

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-02-17
Meddelad i
LinköpingMål nr
7927-14**SÖKANDE**Fastec Stockholm AB, 556775-0392
Årstaängsvägen 21C
117 43 StockholmOmbud: Advokat Mattias Wittgren och Jur.kand. Sophie Hellman
c/o Kilpatrick Townsend & Stockton AB
Box 5421
114 84 Stockholm**MOTPARTER**1. Nyköpings kommun
Upphandlingsenheten
611 83 Nyköping2. Nyvest Bygg AB, 556366-9224
Box 331
611 27 Nyköping**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Nyköpings kommun ska genomföra en ny anbudsutvärdering i enlighet med skälen för denna dom.

Dok.Id 196559

Postadress
Box 406
581 04 Linköping**Besöksadress**
Brigadgatan 3**Telefon**
013-25 11 00**E-post:**
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se**Telefax**
013-25 11 40**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nyköpings kommun (Kommunen) genomför en upphandling av totalentreprenad avseende ombyggnation av aulabyggnaden Nyköpings gymnasium Campus Gripen, dnr KK14/424. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Inom föreskriven tid ankom anbud från fem anbudsgivare, däribland Nyvest Bygg AB (Nyvest) och Fastec Stockholm AB (Fastec).

Den 14 oktober 2014 meddelade kommunen per e-post att inga anbud har godkänts och att kommunen därför skulle övergå till att förhandla med samtliga anbudsgivare. Den 21 oktober 2014 tillskrevs anbudsgivarna på nytt och uppmanades att se över sin prissättning. Nyvest sänkte därefter sitt utvärderingspris och tilldelades därmed kontraktet som ekonomiskt mest fördelaktiga anbud enligt tilldelningsbeslut den 5 november 2014.

Fastec ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, varvid Nyvests anbud förkastas.

Kommunen och Nyvest begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Fastec

Kommunen har utvärderat Nyvests anbud trots att anbudsgivaren inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget och har därmed brutit mot principen om likabehandling och agerat i strid med LOU.

Av punkt AB.53 i de för upphandlingen gällande Administrativa föreskrifterna framgår att en förutsättning för att ett anbud ska kunna prövas och antas är att de obligatoriska krav som framgår av förfrågningsunderlaget med bilagor är uppfyllda.

Av *Rambeskrivning Hiss & Transportsystem* framgår bl.a. att materialval och fabrikat på ingående komponenter (som maskineri, drivsystem, styrsystem, dörrar mm.) ska redovisas i anbudet. Förekomsten av dessa uppgifter i anbudet utgör således obligatoriska krav enligt förfrågningsunderlaget.

Som framgår av Nyvests i upphandlingen lämnade anbud, har Nyvest inte lämnat alla de uppgifter om typ och fabrikat på ingående komponenter som krävs enligt förfrågningsunderlaget och således inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Den beteckning som Nyvest gör gällande utgör efterfrågad uppgift (Hiss GL1000) förekommer för ett flertal hissfabrikat, t.ex. nami Lift, MSW Service och Globus Pavo. Den är således inte unik och kan inte likställas med angivande av fabrikat.

Kommunens påstående att frågan om fabrikat på ingående komponenter inte hade besvarats av någon av de fem anbudsgivarna i anbudet är oriktig. Fastec hade redan innan övergången till förhandling besvarat frågan om typ och fabrikat på ingående komponenter genom att ange fabrikatet CIBES. Efter övergången till förhandlat förfarande kompletterade Fastec således endast sitt anbud med de uppgifter Kommunen efterfrågade.

Det finns inget hinder i LOU mot att uppställa ett krav på att anbudsgivaren ska redovisa vilken typ eller fabrikat denne har tänkt använda. Denna information kan myndigheten använda i sin bedömning av anbudet. Det vore en helt annan sak om Kommunen hade ställt krav på att anbudsgivaren skulle tillhandahålla en viss typ eller ett visst fabrikat, vilket hade varit

konkurrenssnedvridande och stått i strid med LOU om det inte undantagsvis funnits objektiva skäl för kravet.

Det är inte relevant att Kommunen i efterhand anser att kravet på att ange typ och fabrikat inte borde ha ställts. Kravet är uppställt i det förfrågningsunderlag som ligger till grund för anbudet även efter övergång till förhandling och det har inte eftergivits. Det bör noteras att Kommunen i sitt frågebrev till Nyvest har lyft frågan om tillhandahållande av uppgifter om ”uppställningsritning samt tekniska uppgifter gällande hiss enligt FFU Arkitekt-handling”, vilket innefattar uppgift om fabrikat. Därmed måste kravet upprätthållas mot alla anbudsgivare i enlighet med principerna om likabehandling och öppenhet. Kommunen måste med andra ord hålla sig till de förutsättningar som den själv fastställt i förfrågningsunderlaget.

Genom att bortse från obligatoriska krav och därigenom underlåta att förkasta Nyvests anbud, trots att det inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget, har kommunen brutit mot principen om likabehandling. Rättelse ska därför vidtas varigenom Nyvests anbud förkastas.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Fastec hade det näst lägsta utvärderingspriset, efter Nyvest. Fastec har lidit eller kan antas ha lidit skada av den angivna bristen, då Fastec skulle ha vunnit kontraktet om Nyvests anbud hade förkastats.

Kommunen

Kommunen konstaterade i samband med övergången till det förhandlade förfarandet att i den tekniska beskrivningen *Rambeskrivning Hiss & Transportsystem* fanns angivet att fabrikat på ingående komponenter ska anges vid anbudstillfället. Frågan om fabrikat på ingående komponenter

har inte besvarats av någon av de fem anbudsgivarna i grundanbuden, Fastec inräknat. Fastec har endast angett hisstillverkaren, men inte fabrikat på ingående komponenter.

Frågan om fabrikat lyftes inte av Kommunen i det frågebrev som tillsändes, eftersom frågan inte ska ställas av en upphandlande myndighet i detta skede. Uppgifter om fabrikat varken ska ställas eller besvaras då uppgifterna snedvrider konkurrensen vid upphandling av totalentreprenörens underleverantörer. Kommunen har även i detta avseende behandlat alla anbudsgivare lika. Frågan om fabrikat på ingående komponenter blev en s.k. icke-fråga. Kommunen kunde visserligen ha angett att frågan kunde utgå, men oaktat detta så hade det inte haft någon som helst betydelse för anbudsgivningen. Fabrikat på ingående komponenter är heller inget som varken bedöms eller utvärderas och uppgifterna saknar därmed betydelse för utgången och tilldelningen i den aktuella upphandlingen.

Kommunen konstaterar att samtliga anbudsgivare har ingivit tillfredsställande svar på de relevanta frågor som Kommunen ställde i de frågebrev som utformades som en första del i förhandlingen. Kommunen konstaterar också att Nyvest har tagit vara på möjligheten att justera sina anbudspriser. Anbudsgivarnas komplettering med saknade obligatoriska uppgifter i förhandlingen innebär inga väsentliga förändringar av det som ska upphandlas och varken frågorna eller svaren påverkar anbudspriserna.

Nyvest

Nyvest har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i aktuell upphandling. Anbud har lämnats i enlighet med Kommunens föreskrifter. Nyvest har använt sig av det anbudsförmulär som medföljde förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling. I anbudsförmuläret har markerats att

samtliga uppställda skall-krav uppfylls. Vidare har bilagor lämnats i enlighet med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har genom en e-post till samtliga anbudsgivare begärt vissa förtydliganden. I samma e-post framgår att inget anbud har kunnat godkännas inledningsvis. Nyvest har svarat på detta mail, bl.a. med ett förtydligande vad gäller de tekniska specifikationerna för hissen. Nyvest har redovisat likvärdiga tekniska uppgifter om hiss och hissmodell som Fastec. Fabrikatet kan utläsas av den unika modellbeteckningen som finns angiven på ritningen "Hiss GL1000" som tillverkas av NAMI Lift AB. NAMI säljer endast via återförsäljare, vilket i Sverige bl.a. är MSW-service, Globus m.fl. Nyvest har inte erhållit någon ytterligare begäran om förtydligande från Kommunen, varvid Nyvest haft all anledning att tro att anbudet, efter inlämnade begärda kompletteringar, har uppfyllt de krav som Kommunen ställt.

De i förfrågningsunderlaget efterfrågade detaljuppgifterna om fabrikat på ingående komponenter i hisssystemet synes av Kommunen ha ansetts vara irrelevanta för kvalificeringen av de inkomna anbuden. Enligt Kommunen har ingen av anbudsgivarna lämnat dessa uppgifter. Kommunen har här behandlat samtliga anbudsgivare lika då man inte begärt in ytterligare och mer detaljerad komplettering av dessa uppgifter. Något brott mot likabehandlingsprincipen har således inte skett.

Kommunens förfarande vid begäran om komplettering kan inte heller anses strida mot någon grundläggande princip i LOU vad avser potentiella anbudsgivare som inte lämnat anbud i upphandlingen. Fabrikaten på de ingående komponenterna är, som kommunen uttrycker det, en icke-fråga. För att uppfylla entreprenörens förpliktelser i entreprenaden krävs att en hiss byggs. Oavsett vilken hiss entreprenören väljer så har den diverse ingående komponenter, alla med något fabrikat. Dessa uppgifter kan inte

utvärderas eller användas som kvalificeringsgrund. Samtliga anbudsgivare, och potentiella anbudsgivare som har teknisk kompetens att bygga och leverera en hiss, skulle uppfylla dessa krav. Av den anledningen saknas även grund för att förordna att upphandlingen ska göras om.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Enligt 15 kap. 3 § första stycket LOU ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel genomföras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Enligt andra stycket får dock direktupphandling användas om kontraktets värde är lågt. Vidare framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 2 kap. 24 § LOU framgår att med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta och vid vilken den upphandlande myndigheten har rätt att förhandla med anbudsgivarna.

Prövningsramen i målet

Den upphandling som kommunen har påbörjat annonserades som ett förenklat förfarande. I målet är upplyst att Kommunen sedermera, efter det att

det konstaterats att något godkänt anbud inte lämnats, meddelade anbudsgivarna att man övergick till att förhandla med desamma. Kommunen har därutöver i sitt upphandlingsprotokoll och inom ramen för detta mål framhållit att Kommunen i upphandlingen övergått från det annonserade förenklade förfarandet till ett förhandlat förfarande.

Mot bakgrund av det ovan angivna finner förvaltningsrätten att Kommunen sannolikt, oavsett sin egen rubricering av vilket förfarande som Kommunen valt att övergå till efter genomgång av grundanbudet, i praktiken valt att enligt 15 kap. 3 § LOU övergå till en direktupphandling med aktuella anbudsgivare. Grunden för sådan direktupphandling har inte nämnts av Kommunen men bör, med beaktande av att Kommunen anger att en övergång skett till ett förhandlat förfarande, i sådant fall vara härledd ur en tolkning av 4 kap. 5 § LOU.

Ett annat alternativ är möjligen att Kommunen med uttrycket ”övergång till förhandlat förfarande” avser att myndigheten inom ramen för det annonserade förenklade förfarandet valt att förhandla med samtliga anbudsgivare och därvid genom kompletteringar inom ramen för en sådan förhandling tillåtit dessa att läka brister avseende obligatoriska krav samt inkomma med nya priser.

Ingen av parterna i målet har i målet framfört att legal grund i sig saknats att övergå till undantagsförfarandet direktupphandling eller alternativt att inom ramen för ett förenklat förfarande tillåta anbudsgivare att medelst komplettering uppnå ställd kravnivå i förfrågningsunderlaget. Alldeles oavsett om skäl för nämnda åtgärder legalt förelegat är således förvaltningsrättens prövning, inom ramen för detta mål, begränsad till att pröva huruvida Nyvests reviderade anbud brister i uppfyllelse av uppställda obligatoriska krav i upphandlingen på det sätt som Fastec gör gällande och, om så, huruvida Fastec till följd härav lider skada (jfr RÅ 2009 ref 69).

Utredningen

Av punkt AFB.53 *Prövning av anbud* i Upphandlingsföreskrifter framgår, såvitt nu är aktuellt, följande.

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas och antas är att dessa krav är uppfyllda.

Av *Rambeskrivning Hiss & Transportsystem Hus A*, som är en del av förfrågningsunderlaget, framgår bl.a. följande.

Allmänt

[...]

I anbud ska uppställningsritningar bifogas där måttuppgifter, ursparingar, belastningar, effekter och strömuttag framgår.

[...]

Uppgifter i anbud

[...]

Materialval och fabrikat på ingående komponenter ska redovisas i anbud. Typ, fabrikat och utförande på ingående komponenter (som maskineri, drivsystem, styrsystem, dörrar mm) redovisas i anbudet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Fastec har i målet gjort gällande att Kommunen genom att tilldela Nyvest kontrakt i upphandlingen har brutit mot den grundläggande principen om likabehandling eftersom Nyvests anbud inte uppfyller det ställda kravet om uppgift om fabrikat på ingående komponenter. Vad beträffar dess eget anbud har Fastec hävdad att bolaget har uppfyllt samma krav genom angivandet av fabrikatet CIBES.

Kommunen har i målet gjort gällande att den inte har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU då

- frågan om fabrikat på ingående komponenter inte har besvarats av någon av de fem anbudsgivarna i grund anbuden, inklusive Fastec

som endast har angett hisstillverkaren, vilket inte är att likställa med uppgift om fabrikat på ingående komponenter.

- kravet om uppgifter om fabrikat inte borde ha ställts då uppgifterna snedvrider konkurrensen samt
- frågan inte haft någon betydelse för anbudsgivningen då fabrikat på ingående komponenter inte är något som bedöms eller utvärderas och uppgifterna saknar därmed betydelse för utgången och tilldelningen i den aktuella upphandlingen.

Nyvest har i sin tur gjort gällande att dess anbud innehåller den efterfrågade uppgiften genom angivandet av modellbeteckningen "Hiss GL1000".

Det är i målet mellan parterna otvistigt att kravet om uppgifter om fabrikat på ingående komponenter utgjorde ett obligatoriskt krav enligt förfrågningsunderlaget för den upphandling som Kommunen utannonserade. Vid Kommunens begäran om komplettering den 14 oktober 2014 eller senare meddelades inte några avsteg från det ursprungliga förfrågningsunderlaget varför kravet ifråga får anses ha varit gällande vid tidpunkten för utvärdering av de reviderade anbudena. En första fråga är därmed om Nyvest genom sitt anbud uppfyller kravet rörande uppgift om fabrikat på ingående komponenter.

Förvaltningsrätten finner att varken Nyvest eller Kommunen har förmått visa i målet att beteckningen "Hiss GL1000" är unik på sådant sätt att den endast kan bindas till ett visst fabrikat. Vid det förhållandet kan denna inte heller likställas med uppgift om fabrikat på ingående komponenter.

Nyvests anbud har således inte uppfyllt det obligatoriska krav som enligt *Rambeskrivning Hiss & Transportsystem Hus* gäller i upphandlingen.

Nästa fråga är om även Fastecs anbud brister i uppfyllelse av det aktuella kravet. Fastec har i detta avseende gjort gällande att bolaget genom att

ange fabrikatet CIBES på sina ritningar har uppfyllt kravet i fråga. Kommunen har invänt att CIBES är uppgift om hisstillverkaren vilket inte kan jämföras med efterfrågad uppgift om fabrikat på ingående komponenter. Då uppgift om vem som tillverkar en hiss får anses kunna likställas med uppgift om fabrikat på hissen och således dess komponenter (om inte annat framgår) finner förvaltningsrätten att av Fastec lämnad uppgift om fabrikat får anses uppfylla det ställda kravet i förfrågningsunderlaget.

Vad beträffar Kommunens påståenden att kravet om uppgifter om fabrikat inte borde ha ställts då uppgifterna snedvrider konkurrensen samt att fabrikat på ingående komponenter inte är något som utvärderas och att uppgifterna därmed saknar betydelse för utgången i upphandlingen, gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Det saknas hinder enligt LOU mot att uppställa ett krav på att anbudsgivaren ska redovisa vilken fabrikat denne har tänkt använda, till skillnad mot att uppställa krav på att anbudsgivaren måste tillhandahålla ett visst fabrikat. Det nu aktuella kravet om uppgifter om fabrikat på ingående komponenter har vidare en direkt koppling till upphandlingsföremålet och därmed ett senare kontraktförhållande mellan vald leverantör och Kommunen. Med hänsyn härtill är inte kravet, även om det inte är föremål för anbudsutvärdering, sådant att det kan anses sakna betydelse för bedömningen av anbudet. Det förhållandet att Kommunen inom ramen för detta mål uttryckt att kravet rörande fabrikat på ingående komponenter är obehövligt saknar därvid betydelse eftersom Kommunen inte inför anbudsgivningen meddelat sådan information till alla berörda anbudsgivare.

Kommunen har med beaktande av vad som ovan anförts, genom att tilldela Nyvest kontraktet i upphandlingen, trots att Nyvest genom sitt reviderade anbud inte uppfyllde ett vid tidpunkten ställt obligatoriskt krav, agerat i strid med den grundläggande principen om likabehandling som följer av

LOU. I målet får i tillräcklig mån anses visat att sökanden riskerat lida skada till följd av denna överträdelse. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU i form av rättelse föreligger därmed.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.