



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-04-26
Meddelad i Växjö

Mål nr
4056-17

SÖKANDE

Aarsleff Rörteknik AB, 556071-3009
Symmetrivägen 29
196 37 Kungsängen

Ombud: Jur.kand. Christoffer Erlandsson
Advokatfirman Morris
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

Ombud: Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

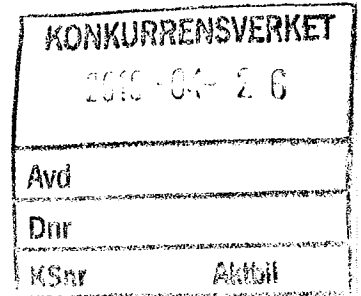
Ronneby Miljö & Teknik AB, 556366-1437
Upphandling
Ronneby kommun
372 80 Ronneby

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 175916

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	-------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Ronneby Miljö & Teknik AB (kommunen) genomförde upphandling avseende renovering av avloppsledningar. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande med antagande av anbudet med lägst pris. Genom tilldelningsbeslut den 22 september 2017 antog kommunen Aarsleff Rörteknik ABs (i det följande Aarsleff) anbud. Efter omprövning av anbuden tilldelades istället NCC Sverige AB avtal genom ett andra tilldelningsbeslut den 2 oktober 2018.

Aarsleff ansöker om överprövning av upphandlingen. Aarsleff yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett genom att kommunen genomför en ny kvalificering och utvärdering och antar Aarsleffs anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Till stöd för sin ansökan anför **Aarsleff** bl.a. följande.

Kommunen har i första hand brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Detta genom att förkasta Aarsleffs anbud trots att det uppfyller samtliga krav. Efter anbudens inlämnande har kommunen förhört sig med Aarsleff angående vilket foder de har avsett att använda sig av. Aarsleff meddelade kommunen att de avsåg att använda sig av ett eget tillverkat foder, PAA-E-Liner som består av en kärna (materialbärare) innehållande polyester och glasfiber och som är täckt av ett polypropenmaterial. Fodrets kärna består alltså delvis av glasfiber. Kravet i förfrågningsunderlaget innebär att stommen i fodret ska innehålla glasfiber. Det är inte angivet att någon särskild procentandel eller liknande ska vara av glasfiber eller på vilket sätt glasfibret ska vara integrerat i stommen. Varken SS-EN 11296-4 eller P 101, som är en del av förfrågningsunderlaget, kräver

eller rekommenderar någon specifik andel av eller konstruktionssätt för glasfiber i fodren. Då båda dessa handlingar är en del av förfrågningsunderlaget har det inte funnits någon anledning för Aarsleff att misstänka att det offererade fodret inte uppfyllde det aktuella kravet. Det ska även påpekas att det produktblad som lämnades efter anbudstidens till kommunen inte var en del av Aarsleffs anbud och omfattades därför inte av språkravet i förfrågningsunderlaget.

I andra hand har kommunen brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att inte tillräckligt tydligt i förfrågningsunderlaget ange vilka krav som ställs avseende materialet i det efterfrågade fodret. Utifrån förfrågningsunderlaget har en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör inte kunnat förutse hur det aktuella obligatoriska kravet skulle tillämpas. Kommunen påstår att Aarsleffs offererade foder har för låg s.k. E-modul. Kommunen har dock inte ställt några krav, varken uttryckliga eller underförstådda, på en viss E-modul. Om kommunen hade önskat ställa sådant krav skulle detta rätteligen ha skett i förfrågningsunderlaget. Aarsleff har därför missletts att offerera ett foder med annan materialsammansättning än vad kommunen efterfrågat. Aarsleff har därmed förhindrats att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Felet har begåtts i det konkurrensuppsökande skedet, vilket innebär att ett ingripande enligt andrahandsgrunden bara kan bestå i att upphandlingen görs om.

I tredje hand har kommunen brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet. Detta då kommunen genom upphandlingens utformning har begränsat konkurrensen så att vissa leverantörer gynnats eller missgynnats på ett otillbörligt sätt. Att ställa ett specifikt krav på att leverantörens foder ska bestå av glasfiber är inte godtagbart eftersom detta tekniska krav inte har en relevant effekt på fodrets funktion eller prestanda. Kommunen hade kunnat tillgodose sitt behov genom att beskriva vilka funktioner och vilken prestanda den ville ha, istället för att ange ett specifikt material som begrän-

sar konkurrensen. Funktionskravet som ställts i förfrågningsunderlaget kan uppfyllas via olika likvärdiga metoder/tekniska lösningar utöver den av kommunen valda lösningen. Det finns även endast ett fåtal leverantörer på den svenska marknaden, ca två-tre stycken, som levererar och installerar foder som helt eller till stor del består av glasfiberväv. Detta gör att de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget begränsar konkurrensen i upphandlingen och går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen med upphandlingen. Även detta fel har begåtts i det konkurrensuppsökande skedet, vilket innebär att ett ingripande enligt tredjehandsyrkandet endast kan resultera i att upphandlingen måste göras om.

Aarsleff har lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget offererat det lägsta priset och därmed skulle ha tilldelats kontraktet. Alternativt har Aarsleff lidit skada då Aarsleff inte lämnat anbud på lika villkor som andra anbudsgivare då förfrågningsunderlaget brutit i transparens, likabehandling och proportionalitet.

Kommunen anför bl.a. följande.

De har inte frångått förfrågningsunderlaget, inte brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU. Aarsleff har inte offererat ett foder med stomme (materialbärare) av glasfiberväv, utan ett foder där stommen består av ”a multi-layered polyester needle felt combined with fibre glass”, och kan därför inte anses uppfylla ett grundläggande skakrav i upphandlingen. Halten glasfiber i Aarsleffs offererade produkt antas vara mycket låg. I produktbeskrivningen av produkten som Aarsleffs offererat redovisas en E-modul under $4\,000\text{ N/mm}^2$. Den produkttyp som kommunen efterfrågar, med glasfiberväv som materialbärare har E-moduler typiskt minst $9\,500\text{--}18\,000\text{ N/mm}^2$. Punkten PGB.42 i den tekniska beskrivningen kan inte enligt kommunen tolkas på något annat sätt än att produktens stomme

ska bestå av glasfiber som helhet samt uppfylla kraven i SS-EN 11296-4 och P101. Aarsleff har i sitt sortiment foder med glasfiberväv som materialbärare. Att Aarsleff valt att offerera en enligt förfrågan felaktig produkt och därför ej accepteras är helt Aarsleffs eget ansvar och kan inte i efterhand anföras som ett giltigt skäl för överprövning. Det hade varit diskriminerande gentemot övriga anbudsgivare att acceptera en annan produkt, eftersom anbudsgivare 2 svarade nej på frågan om deras produkts stomme bestod av glasfiberväv och därmed diskvalificerades. Aarsleff har inte besvarat frågan om deras produkts stomme består av glasfiberväv utan har hänvisat till ett produktblad. Produktbladet var även på engelska även fast det i AFB.31 angavs att anbud och samtliga bilagor skulle avges på svenska. Enligt LOU har kommunen även rätt att välja vilken typ av foder de avser upphandla för att tillgodose sina krav på kvalitet och funktion. Enligt AMA 17 Anläggning, ett referensverk som teknisk beskrivningen ansluter till, bör även upphandlande myndighet beskriva vilken produkt och vilket material som den upphandlande produkten ska vara uppbyggd av. Slutligen anser inte kommunen att kravet på foder med stomme av glasfiberväv är konkurrensbegränsande. Samtliga kända aktörer, av genomförd marknadsundersökning, som erbjuder flexibla foder för rörrenovering, inklusive Aarsleff, kan erbjuda produkter med en stomme av glasfiberväv.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav (jfr HFD 2013 ref 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Aarsleff har hävdat att kommunen har förkastat Aarsleffs anbud trots att det uppfyller samtliga krav. Det foder som Aarsleff offererat, PAA-E-Liner, består av en kärna (materialbärare) innehållande polyester och glasfiber och är täckt av ett polypropenmaterial. Fodrets kärna består alltså delvis av glasfiber. Kommunen har gjort gällande att den produkt som Aarsleff offererat inte kan anses uppfylla ett grundläggande skakrav då halten glasfiberväv antas vara mycket låg i Aarsleffs offererade produkt. Enligt förfrågningsunderlaget, PGB.42, ska fodrets stomme (materialbäraren) bestå av glasfiberväv och uppfylla kraven i SS-EN 11296-4. Enligt förvaltningsrättens mening får punkten PGB.42 i förfrågningsunderlaget tolkas på så sätt att fodrets stomme i huvudsak eller i vart fall till övervägande del av ska utgöras av glasfiberväv. Då Aarsleffs offererade produkts stomme endast delvis består av glasfiber kan Aarsleffs anbud inte anses uppfylla samtliga ställda krav i upphandlingen. Kommunens har därmed haft fog för sitt beslut att

inte anta Aarsleffs anbud. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger inte.

Aarsleffs har vidare anført att andra krav borde ha ställts på produkten samt att de krav som ställts är otillräckliga och förfrågningsunderlaget otydligt. Förvaltningsrätten anser att kraven i förfrågningsunderlaget punkt PGB. 42, har en tydlig koppling till upphandlingsföremålet samt att de inte framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Utifrån informationen i upphandlingsdokumenten finner förvaltningsrätten vidare att en normalt informerad och omsorgsfull leverantör får anses ha kunnat förstå vilken typ av foder som efterfrågats samt vilka krav som ställts. Förfrågningsunderlaget kan därmed inte anses vara otydligt på ett sådant sätt att det bryter mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Aarsleff har även riktat invändningar mot kommunens val av den produkt som upphandlats samt de krav som har ställts på produkten. Det är emellertid den upphandlande myndigheten som beslutar om vad som ska upphandlas och som ställer de krav som anses nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska nås. En upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling, förutsatt att de grundläggande upphandlingsprinciperna iakttas (jfr RÅ 2010 ref 78).

Det är inte förvaltningsrättens uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten har lyckats upphandla den bästa och den mest funktionella lösningen (jfr Kammarätten i Sundsvalls dom den 4 november 2013 i mål nr 2545-13). Vad Aarsleff anført i denna del innebär därmed inte att kommunen agerat i strid med LOU.

Slutligen har Aarsleff gjort gällande att kraven riktat sig mot ett fåtal leverantörer och begränsat konkurrensen samt att likvärdiga lösningar borde ha efterfrågats. Bolaget har dock enligt förvaltningsrättens mening inte visat att kraven endast riktats mot vissa leverantörer. Därmed är det inte visat att vissa leverantörer gynnats eller missgynnats på grund av uppgifter om fabrikat, ursprung, särskilt framställningssätt, tillverkning, varumärke, patent eller typ och att kommunen därför, i enlighet med reglerna i 9 kap. 6 § LOU, haft någon skyldighet att ange "eller likvärdigt" i PGB.42. Vad Aarsleff anfört i denna del, samt om att likvärdiga produkter borde ha efterfrågats, utgör inte heller i övrigt skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det Aarsleff gjort gällande i målet inte visar att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av lagens grundläggande principer. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU och ansökan om överprövning bör därför avslås.

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



Daniel Samuelson
lagman

Föredragande: Ida Arvidsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.