



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2015-09-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6589-15

KONKURRENSVERKET	
2015-09-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Ventilationsutveckling VUAB AB, 556127-1882
Kemistvägen 2
183 79 Täby

Ombud: Peter Roos
Adress som ovan

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 361948

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av pelletsanläggning till Fjordskolan genom ett förenklat förfarande. Av tilldelningsbeslut den 23 juni 2015 framgår att VOTAB vunnit upphandlingen. Ventilationsutveckling VUAB (VUAB) har uteslutits från upphandlingen, med i huvudsak följande motivering. VUAB har inte lyckats att uppfylla två av de obligatoriska kraven i upphandlingen. De har dels angivit en felaktig placering av ackumulatortank och dels offererat en pelletspanna som inte är likvärdig med ETA HACK.

YRKANDEN M.M.

VUAB ansöker om överprövning och får anses yrka att upphandlingen inte får avslutas före rättelse gjorts på så sätt att deras anbud ska ingå i utvärderingen. Eftersom de har offererat det lägsta priset ska deras anbud därefter antas. De anser att de följt rambeskrivningen och att kommunen därför inte kan besluta om en produkt duger eller inte. De anser vidare att deras alternativa placering av ackumulatortanken inte är skäl för uteslutning eftersom kommunen i rambeskrivningen uppmanat till alternativa placeringar av den. Vad gäller pelletsbrännaren har kommunen angett att den ska vara försedd med ett säkerhetssystem mot bakbrand, vilket den pelletsbrännaren som de offererat har. Att hänvisa till att ETA HACK sätter standarden för funktionen begränsar alla övriga alternativ, vilket inte är förenligt med LOU. VUAB har lidit skada av kommunens agerande eftersom deras anbud har det lägsta priset och de således skulle vunnit upphandlingen om de inte uteslutits.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. De har inte åsidosatt konkurrensen eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU. VUAB har därför inte lidit någon skada. VUAB har vid besök på

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
6589-15

Fjordskolan fått vetskap om att befintliga ackumulatortankar idag är placerade bakom tänkt placering av ny pelletspanna. De ska sedan placeras i utrymmet för en oljetank som ska demonteras. VUAB har i sitt anbud angivit att ackumulatortankar ska stå kvar medan ny ackumulatortank ska placeras i utrymmet för oljetanken. Detta är således i strid med förfrågningsunderlaget. Gällande skrivningen i rambeskrivningen syftar den till alternativ placering av ny pelletspanna och ackumulatortank. Den ska inte tolkas som att den öppnar för alternativa placeringar av befintliga ackumulatortankar.

Vad gäller val av pelletspanna har det inte varit möjligt för kommunen att beskriva den aktuella produkten på annat sätt än genom hänvisning till ett visst varumärke, här ETA HACK, eller likvärdig. ETA HACK har en s.k. cellsluss med funktionen att förhindra ett öppet flöde mellan pellets pannan och silon. Cellslussen gör att brinnande material inte kan spridas mellan enheterna och ger därför ett fullständigt skydd mot bakbrand. Om pellets pannan endast har en brandklaff kan det bli en fri väg mellan pannan och silon, vilket inte är ett tillräckligt skydd mot bakbrand. Den pellets pannan som VUAB har offererat är på så sätt inte likvärdig med ETA HACK. När en upphandlande myndighet hänvisar till en viss produkt måste leverantörerna kunna räkna med att bl.a. produktens funktion utgör en måttstock för bedömning av likvärdig produkt, oavsett om funktionen framgår av förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköping 437-12) Upphandlande myndigheter ska vidare ha full rådighet över det som efterfrågas i upphandlingen. Vad VUAB har för uppfattning om pellets pannans brandsäkerhetsfunktion saknar därför här betydelse (jfr Kammarrätten i Göteborg 1421-13).

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om VUAB:s alternativa placering av ackumulatortankar samt funktionen av dess offererade pelletsspanna kan anses uppfylla upphandlingens ställda ska-krav eller om kommunen gjort rätt då VUAB uteslöts ur upphandlingen.

Det första ska-kravet avser pelletsspannornas placering. I rambeskrivningen på sidan 7 framkommer:

"Pannorna skall vara kopplade mot tre ackumulatortankar á 2200 liter. 2 av dessa tankar är befintliga. 1 ny (av samma storlek och fabrikat) skall installeras. Fabrikat Fröling 2200 liter skall användas. Koppling skall utföras enligt kopplingsschema i bilaga till denna handling."

Enligt uppställningsritning ska ny pelletspanna placeras framför befintliga ackumulatortankar. VUAB har i sitt anbud placerat den nya pelletspannan på det ställe där upphandlingen ställt som krav att befintliga ackumulatortankar kommer att stå. VUAB har inte ifrågasatt att de placerat ackumulatortankarna på ställe som avviker från förfrågningsunderlaget, men har anfört att de agerat så då de uppmanats till att komma med alternativa lösningar. På sidan 8 i rambeskrivningen framkommer följande: "Anbudsgivaren skall lämna en beskrivning på tänkt lösning samt eventuella avsteg från bifogade uppställnings- och principritningar". Förvaltningsrätten instämmer i kommunens bedömning att en sådan skrivning endast kan syfta till placering av det som upphandlas och inte kommunens befintliga system. Skrivningen kan vidare inte ses som en uppmaning utan snarare en upplysning. Således har VUAB på ett korrekt sätt uteslutits ur upphandlingen då de inte uppfyllt alla obligatoriska krav. Oaktat om de uppfyllt det andra ska-kravet, d.v.s. om de offererat en likvärdig pelletspanna som ETA HACK eller inte har de därför inte lidit

någon skada. Förvaltningsrätten ser ändå skäl att pröva huruvida de uppfyllit ska-kravet om pelletspanna.

Ur rambeskrivningen på sidan 11-12 framkommer följande:

"PHC.1 Fastbränslebrännare

Pelletspanna skall vara av fabrikat ETA HACK eller likvärdig med en total effekt på minst 200 kW.

(...)

Fastbränslebrännare skall vara försedd med säkerhetssystem mot bakbrand."

De tekniska specifikationerna som förekommer i ett förfrågningsunderlag får som huvudregel inte innehålla hänvisningar till bl.a. ett visst varumärke. Undantag får dock göras om det annars inte går att beskriva föremålet för upphandlingen på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt. I sådana fall ska varumärket följas av orden "eller likvärdigt" (6 kap. 4 § LOU). VUAB har anfört att den panna de har offererat har skydd mot bakbrand vilket ställts upp som krav i upphandlingen. Om ETA HACK vidare ska sätta standarden skulle i sådana fall alla pannor som inte har precis likadana lösningar uteslutas. Förvaltningsrätten bedömer att kommunen gjort det sannolikt att det varit nödvändigt att peka ut just pelletspannan ETA HACK i förfrågningsunderlaget. Vidare har det inte framkommit något som tyder på att specificerandet av ETA HACK har varit konkurrensbegränsande på ett sådant sätt att alla andra alternativ uteslutits. Underlaget är uppbyggt på så sätt att först nämns att pannan ska vara av märket ETA HACK eller likvärdigt och senare specificeras att pannan ska ha skydd för bakbrand. En sådan här formulering skulle förvisso kunna tolkas som att det räcker att pannan har ett skydd för bakbrand, och inte att systemet måste vara uppbyggt med en cellsluss som ETA HACK. När ett visst varumärke pekas ut borde dock anbudsgivarna kunna anta att den utpekade produktens funktion utgör måttstock för

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
6589-15

bedömning av likvärdig produkt (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 437-446-12). VUAB har således inte uppfyllit ska-kravet om att pellets pannan ska vara av typen ETA HACK eller likvärdig. Sammantaget saknar förvaltningsrätten skäl att ingripa mot upphandlingen.

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


Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Emma Dahlgren.



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 fördras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att beivra 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.