



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2013-06-24
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Sida 1 (7)

Mål nr
1928-13
Domare 2:3

SÖKANDE
Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

Ombud: Advokaten Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART
Skara kommun
532 88 Skara

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

KONKURRENSVERKET	
2013-06-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Skara kommun genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Hyra av WC-byggnad, Skara kommun (ref. nr 211/2012). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Danfo AB (Danfo) antagits och Danfo har ansökt om överprövning.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser hyra av offentlig WC-byggnad på tomten Gamla Stadens 2:1, Skara, där det idag finns en toalettbyggnad. Den befintliga byggnaden kommer att rivras av kommunen. Upphandlingen inkluderar ett service- och skötselavtal. Kommunen står för kostnader för el- och vattenförbrukning. Avtal

Dok.Id 102794

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

kommer att ingås med en leverantör. Som tilldelningskriterium används lägsta pris.

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. I upphandlingen har anbud inkommit från dels Danfo, dels Flyttbara Enheter Fly-Bo AB (Flybo). Båda anbuden ansågs kvalificerade, men Flybos anbud innehöll ett lägre anbudspris. Flybo antogs därför som leverantör.

YRKANDEN

Danfo yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts genom ny anbudprövning, varvid Flybos anbud ska förkastas.

Skara kommun anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Danfo: Flybos anbud uppfyller inte samtliga ska-krav och skulle därför ha förkastats. Därmed är Danfos anbud det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta priset. Således har Danfo lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Flybo har inte tillräcklig kapacitet för det uppdrag upphandlingen avser. Avseende daglig tillsyn och städning har Flybo åberopat underleverantören Skaraborgs Städ AB:s (Skaraborgs) kapacitet och bifogat ett intyg till stöd för detta. Danfo har dock varit i kontakt med Skaraborgs och därvid erhållit ett e-postmeddelande som visar att Skaraborgs enbart offererat Flybo städning av toalett i Skara och inga andra tjänster. Således har Flybo felaktigt hävdats att Flybo kan utföra tillsyn och funktionskontroll i enlighet med anbudsunderlaget. Vidare har Flybo inte uppfyllt kravet på att besöka

platsen och bilda sig en uppfattning om förutsättningarna för byggnaden. Flybos anbud uppfyller inte heller kravet avseende sanitetsmodul för RWC. Enligt förfrågningsunderlaget ska modulen innehålla handfat med blandare för tempererat vatten, varmluftstork, tvålautomat samt papperskorg. Flybos anbud är otydligt i denna del, men som den tekniska beskrivningen får förstås är inte tvålautomaten, papperskorgen och varmluftstorken inkluderade i modulen. Även om den tekniska beskrivningen är otydlig i denna del framgår det av Flybos ritning att handfatet inte är integrerat med övriga funktioner. En konstruktion med samtliga funktioner integrerade är avsevärt mycket dyrare än en uppdelad konstruktion som Flybo erbjudit.

Skara kommun: Kommunen har inte avvikit från förfrågningsunderlaget eller på annat sätt brutit mot LOU:s bestämmelser. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt lagen.

Kommunen har ställt krav på skötsel, d.v.s. att det i uppdraget ska ingå daglig städning och tillsyn. Flybo har i sitt anbud bekräftat att de uppfyller kravet på skötsel. Bekräftelsen på uppfyllelse av kravet är i sig tillräcklig. Kommun har inte heller anledning att misstänka att Flybo inte skulle uppfylla åtagandet gällande skötsel och Danfo kan inte heller genom sin kontakt med Flybos underleverantör bevisa att Flybo inte skulle uppfylla kravet gällande skötsel. Vad sedan gäller föreskriften om besök uppställs inget krav på att besöket ska ha skett i samband med upphandlingen eller inom viss tidsram. Kommunen har kontrollerat att Flybo uppfyllt kravet genom att fråga om de besökt platsen och då erhållit ett tillfredställande svar. Avseende sanitetsmodul för RWC kan konstateras att Flybo har bekräftat att de uppfyller kravet. Av den tekniska beskrivningen framgår att relevanta funktioner ingår. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att likvärdiga lösningar är tillåtna. Dessutom innehåller inte heller Danfos anbud någon

beskrivning som visar att de skulle uppfylla kravet på integration/infälld modul.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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.

Av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 framgår bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansöknings. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndighet-

en ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Utredning

Vissa föreskrifter i förfrågningsunderlaget följs av särskilda symboler. Det finns bl.a. en symbol som innebär att texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas och en symbol som innebär att frågan besvaras av köparen (kommunen).

För målet väsentliga föreskrifter i förfrågningsunderlaget:

- Vid anbudsprövning om leverantörens anbud uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav (2.1.18.).
- Före anbudsgivning ska leverantören besöka platsen och bilda sig en uppfattning om förutsättningarna för byggnaden. För visning kontaktas angiven tjänsteman (2.1.11.)

- RWC-utrymmet ska vara utrustat med: Infälld sanitetsmodul, eller likvärdigt i rostfritt stål innehållande: Handfat med blandare för tempererat vatten och beröringsfri funktion, Varmluftshandtork med beröringsfri funktion, Tvåautomat med beröringsfri funktion, Papperskorg. Leverantören ska ange om kravet på inredningen på RWC uppfylls. (4.2.11.). Föreskriften åtföljs av symbol som utvisar att texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas.
- Daglig städning och tillsyn ska ingå för att uppnå 100 procent funktion. Leverantören ska ange om kravet på daglig tillsyn och städning uppfylls (4.3.1.). Föreskriften åtföljs av symbol som utvisar att texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma *om* och - i förekommande fall - *hur* anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella ska-krav är uppfyllda (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 28 oktober 2010 i mål nr 2449-10). Någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att uppgifter som anbudsgivaren lämnar vid anbudsgivningen angående kravuppfyllelsen är korrekta föreligger inte om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Om det vid en överprövningsprocess kommer fram uppgifter som visar en bristande kravuppfyllelse måste dessa dock beaktas.

Enligt föreskriften i punkt 4.3.1. i förfrågningsunderlaget är det tillräckligt att anbudsgivaren visar att ska-kravet är uppfyllt genom att besvara den i föreskriften ställda frågan med Ja. Vad Danfo anfört visar inte att Flybos anbud trots Ja-svar ändå inte uppfyller det ställda kravet. Punkten 2.1.11. i förfrågningsunderlaget innehåller inte något krav på att leverantören ska visa att ett uppställt ska-krav uppfylls. Kravet får närmast betraktas som ett villkor som ska godtas för att anbudet ska prövas. Mot bakgrund härav samt då Flybo inte motsatt sig det i föreskriften formulerade kravet kan Danfo inte anses ha förmått göra sannolikt att Flybo inte uppfyllt aktuellt ska-krav. Vad gäller föreskriften i punkt 4.2.11. krävs, liksom avseende punkt 4.3.1., inte mer av leverantören än att denna besvarar en ställd fråga med Ja. Vad Danfo anfört visar inte att Flybo offererat annat än ett i vart fall i förfrågningsunderlagets mening likvärdigt utförande.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Danfo inte förmått göra sannolikt att Skara kommun avvikit från förfrågningsunderlaget eller på annat sätt brutit mot LOU. Flybo har uppfyllt förfrågningsunderlagets krav avseende om och - i förekommande fall - hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella ska-krav är uppfyllda. Danfo har inte visat att det trots detta funnits skäl att förkasta Flybos anbud. Således saknas grund för ingripande enligt LOU, varför Danfos ansökan ska avslås.

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


Annette Spjuth

