

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2013-11-05
Meddelad i
LinköpingMål nr
4850-13
Enhet 2**SÖKANDE**Poolwater Nordic AB, 556167-9761
Box 902
671 29 Arvika**MOTPART**Västerviks kommun
593 80 Västervik**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Västerviks kommuns upphandling avseende om- och tillbyggnad av befintlig poolanläggning med byggnader vid anläggningen Lysingsbadet, entreprenad 7 (reningsanläggning) inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering sker, varvid Enwa Badanläggningar AB:s anbud inte beaktas.

Dok.Id 133952

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 M.M.

Västerviks kommun (kommunen) genomför via Västervik Resort AB en upphandling avseende om- och tillbyggnad av befintlig poolanläggning med byggnader vid anläggningen Lysingsbadet, projekt nr 1590 (upphandlingen). Upphandlingen avser en totalentreprenad och genomförs med ett förenklat förfarande där det anbud som har lägst pris kommer att antas. Enligt tilldelningsbeslut den 5 juli 2013 antogs för entreprenad 7 (reningsanläggning) anbudet som lämnats av Enwa Badanläggningar AB (Enwa). Poolwater AB (bolaget) placerade sig på andra plats i utvärderingen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att anbudet från Enwa ska uteslutas från upphandlingen och att kontraktet istället ska tilldelas bolaget.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

Enwa, som fått tillfälle att yttra sig, anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA OCH ENWA ANFÖRT

Bolaget

Anbudet från Enwa uppfyller inte i förfrågningsunderlaget ställda skallkrav. Genom att utvärdera och anta Enwas anbud har kommunen brutit mot principerna om likabehandling och transparens, varför dess handlande står i strid med LOU.

Enligt punkt AFB.313 i de administrativa föreskrifterna är alternativa utföranden inte tillåtna. I förfrågningsunderlaget anges att utbyggnaden ska bestå av nyetablering av två stycken nya reningssystem, V1 och V2, där

system V1 ska bestå av sex stycken bubbelpooler med en sammanlagd volym av cirka elva kubikmeter och system V2 ska bestå av två stycken barnpooler med en ny landningspool med en sammanlagd volym på cirka sjuttio kubikmeter. Enligt Enwas anbud kommer vattenreningen bl.a. att byggas upp med ett adaptersystem kopplat till det befintliga reningssystemet V3 för att försörja tre av de nya bubbelpoolerna. Detta innebär att ett flöde tas från V3 och minskar på så sätt kapaciteten och möjligheten till bibehållen belastning av det befintliga vattensystemet. Att Enwa valt att bygga samman delar av bubbelpoolerna med det befintliga systemet är ett klart avsteg från kommunens föreskrifter, som stipulerar ett eget system och där en beskriven förutsättning är att det befintliga systemet behöver hela sin kapacitet för att uppfylla de behov som förutsätts uppkomma genom ökad belastning p.g.a. om- och tillbyggnaden. Detta är inte förenligt med kraven i förfrågningsunderlaget. Vidare anges i förfrågningsunderlaget specifikt vilka enheter som ska anslutas till varandra och inte att arbetet omfattar tre system med valfri uppbyggnad, såsom kommunen påstår.

Anläggningen kommer inte att klara de belastningskrav som redovisats i upphandlingens kompletterande frågor och svar. Enligt Enwas anbud kommer de nya vattensystemen att vardera bestå av två stycken trycksandsfilter. Av den tekniska beskrivningen framgår dock inte vilken filteryta eller filterhastighet man räknat med. Om Enwa inte frångår branschens rekommendationer och standarder, torde ett maximalt flöde av endast 280 kubikmeter per timme kunna uppnås, samtidigt som kapaciteten i det befintliga vattensystemet V3 reduceras i och med adapterlösningen enligt ovan. Med tanke på att en stor andel av de pooler systemen ska försörja är bubbelpooler, som enligt Socialstyrelsens riktlinjer kräver betydligt större flöde än en vanlig bassäng, samt att övriga bassänger dels har ett stort antal effekter i form av både vatten och luft, dels ska försörja ett antal vattentruschbanor som i sin tur var och en ska ha ett tillskott av minst 35 kubik-

meter per timme i flöde, kommer den av Enwa föreslagna anläggningen inte att nå upp till det stipulerade kravet om 350 samtidigt badande.

Enligt AFB.13 är entreprenaden styrd i sådan omfattning som framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen har tydligt angivit hur systemuppbyggnaden ska vara. Att då tillåta helt andra lösningar innebär att förfrågningsunderlaget inte är transparent och därmed inte uppfyller kraven enligt LOU. Mot bakgrund av bl.a. punkten AFB.313 kan alternativa lösningar inte tillåtas, trots att det rör sig om en totalentreprenad.

De referenser som Enwa angett uppfyller vidare inte kraven enligt förfrågningsunderlaget punkt AFB.52, enligt vilken leverantören ska ha erfarenhet från liknande uppdrag. Nu gällande upphandling avser nybyggnation av en anläggning, men de referenser som Enwa angett gäller utförandeentreprenader i samband med förändringar av befintlig anläggning, där beställaren redan har dimensionerat och projekterat samt sköter det administrativa avseende anläggningen. Vid en totalentreprenad är det entreprenören som sköter allt detta och det ställer betydligt högre krav på det utförande företaget, varför det är fråga om helt skilda projekt. Utifrån detta kan kommunen inte dra slutsatsen att Enwa är lämplig att utföra nu ifrågavarande entreprenad. Enwa har inte påvisat att de har den specifika kunskap som en totalentreprenad kräver.

Kommunen

Bolaget har uppgett att det i rambeskrivningen framställs vissa skall-krav. Rambeskrivningen är emellertid en beskrivning av de funktioner som ska levereras och består inte av skall-krav. Rambeskrivningen, tillsammans med AFB.13, kan inte uppfattas på annat sätt än som en beskrivning av omfattningen och utformningen av den upphandlade om- och tillbyggnaden av den befintliga poolanläggningen på Lysingsbadet. Den lösning som

Enwa erbjuder består av tre system och följer därmed förfrågningsunderlaget.

Bolaget har framfört att Enwa skulle ha lämnat ett alternativt anbud. Vid upphandlingar under tröskelvärdet finns inga bestämmelser om att anbud med alternativa utföranden inte får prövas. Alla anbud ska enligt 15 kap. 15 § prövas, under förutsättning att de uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Totalentreprenaden som form lämnar även utrymme för anbudsgivaren att föreslå utformning utifrån de krav på funktion som ställs. Enwa har i sitt anbud inte avvikit från förfrågningsunderlagets krav på funktioner.

Vad gäller påståendet att Enwas lösning inte skulle klara det belastningskrav på 350 simultana badande som framgår av förfrågningsunderlaget inklusive kompletteringar, kan följande anföras. Enwa har i sitt anbud beskrivit sitt förslag till rening och angett att de uppfyller ställda krav på funktioner enligt förfrågningsunderlaget. Kommunen har ingen anledning att tvivla på att de uppgifter som Enwa angett i sitt anbud inte är korrekta eller att företaget inte skulle uppfylla kraven enligt Socialstyrelsens riktlinjer (SOSFS 2004:7). Dessa riktlinjer är väl kända för alla företag som arbetar med offentliga pooler av olika slag. Kontakter med av Enwa uppgivna referenser styrker detta.

Bolaget hävdar även att Enwa inte skulle ha erfarenhet av liknande uppdrag, då denna förfrågan gäller en nybyggnation av en anläggning från grunden. Det framgår dock redan av upphandlingens titel att det rör sig om en ”Om- och tillbyggnad av befintlig poolanläggning med byggnader”.

Enwa

Kommunen har klart redogjort för att innebörden av rambeskrivningen endast är att efterfrågad funktion ska uppnås utifrån de givna förutsättningarna. Upphandlingen avser vidare en totalentreprenad där entreprenören har ett funktionsansvar. Rambeskrivningen upptar enbart en beskrivning av de nya enheter som ska renas och att det för detta krävs nyetablering av två system. Enwa har i enlighet med förfrågningsunderlaget offererat en lösning bestående av de aktuella enheterna kopplade till två nya system. Reningen för en del av de nya enheterna har dock av driftekonomiska skäl lösts genom en adapterlösning till redan befintligt system. Detta är dock inget avsteg från de krav som ställts upp i upphandlingen, då det inte funnits något uttryckligt krav på att enheterna som sådana skulle vara kopplade till något enskilt system. Enwa har således lämnat ett anbud helt i enlighet med de förutsättningar som givits och med beaktande av de uttryckliga begränsande krav som förekommit i upphandlingen. Det finns inte något krav i förfrågningsunderlaget på att systemet ska utformas på det sätt som bolaget anger.

I fråga om dimensionering av filter och vattenkvalitet i systemen uppfyller Enwa självfallet både beställarens och myndigheters krav. Kommunen har inte framställt något krav på att anbudsgivaren i detta skede ska visa på de tekniska lösningar som anbudsgivaren avser att använda sig av i projektet för att uppnå den efterfrågade funktionen. Vad bolaget anfört i detta avseende kan således inte läggas till grund för ett uteslutande av Enwas anbud.

De referenser som Enwa angett är relevanta för det aktuella uppdraget, vilket är om- och tillbyggnad och inte nybyggnation som bolaget vill göra gällande. Att i allmänna och svepande ordalag ha synpunkter på en anbudsgivares referenser är inte heller tillräckligt för att en domstol ska lägga synpunkterna till grund för ett ingripande enligt LOU. Det åligger sökan-

den att på ett klart och tydligt sätt ange den grund och de omständigheter som medför att en annan anbudsgivares anbud ska uteslutas. Den påstådda bristen i detta avseende kan således inte heller läggas till grund för ett utslutande av Enwas anbud.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

AFB.13 Entreprenadform

Entreprenadform är totalentreprenad, för respektive delentreprenad. Entreprenaden är styrd i sådan omfattning vilken framgår av förfrågningsunderlaget i övrigt.

AFB.313 Alternativa utföranden

Alternativa utföranden är inte tillåtna.

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

Prövning av anbudslämnare kommer att ske med avseende på:

...

– Teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet

Anbudslämnare ska ha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget.

Leverantören ska ha erfarenhet från liknande uppdrag av, påbörjade och/eller avslutade under de senaste fem åren. Referenserna anges i anbudsformuläret.

...

I rambeskrivningen för den i målet aktuella entreprenaden anges bl.a. följande.

...

UTBYGGNAD/UPPGRADERING

Gällande ritning R1 samt Masterplan.

Utbyggnaden/uppgraderingen består av;

- Nyetablering av 2 st. nya reningssystem, V1 och V2.
Systemet V1 består av 6 st. bubbelpooler i varierande storlek och en sammanlagd vattenvolym på ca 11 m³.
Systemet V2 består av 2 st. barnpooler och en ny landningspool, sammanlagd volym är ca 70 m³.
- Uppgradering av existerande reningssystem (V3, stora bad poolen och existerande landningspool), sammanlagd vattenmängd ca 627 m³.

...

VATTENSYSTEM

- Nytt system (V1),
Försörjer de 6 bubbelpoolerna som är placerade i Mittdelen och i Flygel 2. Total vattenmängd i detta system är ca 11 m³/temperatur 38 grader.
- Nytt system (V2),
Försörjer de nya barnpoolerna samt den nya landningspoolen i Flygel 2. Total vattenmängd i detta system är ca 70 m³/temperatur 32 grader.
- Existerande system (V3),
Försörjer befintlig pool (stora bad poolen i Mittdelen) samt den befintliga landningspoolen för rutschbanor. Då poolerna kommer att minska blir det mindre volym men större belastning på systemet. Total vattenmängd är ca 627 m³.

Av Enwas anbud framgår bl.a. följande.

Vi har valt följande uppbyggnad av badvattenreningen för de olika systemen.

1. V3, existerande reningssystem behålles i nuvarande utförande eventuellt att man sätter in frekvensstyrning på cirkulationspumpen.
2. V1.1, Bubbelpooler 3 st. (varma källor, tysta) här sätter vi in en adapter som är ansluten till system V3. Vi kommer att växla upp och ner badvattentemperaturen (energibesparing).
3. V1.2, Bubbelpool 3 st. får eget reningssystem bestående av 2 st. sandfilter med tillhörande funktioner.
4. V2, 2 st. barnpooler och ny landningspool får eget reningssystem bestående av 2 st. sandfilter med tillhörande funktioner.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser*

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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphand-

lande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om Enwas anbud brister i uppfyllande av vissa skall-krav och om kommunen agerat i strid med LOU genom att utvärdera och anta anbudet.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten 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 denna grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Av förfrågningsunderlaget framgår att även om det är fråga om en totalentreprenad, så är entreprenören styrd av vad som framgår av förfrågningsunderlaget. För den delentreprenad som det är fråga om i nu aktuellt mål gäller således den redogörelse av arbetets utförande som framgår av rambeskrivningen för entreprenad 7, Reningsanläggning, vilken är en del av förfrågningsunderlaget. Av nämnda rambeskrivning framgår bl.a. att två nya reningssystem ska etableras, varav det ena (V1) ska försörja de sex bubbelpoolerna. Vidare framgår av rambeskrivningen att det redan existerande reningssystemet ska uppgraderas och försörja befintlig pool samt den befintliga landningspoolen för rutschbanor. Mot bakgrund härav samt med hänsyn till att kommunen i förfrågningsunderlaget även angett att alternativa utföranden inte är tillåtna, kan förfrågningsunderlaget inte tolkas på annat sätt än att det är ett skall-krav i upphandlingen att den offererade lösningen ska bestå av tre separata reningssystem. Enwa har i sitt anbud

valt ett utförande som avviker från rambeskrivningen, så till vida att tre av de sex bubbelpooler som enligt rambeskrivningen ska vara anslutna till ett nytt reningssystem i stället kopplas samman med det befintliga reningssystemet. Enligt förvaltningsrättens mening är denna avvikelse från förfrågningsunderlaget sådan att Enwas anbud inte kan anses uppfylla samtliga skall-krav i upphandlingen och därför inte borde ha utvärderats. Då förvaltningsrätten bedömer att den av Enwa offererade lösningen inte överensstämmer med skall-kraven i upphandlingen, saknas skäl att ta ställning till huruvida lösningen uppfyller det angivna belastningskravet.

Bolaget har vidare anfört att de referenser som Enwa angett i sitt anbud inte uppfyller kravet på liknande arbeten i förfrågningsunderlaget. Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget har dock inte kravet på liknande arbeten närmare preciserats. Vid sådant förhållande måste den upphandlande myndigheten ha visst utrymme att bedöma vad som kan anses vara liknande arbeten. Enwa har i anbudet angett referenser avseende nytt badhus och ny badvattenrening. Det har godtagits av kommunen. Förvaltningsrätten finner inte att kommunen, genom att godta de referenser som Enwa uppgett, har förfarit felaktigt. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Kommunen har, genom att låta ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav gå vidare till utvärderingsfasen och anta detta, brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud placerat sig på andra plats i utvärderingen, varför bolaget har riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om eller avslutas först efter att rättelse har gjorts. Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet framstår rättelse som en tillräcklig åtgärd. Denna ska bestå i att utvärderingen görs om utan beaktande av Enwas anbud.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Cecilia Sjöstrand.



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.