



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

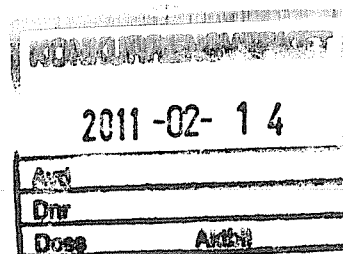
DOM
2011-02-09
Meddelad i Västerås

Mål nr
7662-10, 8264-10 E
Enhet 2

SÖKANDE

1. Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

2. Focus Neon AB, 556196-2332
Box 9044
126 09 Hägersten



Ombud för sökande nr 2: Advokaten Liselott Fröstad
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun
Tekniska nämndens stab
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse av Västerås kommuns upphandling av två stycken digitala informationsskyltar, dnr: 2010/929-TN-061, på så sätt att utvärderingen ska göras om utan beaktande av Industriunderhåll AB:s anbud.

Dok.Id 23901

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1001	Sigurdsgatan 22	018-16 73 00	021-13 20 25	måndag – fredag
721 26 Västerås		E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

BAKGRUND

Västerås kommun (härefter kommunen) har inlett upphandling av två stycken digitala informationsskyltar, dnr: 2010/929-TN-061. Två bolag har lämnat anbud, varav ett är Focus Neon AB. Enligt tilldelningsbeslut den 8 december 2010 har Industriunderhåll AB (härefter Industriunderhåll) antagits som leverantör i upphandlingen.

YRKANDEN

Noxab i Malmö AB (härefter Noxab) ansöker, innan beslut om tilldelning fattats, om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om, mål nr 7662-10.

Focus Neon AB (härefter Focus), ansöker, efter att beslut om tilldelning fattats, om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska vidtas genom en ny anbudsutvärdering vid vilken Industriunderhålls anbud inte ska utvärderas, mål nr 8264-10.

Kommunen bestrider bifall till yrkandena.

GRUNDER MM

Noxab

Noxab anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunen har valt felaktig entreprenadform. Det är ingen entreprenad. Det är inköp av en vara. De kostnader som inte är kopplade till själva varan (skyltarna) är endast en mindre del av totalpriset. Kostnaden för fundament, skyltbärare och installation är endast 10-15 procent av totalpriset. Att tilläggsarbeten (fundament och skyltbärare samt montage och inkoppling av skyltarna) skulle uppgå

till mer än 50 procent av totalpriset är omöjligt, såvida det inte handlar om designat fundament och specialtillverkade skyltbärare. Eftersom inget krav om detta finns i förfrågningsunderlaget är det mycket enkelt. Det handlar om inköp av en vara, två digitala skyltar som ska placeras längs två vägar.

– Noxab åberopar till stöd för sin uppfattning Länsrätten i Gävleborgs dom den 13 maj 2009, mål nr 532-09.

I och med att det är en upphandling av ett varukontrakt helt i enlighet med 2 kap. 21 § LOU kan kommunen inte använda sig av AMA AF 07, AB 04 och liknande. Dessa allmänna bestämmelser gäller för byggnads-, anläggnings och installationsentreprenader och är inte tillämpliga vid inköp av varor.

I och med att det är en upphandling av ett varukontrakt helt i enlighet med 2 kap. 21 § LOU kan kommunen inte heller ha de miljökrav som krävs i upphandlingen. Kommunen bifogar till förfrågningsunderlaget en 10-sidig handling som heter ”Miljökrav vid upphandling av entreprenader och tjänster”. Eftersom upphandlingen varken handlar om en entreprenad eller en tjänst gäller inte denna handling. Dessutom anser Noxab att i princip samtliga punkter i handlingen är oproportionerliga till en upphandling av två skyltar. Exempelvis:

- Bensin och diesel enligt svensk standard av miljöklass 1 eller ur miljösynpunkt renare ska användas.
- För bensindrivna arbetsmaskiner ska akrylatbensin användas enligt gällande utgåva av svensk standard, SS 15 54 61.
- Däck ska vara HA-oljefria om det finns sådana att tillgå för fordonet i fråga. Uppdragstagaren ska kunna styrka detta skriftligt till beställaren.
- Endast hydraulvätska som uppfyller svensk standard SS 15 54 34 med tillägget miljöanpassad eller innehåller mer än 65 procent vatten får användas. I de fall sådan hydraulvätska inte uppfyller maskinleverantörens tekniska krav kan annan hydraulvätska användas efter att beställaren godkänt detta.

Enligt LOU, Konkurrensverket och rättspraxis är det inte förenligt med

gällande regelverk att som kvalificeringskrav kräva att en anbudsgivare har ett miljöledningssystem vid upphandling av en vara, som i sig inte har någon miljöpåverkan. Reglerna gäller i princip endast upphandling av bygg-entreprenader, eller vissa tjänster. – Noxab åberopar till stöd för sin uppfattning Konkurrensverkets handlingar ”Miljökrav i offentlig upphandling” och ”Miljöledningsrutiner och miljöledningssystem” samt EMAS svenska hemsida.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen upphandlar två LED-tavlor som ska fungera som informationstavlor vid infarterna till Västerås. I upphandlingen ingår förutom själva LED-tavlorna, uppförande av bärare och fundament till desamma. I förfrågningsunderlaget ställs höga krav på både fundament och skyltbärare. Kommunen bedömer att ingen anbudsgivare kan använda sig av en på marknaden förekommande standardprodukt för dessa. Vid förfrågan till möjliga leverantörer av skyltbärare och fundament har det framkommit att kostnaden för dessa med stor marginal överstiger de nämnda 10-15 procenten av totalsumman som Noxab kalkylerat med. Till detta kommer kostnader för montage av skyltbärare med de krav som ställs på specialistkunskap i förfrågningsunderlaget och även troliga kostnader för kranbilar, vägavstängningar, dokumentation, testning, utbildning, elsäkerhet, montage, projektledning, platsbesök m.m. Dessutom ingår i den femåriga garantitid som begärs för LED-tavlornas underhåll, reparation och service, telefonsupport samt reservdelar. Därtill ingår som option publiceringstjänst. Kommunen har därför valt att upphandla det som en entreprenad. Enligt kommunens preliminära bedömning – anbudet får ge svaret – kommer tjänstinslaget att dominera kostnadsmässigt för det som upphandlas.

Enligt AF-bestämmelserna för entreprenaden ska anbudsgivaren ha ett etablerat miljö- och kvalitetsarbete. Vid upphandlingar av entreprenader ställer Tekniska nämndens stab (som är beställare av upphandlingen) miljö-

krav som baseras på lagkrav och svensk standard (SIS).

Upplysningsvis är det inte ovanligt att använda entreprenadformerna vid offentlig upphandling av projekt av denna karaktär. Som exempel kan nämnas att Vägverket, numera Trafikverket, har använt entreprenadformerna vid sina senaste upphandlingar, bland annat VV 2010/4897 ”Trafikinformationstavlor i Stockholms län, Kungens kurva” och TR30A 2009:23233 ”Trafikinformationstavlor i Stockholms län, Vasa, Södertälje syd och Moraberg”.

Noxab anför bl.a. följande. Kommunen skriver i sitt yttrande att det i förfrågningsunderlaget ställs höga krav på fundament och bärare. Denna skrivning stämmer inte. I kravspecifikationens 34 sidor, med mer än 150 tydligt specificerade krav, nämns fundamenten vid två tillfällen, 5.11 och 7.16. Inte i någon av dessa punkter nämns något som helst om krav på fundamenten. I princip gäller samma sak med skyltbäraren. Naturligtvis finns det krav på skyltbärarna, men att kalla det för att det ”ställs höga krav” är att kraftigt överdriva kravens värde.

Kommunen skriver vidare om fundament och bärare, att man bedömer att man inte kan använda sig av standardprodukter. Detta stämmer men det betyder inte per automatik att varans värde blir mindre än 50 procent av totalpriset.

Noxab anser att fundamentet och skyltbäraren ska tillhöra varan och detta styrks av skrivningen i kap. 2 § 21 LOU där det tydligt står specificerat att det är själva monterings- och installationsarbetet som avses. Således monteringen av, i detta fall skylten, på skyltbäraren och därefter installation av denna. Övriga kostnader som kan anses ingå i dessa kostnader är: kranbilar, liftar o.d., kabelnedgrävning mellan elskåp och skylt, samt inkoppling av el, eventuella vägvästängningar med TA-plan. I denna upphandling be-

döms det inte behövas någon vägvästängning eftersom det finns mindre tillfartsvägar till båda installationsplatserna.

Övriga kostnader som kommunen vill ha till monterings- och installationskostnader för att på så vis få upphandlingen till en entreprenad är: dokumentation, utbildning, projektledning, platsbesök, fem års garanti på skyltarna, underhållskostnader, reparation och service, telefonsupport, reservdelar och slutligen t.o.m. en publiceringstjänst, som dessutom är en option. Inte ens med bästa vilja i världen kan dessa kostnader kopplas till monterings- och installationskostnader enligt 2 kap. 21 § LOU.

Direkt efter att upphandlingen blev offentlig begärde Noxab in offerter på fundament och skyltbärare enligt förfrågningsunderlaget. Dessa var de enda "tunga" kostnaderna förutom själva skyltarna. Eftersom det i deras fall endast tar två arbetsdagar att sätta en skylt på plats, och få igång den (när fundament och skyltbärare är på plats), är alla andra kostnader ytterst få, i jämförelse med totalpriset, och lätt uppskattade.

Noxab kan via en europeisk samarbetspartner erbjuda två olika kvaliteter. En lågprisvariant, som dock är avsevärt bättre än vad de allra flesta kina-tillverkade kan erbjuda, samt en som avses vara en av de allra bästa i branschen. Med lågprisvarianten är den uppskattade kostnaden för montering och installation 20-25 procent av totalpriset. Med något dyrare, och avsevärt mycket bättre skyltar, och av en kvalitet som förmodligen är något av det bästa man kan få i branschen, är procentsatsen 10-15 procent. Skillnaden i procentsatsen ligger naturligtvis i att fundament, bärare och kringkostnader inte i nämnvärd del påverkas av kvalitén på själva skyltarna. Notera att här har Noxab räknat med allt som inte är priset för själva skylten, dvs. även fundamenten och skyltbäraren. De anbudsgivare som påstår att monterings- och installationskostnader ens kommer i närheten av 50 procent av totalpriset, ljuger antingen eller så har de "bollat" med siffrorna.

I kommunens skrivelse står att de frågat ”möjliga leverantörer av skyltbärare och fundament” och att priset med stor marginal överstiger de nämnda 10-15 procent av totalsumman som Noxab kalkylerat med. Detta innebär att en leverantör av fundament och skyltbärare skulle ha full koll på vad en videodisplay kostar, vilket knappast är troligt.

När det gäller miljökraven hänvisar Noxab helt och hållet till vad som tidigare anförts.

Noxab känner mycket väl till Vägverkets upphandlingar. Skylttypen som efterfrågades var en helt annan typ än vad kommunen här efterfrågar. Delvis därför bestämde Noxab sig för att inte lämna något anbud. Vid tiden för upphandlingen var Noxab, via en samarbetspartner, i kontakt med Vägverkets handläggare för att fråga varför de valt entreprenadformen ”Byggentreprenad” när det mycket tydligt enligt beskrivningen i annonsen skulle vara inköp av en vara enligt 2 kap. 21 § LOU. Svaret var ungefär: ”det är en bedömning som vi har gjort, anser du att det är fel har du möjlighet att överklaga till länsrätten”. Eftersom Noxab inte skulle lämna något anbud och mycket annat var på gång bestämde sig Noxab för att avstå från en tidsödande överprövningsprocess.

Ovan visar tydligt följande: bara för att en upphandlande enhet skriver att det ska vara exempelvis en entreprenad i annonseringen, betyder det inte per automatik att det är i enlighet med vad som står i LOU, samt att det är rätt bara för att någon inte har överklagat.

Noxab har inför detta yttrande varit i kontakt med Konkurrensverkets upphandlingsavdelning i Stockholm, en upphandlingsjurist på Förvaltningsrätten i Malmö samt Kammarrätten i Göteborg där problematiken i allmänna ordalag förklarades, utan att specificera vilken upphandling det handlade om. Svaret var unisont: 2 kap. 21 § LOU gäller, och som det för-

klarades är det solklart en upphandling av en vara.

Kommunen anför bl.a. följande. Av skäl som berörts i den förra inlagan har kommunen valt att upphandla tavelinstallationen som en entreprenad. Av redogörelsen i den inlagan framgår vad som förväntas av kontraktshavaren efter installationen. Inte för att – som Noxab påstår – ”få upphandlingen till en entreprenad” utan för att belysa att upphandlingen innefattar så mycket mer än att bara leverera en skylt; upphandlingens komplexitet kräver att den behandlas som en entreprenad. Det sagda illustreras bl.a. av 5 kap. i Kravspecifikationen, ”Tekniska krav på skyltbäraren” (se särskilt punkterna 5.9-5.12) som behandlar tekniska krav och standarder på både bärare och fundament och kunskapskrav på konstruktörer och montörer. Det entreprenadkontrakt som upphandlas är en kombination av 45.25, ”Andra bygg- och anläggningsarbeten” och 45.31, ”Bygginstallationer”, enligt bilaga 1 till LOU (”Förteckning av byggentreprenadkontrakt”).

Noxab anför bl.a. följande. Kommunen vill få det till att upphandlingen skulle vara ytterst komplex och att – som kommunen skriver – ”upphandlingen innefattar så mycket mer än att bara leverera skyltar”. Detta stämmer inte. Upphandlingen är snarare tvärtom, synnerligen enkel, och enligt den standard som är vanlig när det gäller upphandling av elektroniska informationsskyltar. Kommunen har genomgående i förfrågningsunderlaget satt krav och formulerat skrivningarna som om det är en särskilt avancerad upphandling. Man hänvisar till 5 kap. i kravspecifikationen, och då speciellt till punkterna 5.9-5.12. Allt som står under dessa punkter görs av underentreprenörer som alla är specialister inom sitt arbetsfält. De som tillverkar fundamenten har naturligtvis den specialkunskap som behövs för det, och detsamma gäller tillverkaren av skyltbäraren. Var och en ansvarar för att deras delar uppfyller kraven enligt, i detta fall, punkterna 5.9-5.12. Att detta skulle vara unikt för just denna upphandling kan Noxab inte se. Ett annat exempel är den eltekniska delen som beskrivs i mer än 40 punk-

ter. I stället kunde man förmodligen ha skrivit: ”enligt svensk elsäkerhetsstandard”. Dessutom är det så att även om en upphandling – dock inte denna – skulle vara komplex, så finns det inget stöd i LOU eller rättspraxis för att komplexiteten i sig skulle övertrumfa det som står i 2 kap. 21 § LOU och per automatik vara en orsak till att det ”omvandlas” till en entreprenad i stället för inköp av en vara. – Noxab åberopar till stöd för sin uppfattning bl.a. Kammarrättens i Stockholm dom den 8 april 2010, mål nr 7066-7071-09.

Varken i 45.26 eller 45.31 finns något som ens är i närheten av att passa in till det denna upphandling gäller, varken enskilt eller i kombination med varandra.

Focus

Focus anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Formerna för upphandlingen återfinns i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, varibland hur anbudsprövning och anbudsutvärdering genomförs anges under AFB.51 och AFB.52. Av AFB.51 följer bland annat att anbud från anbudsgivare som inte uppfyller grundkraven i 1 kap. 10 § LOU inte kommer att prövas, samt att anbudsgivare kommer att prövas enligt 11 kap. 6-15 § LOU. Vidare uppställs ett antal skall-krav som anbudena måste uppfylla, bland annat att kraven i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor uppfylls och att ”anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet av det som efterfrågas i upphandlingen” vilket kontrolleras genom att ”referens för det som erbjuds i anbudet under de senaste tre åren ska anges, genom att uppge kundens namn, kontaktperson och dennes mailadress”. Vidare anges att beställaren förbehåller sig rätten att kontakta egna referenser. Av AFB.52 framgår att det anbud som uppfyller samtliga ställda krav och har lägst total kostnad för beställaren kommer att antas. Av detta följer att ett anbud måste uppfylla samtliga uppställda krav i AFB.51 för att kunna utvärderas.

Av punkt 8 i Industriunderhålls svarsblankett, som ingår i dess anbud, framgår att samtliga referenser rör företaget Vertiseit AB. Under punkt 2 i samma svarsblankett har Industriunderhåll angett Vertiseit AB som underleverantör i entreprenaden. Någon information om på vilket sätt Industriunderhåll avser att tillgodoräkna sig Vertiseit AB:s tidigare erfarenheter finns dock inte.

Som anges ovan fastställs uttryckligen i förfrågningsunderlagets AFB.51 att anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet av det som efterfrågas i upphandlingen. Av Industriunderhålls anbud framgår inte någonstans att Industriunderhåll har sådan erfarenhet. Förfrågningsunderlagets utformning ger inte något utrymme för åberopande av underleverantörers dokumenterade erfarenhet.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta torde innefatta en rätt för en anbudsgivare att under vissa förutsättningar åberopa en underleverantörs tekniska och yrkesmässiga förmåga genom att inge referenser för denne. Vidare framgår av lagtexten att leverantören i sådant fall ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Detta innebär att anbudsgivaren i sitt anbud måste visa att det företag vars resurser åberopas tillhandhåller ett åtagande med innebörden att leverantören kommer förfoga över nödvändiga resurser under hela entreprenaden.

Av förarbetena till LOU, prop. 2006/2007:128 s. 245 f, framgår att den här aktuella bestämmelsen syftar till att en upphandlande myndighet inte ska kunna förkasta ett anbud där en anbudsgivare visar att denne förfogar över tredje mans resurser. Det anges uttryckligen i propositionen att ”det an-

kommer på anbudssökanden/anbudsgivaren att genom t.ex. ett avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet.

Industriunderhåll har i sitt anbud inte någonstans redovisat något avtal eller annan överenskommelse mellan leverantören och Vertiseit AB. Det görs inte heller gällande att något sådant existerar. Under dessa förhållanden har Industriunderhåll inte visat att man förfogar över nödvändiga resurser. Detta innebär att Industriunderhåll inte uppfyllt det uppställda skall-kravet på dokumenterad erfarenhet genom referenser varför Industriunderhålls anbud ska diskvalificeras från utvärderingen.

I förevarande upphandling har Industriunderhåll i sitt anbud inte styrkt sin kompetens genom angivande av referenser. Detta är uppställt som ett skall-krav i förfrågningsunderlaget varvid Industriunderhålls anbud rätteligen, enligt förfrågningsunderlagets AFB.52, inte ska utvärderas. Kommunen har trots detta tilldelat Industriunderhåll kontrakt. Av svensk och EG-rättslig praxis följer att det inte är förenligt med den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling att ett anbud som inte uppfyller uppställda skall-krav tilldelas kontrakt. Industriunderhålls anbud ska i stället rätteligen diskvalificeras från utvärdering.

Då Industriunderhålls anbud inte är kvalificerat att utvärderas ska bolaget rätteligen tilldelas upphandlingen. Detta innebär att bolaget, genom att inte tilldelas kontrakt, har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen anför bl.a. följande. I AFB.51 anges samtliga skall-krav i upphandlingen och Industriunderhåll uppfyller dem alla, bl.a. har de dokumenterad erfarenhet av liknande arbete och de har angett vilken underleverantör de avser att använda sig av. Kommunen har inte i något skall-krav efterfrågat någon speciell teknisk eller yrkesmässig kapacitet hos anbudsgivaren, så varför skulle Industriunderhåll behöva stödja sig på sådan ka-

pacitet hos en underleverantör. 11 kap. 12 § LOU är alltså inte tillämplig i detta fall.

Focus anför bl.a. följande. Det är inte riktigt att Industriunderhåll uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Av AFB.51 följer oundvikligen att det är anbudsgivaren som ska inneha den dokumenterade erfarenheten. Av AFB.52 framgår att anbud som inte uppfyller samtliga uppställda krav inte utvärderas.

Industriunderhåll har i sitt anbud ingett referenser avseende ett företag som heter Vertiseit AB. Detta företag är inte anbudsgivare i upphandlingen. Det är alltså Vertiseit AB som innehar dokumenterad erfarenhet av det som efterfrågas i upphandlingen. Industriunderhålls anbud ger ingen information om huruvida bolaget har sådan erfarenhet. Förutom att Industriunderhåll inte uppfyller skall-kravet på att inge tre referenser måste därför även antas att någon dokumenterad erfarenhet inte finns. Kommunen anför i sitt yttrande att 11 kap. 12 § LOU inte är tillämplig i detta fall. Detta synsätt gör den i målet aktuella frågan än mindre komplicerad. Då de i Industriunderhålls anbud redovisade referenserna inte är anbudsgivarens uppfyller anbudet inte samtliga uppställda skall-krav och anbudet ska därför inte utvärderas. Detta innebär att Focus rätteligen ska tilldelas kontrakt.

DOMSKÄL

Anbudsförfarandet är påbörjat efter den 15 juli 2010, varför bestämmelserna i LOU efter detta datum är tillämpliga.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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.

I 2 kap. 3 § LOU stadgas att med byggentreprenadkontrakt avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller

2. medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

I 2 kap. 21 § första stycket LOU stadgas att med varukontrakt avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett tjänstekontrakt enligt 18 § andra stycket. – I andra stycket stadgas att ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

I 6 kap. 13 § LOU stadgas att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor ska anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. 6:13

I 11 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta.

I 11 kap. 11 § första stycket stadgas att den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet. – Av andra stycket punkten 7 framgår att när det är fråga om byggentreprenader eller tjänster får den tekniska kapaciteten styrkas genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter.

I 16 kap. 1 § LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I de administrativa föreskrifterna, punkt AF "Administrativa föreskrifter", anges att dessa Administrativa föreskrifter ansluter till AMA AF 07. För entreprenaden gäller AB 04, med de ändringar och tillägg som framgår av dessa föreskrifter och förfrågningsunderlaget i övrigt.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFB. 22 "Förteckning över förfrågningsunderlag" anges bl.a. AB 04 (punkt 03), Administrativa föreskrifter (punkt 09) och under rubriken "Övriga handlingar" (punkt 13) anges bl.a. Miljökrav/miljödeklaration.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFB.5 "Anbudsprövning" anges följande. Anbudsprövningen genomförs i två steg. I första steget prövas anbudsgivarna enligt AFB.51. De anbudsgivare som kvalificerat sig kommer att värderas i steg två enligt AFB.52.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFB.51 "Prövning av anbudsgivare" anges bl.a. följande. Anbud från anbudsgivare som inte uppfyller grundkraven i LOU 1 kap. § 10 kommer inte att tas upp till prövning. Anbudsgivare kommer därutöver att prövas enligt kap. 11 § 6-15. Beställaren kommer att pröva anbudsgivare genom att bl.a. följande skalkrav är uppfyllda:

- Anbudsgivare skall ha ett etablerat miljö- och kvalitetsarbete.
- Att kraven i Förfrågningsunderlag med bilagor uppfylls.
- Anbudsgivaren skall ha dokumenterad erfarenhet av det som efterfrågas i upphandlingen. Referens för det som erbjuds i anbudet under de senaste tre åren skall anges, genom att uppge kundens namn, kontaktperson och dennes mailadress. Beställaren förbehåller sig rätten att även kontakta egna referenser.
- Avser anbudsgivaren att utnyttja underleverantörer för att genomföra vissa delar skall dessa anges i anbudet.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFC.1 "Omfattning" anges att entreprenaden omfattar:

- leverans montage och inkoppling av skyltar enligt bilaga 11.
- leverans av fundament och bärare enligt bilaga 11.
- uppfyllande av krav och villkor enligt kravspecifikation, bilaga 11.

Entreprenören har ett totalt funktionsansvar för systemet till och med ga-

rantitidens utgång. Omfattningen i detalj framgår av handlingarna under AFB.22.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFC.222 "Miljöledning" anges att entreprenören skall inneha ett miljöledningssystem motsvarande kraven enligt SS-ISO 14000-serien.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Noxab

Byggentreprenadkontrakt eller varukontrakt

Noxab har gjort gällande att det är fråga om inköp av en vara och inte en entreprenad.

Kommunen har huvudsakligen anfört att entreprenadformen valts för att höga krav ställs på fundament och skyltbärare och tjänsteinslaget enligt en preliminär bedömning kommer att dominera kostnadsmissigt. Kommunen menar att upphandlingens komplexitet kräver att den behandlas som en entreprenad och menar vidare att det entreprenadkontrakt som upphandlas är en kombination av 45.25 och 45.31 enligt bilaga 1 till LOU.

I målet är inledningsvis fråga om föremålet för den aktuella upphandlingen är ett varukontrakt eller ett byggentreprenadkontrakt. Avgörande vid denna bedömning är vad som är det överordnade inslaget i upphandlingen, det vill säga vad som är huvudföremålet för upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening får huvudföremålet för upphandlingen anses vara de två digitala informationsskyltarna. Några sådana föremål, eller installation/montering av sådana, finns inte med i uppräknningen av byggentreprenader i bilaga 1 till LOU. Upphandlingen avser således inte något byggentreprenadkontrakt utan ett varukontrakt enligt 2 kap. 21 § första stycket LOU (jfr Kammarrättens i Stockholm avgöranden den 8 april 2010, mål nr 7066-7071-09). Enbart den omständigheten att kommunen felaktigt har

betecknat kontraktet som ett entreprenadkontrakt medför dock, enligt förvaltningsrättens mening, inte att kommunen handlat i strid med LOU på ett sådant sätt att det finns skäl att ingripa i upphandlingen på denna grund.

Administrativa föreskrifter och Allmänna bestämmelser

Noxab har anfört att eftersom det är fråga om upphandling av ett varukontrakt så kan kommunen inte använda sig av AMA AF 07 och AB 04 då dessa administrativa föreskrifter och allmänna bestämmelser inte är tillämpliga vid inköp av varor.

Även om kommunen, enligt vad förvaltningsrätten ovan funnit, felaktigt har betecknat att den upphandlat ett entreprenadkontrakt och inte ett varukontrakt kan förvaltningsrätten inte finna att kommunen har varit förhindrad att använda sig av administrativa föreskrifter som AMA AF 07. Inte heller kan förvaltningsrätten finna att det i sig föreligger något hinder för kommunen att använda sig av de allmänna bestämmelserna AB 04. I detta avseende har kommunen således, enligt förvaltningsrättens mening, inte handlat i strid med bestämmelserna i LOU varför det inte heller på denna grund finns skäl att ingripa i upphandlingen.

Uppställda miljökrav och krav på miljöledningssystem

Noxab har i huvudsak anfört att eftersom det är fråga om upphandling av ett varukontrakt så kan kommunen inte ha de miljökrav som uppställs. Noxab menar att den bifogade miljöhandlingen med namnet "Miljökrav vid upphandling av entreprenader och tjänster" inte gäller då upphandlingen varken handlar om en entreprenad eller en tjänst. Noxab menar vidare att flera av de miljökrav som uppställs i handlingen är oproportionerliga i förhållande till det som upphandlas. Noxab har därvid exemplifierat krav som Noxab anser oproportionerliga. Vidare menar Noxab att det inte är förenligt med gällande rätt att vid upphandling av en vara, som i sig inte har någon miljöpåverkan, som kvalificeringskrav kräva att en anbudsgivare

har ett miljöledningssystem.

Kommunen har anfört att enligt AF-bestämmelserna för entreprenaden ska anbudsgivaren ha ett etablerat miljö- och kvalitetsarbete och att kommunen vid upphandling av entreprenader ställer miljökrav som baseras på lagkrav och svensk standard (SIS).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte ankommer på förvaltningsrätten att pröva en i förfrågningsunderlaget ingående handlings giltighet. Det återstår då för förvaltningsrätten att pröva huruvida de av Noxab åberopade kraven i handlingen ”Miljökrav vid upphandling av entreprenader och tjänster” är oproportionerliga i förhållande till det som upphandlas och huruvida det är förenligt med gällande rätt att i upphandlingen ställa krav på att anbudsgivaren ska ha ett miljöledningssystem.

De villkor som Noxab exemplifierat som oproportionerliga i handlingen ”Miljökrav vid upphandling av entreprenader och tjänster” tar sikte på hur det upphandlade kontraktet ska fullgöras. En myndighet får uppställa sådana särskilda miljömässiga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras under förutsättning att villkoren är förenliga med de principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär bl.a. att villkoren ska vara proportionerliga i förhållande till kontraktet i övrigt. Den i målet aktuella upphandlingen omfattar huvudsakligen två digitala informationsskyltar med tillhörande bärare och fundament. Enligt förvaltningsrättens mening är de miljömässiga villkor som Noxab anmärkt på, gällande bl.a. bränsle och däck, inte proportionerliga i förhållande till det som upphandlas. Genom att uppställa sådana krav har kommunen således handlat i strid med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Krav på att leverantören ska ha ett miljöledningssystem kan som regel endast ställas vid upphandling av byggentreprenader och tjänster och om det

är proportionerligt i förhållande till det som upphandlas. Om det som upphandlas inte har någon direkt miljöpåverkan kan ett krav på miljöledningssystem vara irrelevant och oproportionerligt (se bl.a. Konkurrensverkets publikation "Miljökrav i offentlig upphandling" s 23 ff). Det har i målet inte framkommit att det som upphandlas, huvudsakligen två digitala informationsskyltar med tillhörande bärare och fundament, har någon större miljöpåverkan. Vidare är det inte fråga om en upphandling av en byggentreprenad eller tjänster. Förvaltningsrätten finner därför att det uppställda kravet på miljöledningssystem är oproportionerligt varför kommunen genom att uppställa ett sådant krav handlat i strid med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Skadebedömning

För att förutsättningar för ingripande med stöd av 16 kap. 5 § LOU ska föreligga krävs dessutom att den upphandlande myndighetens agerande medför att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Noxab har inte på något sätt gjort gällande att det lidit eller kan komma att lida skada till följd av felen i upphandlingen. Såvitt framkommit i målet har Noxab inte lämnat anbud i upphandlingen. Noxab har dock inte gjort gällande att det skulle ha lämnat anbud för det fall förfrågningsunderlaget hade varit anordnande utformat och inte innehållit de oproportionerliga villkoren och kraven. Förvaltningsrätten finner därför att Noxab inte gjort sannolikt att det lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av de fel som begåtts i upphandlingen. Grund för att ingripa i upphandlingen föreligger därför inte trots de oproportionerliga villkoren och kraven.

Focus

Uppfyllande av skall-krav

Focus har i huvudsak anfört att det vinnande bolaget, Industriunderhåll, inte uppfyller skall-kravet i AFB.51 om dokumenterad erfarenhet då det

inte av dess anbud framgår att det har sådan erfarenhet utan samtliga referenser rör Vertiseit AB. Focus menar att förfrågningsunderlaget inte ger utrymme för åberopande av underleverantörers dokumenterade erfarenhet och menar vidare att det inte framgår av anbudet hur Industriunderhåll avser att tillgodoräkna sig Vertiseit AB:s erfarenhet.

Kommunen menar att Industriunderhåll uppfyller skall-kraven då företaget har dokumenterad erfarenhet av liknande arbete. Kommunen menar vidare att den inte efterfrågat någon speciell teknisk eller yrkesmässig kapacitet hos anbudsgivaren varför Industriunderhåll inte behöver stödja sig på sådan kapacitet hos en underleverantör.

Av den i 1 kap. 9 § LOU stadgade likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivare ska behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Detta innebär bland annat att en upphandlande myndighet normalt inte får frånga ett uppställt ”skall-krav” under pågående upphandling.


Av de administrativa föreskrifterna följer att det är ett skall-krav att anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet av det som efterfrågas i upphandlingen. Det är vidare ett skall-krav att referens för det som erbjuds i anbudet under de senaste tre åren ska anges. De ställda kraven ska enligt förvaltningsrättens mening läsas tillsammans och tolkas så att det senare kravet är till för att kontrollera att det första är uppfyllt. Förvaltningsrätten gör, i enlighet med vad kommunen anfört, bedömningen att kraven inte är uppställda för att bedöma anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet varför 11 kap. 12 § LOU inte är tillämplig.

I ingiven svarsblankett har Industriunderhåll under punkt 8 ”Referenser” kryssat i att kraven på kundreferenser från uppdrag som motsvarar det som efterfrågas i upphandlingen uppfylls. Industriunderhåll har vidare angett tre kunder som referenser. Under respektive kund står det att Vertiseit AB är

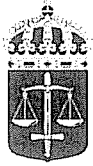
uppdragsgivare. Kontaktperson hos varje kund har angetts samt beskrivning av respektive uppdrag. Industriunderhåll AB har således åberopat Vertiseit AB:s referenser.

Av förfrågningsunderlaget följer att det är *anbudsgivaren* som ska ha dokumenterad erfarenhet och i enlighet med hur förvaltningsrätten tolkar förfrågningsunderlaget är det *anbudsgivarens* referenser som ska anges. Genom att ange Vertiseit AB:s referenser har Industriunderhåll därför inte visat att det uppfyller skall-kravet på angivande av referenser. Därmed kan inte heller skall-kravet på dokumenterad erfarenhet anses vara uppfyllt. Eftersom kommunen antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Focus har härigenom riskerat att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed. Förvaltningsrätten finner att rättelse är tillfyllest och att sådan ska ske genom att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av Industriunderhålls anbud.

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


Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har föredragits av Christina Kans.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppgive 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 3109/1A LOU

