen AB, 556371-9474

Ombud:

Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyn 1
411 36 Göteborg

MOTPARTER

1. Arboga kommun
2. Askersunds kommun
3. Bergslagens Kommunalteknik
4. Futurum Fastigheter i Örebro AB, 556736-6215
5. Hallsbergs kommun
6. Karlskoga kommun
7. Kumla kommun
8. Kungsörs kommun
9. Köpings kommun
10. Lekebergs kommun
11. Örebro kommun

Företrädare för 1-10
Örebro kommun
Box 300 00
701 35 Örebro

Ahlsell AB, 556012-9206

Ombud:

Jurist Karl Nilsson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-09-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering ska ske varvid Ahlsell Sverige AB:s produkter i positionerna 13.16 och 13.17 ska beräknas med ett s.k. belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

BAKGRUND

Örebro kommun genomför i samverkan mellan kommunerna Askersund, Hallsberg, Karlskoga, Kumla, Lekeberg, Örebro, Arboga, Kungsör och Köping samt även Futurum fastigheter i Örebro AB och Bergslagens kommunalteknik en offentlig upphandling avseende ramavtal på VA- och VVS-material. Upphandlingen sker genom öppet förfarande enligt LOU och som utvärderingsgrund gäller lägsta pris. De upphandlande myndigheterna genom tidigare tilldelningsbeslut antagit anbudet från Onninen AB (Onninen). Sedan Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) ansökt om överprövning har förvaltningsrätten i dom den 25 november 2013 i mål nr 3743-13 beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering ska ske varvid Onninen produkt i position 13.4 ska beräknas med ett s.k. belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Onninen har överklagat domen till kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen utan att få prövningstillstånd. De upphandlande myndigheterna har därefter genom tilldelningsbeslut den 14 mars 2014 antagit anbudet från Ahlsell.

PARTERNAS TALAN

Onninen ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska ske, i första hand genom att anbudet från Ahlsell inte får beaktas vid anbudsutvärde-

ringen och i andra hand genom att Ahlsell åläggs ett belastningspris i positionerna 7.1, 13.16 och 13.17 (VA-delen). Som skäl för yrkandet anför Onninen sammanfattningsvis följande. Ahlsell har i nämnda positioner brutit mot uppställda skall-krav genom att offerera produkter som inte är av den tekniska standard som Örebro kommun föreskrivit i förfrågningsunderlaget och inte heller i sitt anbud visat att produkterna är likvärdiga. Anbudet uppfyller således inte alla skall-krav och ska därför uteslutas eller i vart fall belastas med ett belastningspris.

De upphandlande myndigheterna bestrider bifall till Onninens ansökan och anför i huvudsak följande. Angående position 7.1 (VA-delen) har de upphandlande myndigheterna efter ny granskning av produkten funnit att Onninens synpunkt på röret är korrekt och ger Ahlsell belastningspris på produkten. Efter ny sammanräkning av samtliga produkter där Ahlsell fått belastningspris för denna produkt har det inte förändrats vilken leverantör som har lägst pris. Angående positionerna 13.16 och 13.17 kände de upphandlande myndigheterna en viss osäkerhet på dessa två produkter och om de kunde godkännas. De upphandlande myndigheterna begärde av den anledningen av Ahlsell att de två produkterna skulle finnas för påseende under två veckor. Ahlsell ställde de två produkterna hos den upphandlande myndigheten. Yrkeskunniga med lång erfarenhet kunde konstatera att de två produkterna är likvärdiga och de godkändes. Man konstaterade att samma material använts i samtliga rör men att infästningen är skillnaden. De brunnslock med RSK nr 703 81 63 och 703 81 67 är vulkaniserade vilket gör dessa rör dyrare och alternativet RSK nr 703 82 03 och 703 82 04 som Ahlsell offererat har ett bättre pris. De upphandlande myndigheterna anser att utvärderingen skett i enlighet med gällande rätt och att tilldelningsbeslut att anta Ahlsell ska gälla.

Ahlsell bestrider bifall till Onninens ansökan och anför bland annat följande. Inledningsvis bör påtalas att det är den upphandlande myndigheten

som har att göra en likvärdighetsbedömning. Så som framgår av skriftväxlingen i målet har kommunen låtit två yrkeskunniga personer med lång erfarenhet bedöma likvärdigheten. Dessa personer har kunnat konstatera att det rör sig om likvärdiga produkter. Det saknas således skäl för att göra en annan bedömning. Det måste därför anses klarlagt att de produkter som Ahlsell offererat på positionerna 13.16 och 13.17 är likvärdiga referensprodukterna. Av bilaga benämnd artikelspecifikation framgår att anbudsgivarna vid ifyllandet av artikelspecifikationen har haft att ange hemsida där offererad produkt kan hittas. Detta kan inte förstås på annat sätt än att kommunen avsett att göra likvärdighetsbedömningen för likvärdiga produkter genom att ta del av den information om produkten som finns att tillgå via leverantörs hemsida. Ahlsell har på alla positioner i artikelspecifikationen och således för varje offererad produkt, angett en länk till hemsida där information om offererad produkt finns. Ahlsell har även, på samtliga positioner där likvärdig produkt offererats, angett det RSK-nummer som gäller för den likvärdiga produkten. Genom att söka på angivet RSK-nummer i RSK-databasen har kommunen även på detta sätt kunnat ta del av väsentlig information gällande offererad produkt. Ahlsell har således helt och fullt följt de instruktioner som kommunen angett i anbudsinbjudan. Att kommunen ändå känt en viss osäkerhet vad gäller de produkter som Ahlsell har offererat på positionerna 13.16 och 13.17 (VA-del en), och därmed kommit att begära in produkter för påseende, är inget som Ahlsell kan lastas för. Det är Ahlsells bestämda uppfattning att kommunen har kunnat bedöma likvärdigheten för produkterna även utan detta påseende.

SKÄL FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 6 kap. 1 § LOU framgår att tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterade handlingarna samt att specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

I 6 kap. 2 § LOU anges att de tekniska specifikationerna ska, om inte 3 § tillämpas, vara utformade med hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga 4, och i turordning hänvisa till

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggtreprenader samt materialanvändning.

Varje hänvisning som avses i första stycket skall följas av orden "eller likvärdigt".

Av 6 kap. 5 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer

med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

Örebro kommun har i förfrågningsunderlaget 2.1.1. artikelspecifikation angett bland annat följande. Ingående produkter i rubricerad upphandling redovisas i bifogad artikelspecifikation med tillhörande produktspecifika krav. Produktbeskrivning med hänvisning till visst märke, fabrikat eller RSK-nummer har gjorts enbart för att förenkla beskrivningsarbetet. Likvärdiga produkter, egenskaper eller processer accepteras alltid. När annan produkt anges måste detta tydligt anges så de upphandlande myndigheterna enkelt kan jämföra produkterna. --- För produkter som anbudsgivaren inte har lämnat pris på, beräknas produkten med ett s.k. belastningspris. Detta pris tas ifrån anbudsgivarens katalog/hemsida exklusive rabatt. Om anbudsgivaren saknar produkt beräknas priset på övriga anbudsgivares medelpris exkl. rabatt. Detta för att en rättvis bedömning ska kunna göras.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att Ahlsell i positionerna 7.1, 13.16 och 13.17 inte offererat produkter med de tekniska specifikationer som de upphandlande myndigheterna angett i förfrågningsunderlaget. Frågan är då om de produkter Ahlsell offererat är likvärdiga och om så inte är fallet, vad konsekvensen av detta ska bli. Av tidigare mål avseende den nu aktuella upphandlingen och förfrågningsunderlaget framgår att det är oproportionerligt att utesluta Ahlsells anbud om de offererade produkterna inte är likvärdiga. I stället ska de beräknas med ett s.k. belastningspris enligt vad som anges i 2.1.1.

Genom att de upphandlande myndigheterna numera har beräknat Ahlsells produkt i position 7.1 med ett belastningspris är frågan om produkterna i positionerna 13.16 och 13.17 är likvärdiga eller om de ska beräknas med

belastningspris. Som framgår av 6 kap. 2 och 5 § LOU ska anbudsgivaren i sitt anbud visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna. Detta har Ahlsell enligt vad som framkommit i målet inte uppfyllt då de upphandlande myndigheterna inte kunnat konstatera likvärdigheten utifrån anbudet utan i stället har bolaget ställt de två produkterna till de upphandlande myndigheternas förfogande för en utvärdering under två veckor. Förvaltningsrätten finner att detta inte är förenligt med bestämmelsen i 6 kap. 5 § LOU och därmed inte heller med principen om likabehandling. Det har inte framkommit annat än att bristerna i detta avseende medfört att Onninen kan komma att lida skada. Under dessa förhållanden ska Onninens ansökan bifallas vad gäller positionerna 13.16 och 13.17 varvid upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att Ahlsells anbud ska beräknas med ett belastningspris i dessa positioner.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Bo Forsberg



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. 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 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.