



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Karin Kjellin

DOM
2010-08-12
Meddelad i
Falun

Mål nr
3930-10
Rotel 6

SÖKANDE

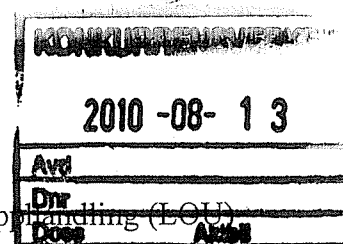
Primeko AB, 556607-0834
Fridhemsberg
310 60 Ullared

MOTPART

Borlänge kommun
781 81 Borlänge

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Borlänge kommuns upphandling avseende inredning till Kvarnsvedens skola (dnr 13/10:054) ska göras om i den del som avser förvaringsenheter och sittenheter.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 28 maj 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 12076

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Borlänge kommun har genomfört en förenklad upphandling avseende inredning till Kvarnsvedens skola. Av tilldelningsbeslut den 17 februari 2010 framgår att anbud från Form & Miljö antagits beträffande förvaringsenheter och sittenheter. I samma beslut anges att anbud från Frimeko AB förkastats gällande dessa enheter med motiveringen att de inte betraktas som kvalitativt acceptabla och likvärdiga i förhållande till kravspecifikationen angiven i anbudsfrågan.

Förvaltningsrätten har den 28 maj 2010 beslutat att upphandlingen till vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Frimeko begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att rättelse ska ske genom att Frimekos anbud ska utvärderas och antas vad gäller förvaringsenheter och sittenheter. I andra hand yrkar Frimeko att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Som grund för ansökan anför Frimeko i huvudsak följande. Bolaget anser att Borlänge kommun brutit mot LOU då man felaktigt förkastat Frimekos anbud med hänvisning till en produktbeskrivning som tagits fram av Jordens arkitekter. Om detta dokument är en del av skall-kraven bryter upphandlingen mot de grundläggande principerna för upphandling. Detta har medfört att Frimeko lidit eller kan komma att lida skada. Frimekos anbud uppfyller samtliga skall-krav som ställts upp. Produktbeskrivningen består av ett antal produkter från olika tillverkare som de anlitade arkitekterna ansett vara lämpliga, främst från företagen Kinnarps och Form & Miljö. Produkterna är beskrivna i både text och bild med leverantörer angivna. Dokumentet kan inte anses som del av skall-kraven i upphandlingen, utan utgör endast ett underlag för vilka typer av möbler som ska offereras. Det

anges inte heller i dokumentet att detta är att anse som skall-krav. Att använda befintliga produkter som specifikationer för att beskriva vad den upphandlande enheten vill köpa in och ange frasen ”eller likvärdigt” är inte i överensstämmelse med LOU. Så får endast ske i undantagsfall, om det inte är möjligt att på annat sätt beskriva föremålet. Att Frimekos produkter avviker från produktbeskrivningen vad gäller exempelvis färg, mått och ergonomiska egenskaper är självklart eftersom Borlänge kommun däri hänvisar till konkurrerande varumärken. Borlänge kommun har tagit fasta på arkitekternas åsikter om vilka leverantörer som ska få inreda skolan och med vilka produkter, varvid Frimekos anbud förkastats på ogiltiga grunder. – Borlänge kommun har anfört att de tekniska specifikationerna inte utgör skall-krav. Om bolagets anbud inte förkastats med hänvisning till skallkraven ställer sig Frimeko frågande till på vilken grund så har skett. – Vidare anpassar Frimeko produkterna efter beställarens önskemål när det rör sig om så omfattande beställningar som i detta fall.

Borlänge kommun bestrider yrkandet och anför i huvudsak följande. Kvarnsvedens skola genomför en omfattande förnyelse med om- och tillbyggnader, varvid inredning och utrustning ska förnyas. Inredningsprojektering har skett i en projektgrupp, biträdd av en fristående inredningsarkitekt. Projektarbetet och produktbestämningen har resulterat i ett förfrågningsunderlag som baseras på tekniska specifikationer i enlighet med bestämmelserna i LOU. De tekniska specifikationerna är inte att anse som skall-krav. Funktions- och prestandakrav har formulerats som exempel på godtagbart utförande; en beprövad metod vid precisering av inredningsföremål med inslag av formgivning och design. De angivna produkterna är således exempel på godtagbara utföranden som anbudsgivaren har att utgå från i sin uppgift att föreslå en godtagbar lösning. Metoden för framställning av tekniska specifikationer är inte att anse som en särbehandling av vissa produkter, företag eller lösningar. Anbudsgivare har möjlighet att offerera likvärdiga produkter. Detta torde också ha framgått av beställarens

anmodan att styrka likvärdigheten i de offererade produkterna; något som Frimeko avstod från. Frimekos anbud förkastades då det ansågs som avvikande från de tekniska specifikationerna i sådan grad att anbudet inte kunde betraktas som likvärdigt. Beslutet att förkasta Frimekos anbud vilar på en samlad bedömning av kvalitativa egenskaper, varvid avvikelser rörande exempelvis måttuppgifter, materialval, kulör och ergonomiska egenskaper förelåg. Som exempel på avvikande egenskaper har elevstolen offererats i avvikande material, trä i stället för specialdesignad polypropylen, och elevförvaringsenheten på hjul har avvikande höjd i förhållande till arbetsborden, vilket omöjliggör möblering som stöder det pedagogiska upplägget. Bevisbördan i likvärdighetsfrågan åligger anbudsgivaren.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Omfattningen av förvaltningsrättens prövning

Inledningsvis konstateras att kommunen genom den nu aktuella upphandlingen har upphandlat flera produktgrupper och kontrakt tilldelats skilda leverantörer. Frimekos ansökan om överprövning avser endast produktgrupperna förvaringsenheter och sättenheter. Med hänsyn till att övriga produktgrupper hade kunnat upphandlas separat anser förvaltningsrätten att prövningen i detta mål endast kan omfatta de delar som ansökan avser. Övriga produktgrupper faller sålunda utanför denna prövning.

Tillämplig lagtext

Förvaltningsrätten tillämpar LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap 9 § LOU framgår 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 6 kap. 4 § första stycket LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I andra stycket samma lagrum och lydelse anges att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt samt att en sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Angivna bestämmelser tillämpas även vid förenklat förfarande (se 15 kap 2 och 7 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser inredningsenheter enligt viss bifogad produktbeskrivning, varvid beställaren förbehåller sig rätten att anta hela eller delar av anbud samt att anta fler än en leverantör (avsnitt 2.3, ”Omfattning”). Vidare anges att inkomna anbud utvärderas i två steg, kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen (avsnitt 6, ”Kriterier vid anbudsgivning”). Under rubrik 6.1, ”Kvalificering”, anges att anbudsgivarens uppfyllelse av skall-kraven i förfrågningsunderlaget granskas och bedöms samt att de anbud som uppfyller kraven går vidare till utvärderingen. Under rubrik 6.2, ”Utvärdering”, anges att kommunen kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till bedömningskriterierna pris (vikt 70 procent) och kvalitet (vikt 30 procent).

Vad gäller utvärderingskriteriet "kvalité" framgår att bedömningskriterierna utförande, ergonomi och flexibilitet (vikt 10 procent), miljö (vikt 10 procent) och leveranssäkerhet (vikt 10 procent) tillämpas. Beträffande *utförande* anges att här betygssätts materialval, funktion, utseende, färg, hållbarhet och svårantändligt material. Vidare anges att referenser från åtaganden det senaste året bedöms gällande utförande bedöms, varvid referenser kan komma att tas från annat håll. Kommunens egen erfarenhet av leverantören kommer också att vägas in. Beträffande *ergonomi* anges faktorerna komfort, inställningsmöjligheter i förekommande fall, sittriktighet och ljudnivå (slammer) bedöms. Beträffande *flexibilitet* anges att möblerna har en specifik funktion i den miljö de är tänkta. De ska emellertid kunna användas för samma ändamål i någon annan lokal eller konstellation. Vidare anges att de olika kvalitetskriterierna (utförande, ergonomi och flexibilitet, miljö och leveranssäkerhet) bedöms och ges poäng enligt en skala från ett till fem, varefter poängen multipliceras med angivet viktningstal.

Vidare anges att anbudet kommer att förkastas om begärd funktion inte kan erbjudas och bedöms vara av väsentlig betydelse för beställaren samt att kommunen kommer att anta det anbud som erhållit den högsta sammanlagda summan av samtliga utvärderingskriterier under förutsättning att lägsta poäng på varje enskilt kriterium, förutom pris, är minst två.

Till förfrågningsunderlaget har bifogats ritningar och beskrivningar upprättade av Jordens Arkitekter.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett av de grundläggande huvudändamålen med upphandlingslagstiftningen är att upprätthålla en effektiv konkurrens i offentlig upphandling. Principen om öppenhet och förutsägbarhet (transparens) är i detta sammanhang av central betydelse. Av transparensprincipen följer vidare att det av förfrågningsunderlaget tydligt ska framgå vad som upphandlas samt under vilka förutsättningar ett anbud kan förkastas m m. Leverantören ska inte behöva

gissa sig till vad som efterfrågas. Tydligheten säkerställer också att den upphandlande myndigheten får jämförbara anbud som svarar upp mot det konkreta behovet.

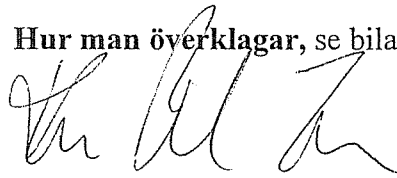
Även likabehandlingsprincipen är i detta sammanhang av intresse. Av denna princip framgår bl.a. att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. EU-domstolen har i en dom (UNIX) fastslagit att hänvisningen till UNIX operativsystem utan att ange eller likvärdig kunde medföra att leverantörer som inte marknadsförde detta system kunde ha avstått från att lämna anbud, vilket kunde utgöra ett handelshinder.

I förevarande fall har kommunen hänvisat till en synnerligen detaljerad produktbeskrivning med hänvisning till fabrikat och/eller leverantör. Någon upplysning om att likvärdiga produkter accepteras finns inte i själva förfrågningsunderlaget utan endast av en anmodan som tillställdes Frimeko efter anbudet lämnats in. Av såväl reglerna i 6 kap 4 § LOU, transparensprincipen som likabehandlingsprincipen följer att offentlig upphandling ska genomföras på ett sådant sätt att konkurrensen stimuleras i största möjliga utsträckning. Hänvisning till fabrikat får sålunda endast ske i undantagsfall och ska då alltid åtföljas av texten ”eller likvärdig”. Enligt förvaltningsrättens bedömning har kommunen genom att tillämpa denna produktbilaga på sätt som gjorts i den aktuella upphandlingen brutit mot bl.a. 6:4 LOU .

Vidare har kommunen förbehållit sig rätten att förkasta ett anbud om ”begärd funktion inte kan erbjudas och bedöms vara av väsentlig betydelse för beställaren”. I förevarande fall finner förvaltningsrätten att kommunen i förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt beskrivit den begärda funktionen och klargjort för anbudsgivarna i vilka fall ett anbud kan förkastas. Förfrågningsunderlaget bryter sålunda även i denna del mot principen om öppenhet och transparens.

Enligt Förvaltningsrättens bedömning har Frimeko genom ovan nämnda överträdelser lidit eller riskerat att lida skada. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan bristerna inte rättas på annat sätt än att upphandlingen görs i den del som ansökan om överprövning avser.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Karin Forslund Johansson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 var till 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 uppge 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 3109/1C LOU