



Rättelse/komplettering

Dom, 2019-10-22

Rättelse, 2019-10-24

Beslut av: rådmannen Maria Örnerheim

I första stycket på s. 9 ska "Maskin & Mekan" rätteligen vara "GDL".

KONKURRENSVERKET	
20191024	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil



SÖKANDE

Maskin & Mekan i Växjö AB, 556512-3493

MOTPART

Alvesta kommun

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Maskin & Mekan i Växjö AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun genomför en upphandling avseende ramavtal gällande grus och lastbilstransporter. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Det anbud med lägst pris avsågs att antas. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. Samtliga anbud bedömdes uppfylla de krav som ställts i förfrågan och kvalificerade sig till utvärdering. Genom tilldelningsbeslut den 15 maj 2019 antogs det anbud som lämnats av GDL Transport AB.

Maskin & Mekan i Växjö AB (Maskin & Mekan) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att en ny prövning av inkomna anbud ska genomföras varvid Maskin & Mekans anbud ska antas.

Alvesta kommun bestrider bifall till Maskin & Mekans ansökan om överprövning.

Maskin & Mekan anför bl.a. följande. GDL Transport AB (GDL) uppfyller inte skall-krav avseende certifiering. Kommunen har i p. 1.4.7 ställt krav på att av kommunen efterfrågat material ska vara certifierat enligt (SS-EN) och CE-märkning med tillhörande kontrollsystem samt att kopior för att styrka detta ska bifogas anbudet. Samtliga GDL:s certifikat avser ballast, vilken enligt certifikaten ska användas för betong, bruk, asfaltsmassor eller väg- och anläggningsbyggande. Ballast är ett fyllnadsmaterial som används i olika typer av konstruktioner. De standarder som de av GDL åberopade certifikaten omfattar avser sammanfattningsvis egenskaperna hos ballast som ska användas som fyllnadsmaterial. Som framgår av certifikatet omfattar de överhuvudtaget inte de av kommunen efterfrågade materialen strid sand 0,2-2 samt formbar leksand. Detta material avser sand som vanligen används som underlag på lekplatser och som på grund av dess kornstorlek har särskilt falldämpande egenskaper. Materialet är inte jämförbart med ballast vare sig avseende dess egenskaper eller dess användningsområde. Den relevanta standarden för dessa material är EN 1177 Lekredskap – stötdämpande underlag – beskrivning, krav och provningsmetoder. GDL har därmed brutit i kommunens obligatoriska krav att bifoga bevis som utvisar att samtliga de i förfrågningsunderlaget efterfrågade materialen är certifierade enligt SS-EN och CE-märkning. Kommunen förbiser sitt eget uttryckliga krav att efterfrågade material ska vara certifierat enligt (SS-EN) och CE-märkning samt att kopior ska bifogas anbudet. Kravet omfattar inte bara CE-märkning, utan även SS-EN. Det är uppenbart att kravet har utformats som ett obligatoriskt krav och att syftet har varit att säkerställa att de av kommunen efterfrågade materialen motsvarar kommunens förväntningar avseende kvalitet och efterfrågade egenskaper, annars hade kommunen inte angett hänvisningen till SS-EN. Förfrågningsunderlaget och det obligatoriska kravet är i detta avseende tydligt och kravet är i högsta grad relevant för att säkerställa att materialen har de falldämpande egenskaper som krävs för att exempelvis användas som underlag för lekplatser. Maskin & Mekan har inte påstått att det finns brister i GDL:s anbud på grund av att av GDL

offererade material saknar CE-märkning. Däremot menar Maskin & Mekan att det föreligger brister i GDL:s anbud i förhållande till kommunens krav avseende att efterfrågat material ska vara certifierat enligt SS-EN. Maskin & Mekan har till sitt anbud bilagt intyg som visar att de offererade materialen strid sand och formbar leksand är prövat i enlighet med SS-EN 1177. Även den i upphandlingen tredje anbudsgivaren Alwex Transport AB har bilagt ett motsvarande intyg. Något sådant intyg har GDL däremot inte inkommit med. GDL:s underlåtenhet att bifoga kopior på intyg och därigenom visa att bolaget förfogar över material som i enlighet med kommunens obligatoriska krav är provat enligt SS-EN 1177 medför att GDL:s anbud avviker från förfrågningsunderlaget. En förutsättning för att förfrågningsunderlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan lita på att obligatoriska krav upprätthålls under hela upphandlingen. Kommunen har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen genom att kvalificera GDL:s anbud, trots avvikelsen från det uttryckliga skall-kravet.

GDL uppfyller inte krav avseende referensbrev. I p. 1.3.3 har kommunen ställt krav på att leverantören ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna utföra uppdraget på ett fullgott sätt, vilket ska kunna styrkas med referensbrev med goda vitsord från minst två av nuvarande kunder. GDL har åberopat Svevia och NCC som referenser. Ingenstans i referensbreven anges vilken avtalsrelation de åberopade referenserna har till GDL. Inte heller framgår vilken erfarenhet den person som har undertecknat respektive referensbrev har av GDL:s tidigare utförda uppdrag. Utifrån de av GDL åberopade referensbreven är det därmed inte möjligt att bedöma om referensen ens är relevant. Det framgår inte heller av referensbreven om de personer som har undertecknat breven ens har behörighet till detta. Referenserna borde därför inte ha beaktats vid kvalificeringen av GDL:s anbud. Även i detta avseende är kommunens kvalificering av GDL felaktig.

Kommunens felaktiga kvalificering av GDL har medfört att Maskin & Mekan lider eller riskerar att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 4 § LOU. Utan beaktande av GDL:s anbud lämnade Maskin & Mekan det anbud med lägst pris. Vid en korrekt kvalificering hade Maskin & Mekan tilldelats kontraktet.

Alvesta kommun anför bl.a. följande. Vad gäller p. 1.4.7 i upphandlingsdokumentet har kommunen ställt krav på att kopia på certifiering ska bifogas anbudet. Detta krav uppfyller GDL. I sitt anbudssvar hänvisar GDL till bilagor. Dessa bilagor är inlämnade samtidigt som anbudssvaret och finns således och är daterade med anbudets inlämningsdatum i kommunens upphandlingsverktyg.

Maskin & Mekan anför att de certifikat som GDL inlämnat i sitt anbud inte omfattar de krav som ställts. Maskin & Mekan anför att de inlämnade certifikaten avser ballast vilket omfattar betong, bruk, asfaltsmassor eller väg- och anläggningsbyggande, dvs. fyllnadsmaterial som inte omfattar strid sand 0,2-2 samt formbar leksand. Samtliga anbudsgivare i upphandlingen uppfyller krav på CE-märkning enligt standard 13242:2002/A1:2007 för slitlager 0-16, bärlager för belagda vägar 0-31,5 och krossat förstärkningslager för belagda vägar 0-90. Ingen av anbudsgivarna har lämnat CE-märkning för övriga material då det inte finns för dessa material. GDL har i anbudet svarat ja på punkt 1.7 - accept av samtliga ska-krav. Kommunen har tillämpat kravet på certifiering och CE-märkning i punkt 1.4.7. GDL uppfyller ställda krav på de material som kan CE-märkas. Ingen av anbudsgivarna har lämnat certifikat på krav enligt AMA anläggning 17, DCJ.11 (dvs. EE-EN 1176-1).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när.

Vad gäller p. 1.3.3 i upphandlingsdokumentet anför Maskin & Mekan att GDL inte uppfyller kommunens krav på referensbrev. Kommunen ställer krav på att anbudsgivaren ska ha god kompetens och erfarenhet från upphandlingens område. Detta ska styrkas genom referensbrev med goda vitsord från två referensuppdrag. GDL har i sitt anbud inkommit med två referensbrev, från Svevia och från NCC. I referensbreven framgår klart och tydligt att GDL uppfyller dessa krav. I båda referensbreven framgår det att Svevia resp. NCC är kund till GDL. Produktionsledare på Svevia och platschef på NCC intygar GDL:s kompetens och erfarenhet med sin signatur. Kommunen ser ingen anledning att förkasta GDL:s anbud.

Kommunen har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten åberopat skrivelser från vinnande leverantör GDL, vari bl.a. följande framgår. I punkt 1.4.7 i förfrågningsunderlaget anger kommunen att efterfrågat material ska vara certifierat och CE-märkt. Syftet med kravet är att de produktionsanläggningar – anläggningen där material tillverkas/tas fram – ska arbeta utifrån en strukturerad kvalitetsprocess. När produktionsanläggningar följer en sådan arbetsmetod håller det levererade materialet en fullgod kvalitet. I CE-märkningen ingår för att den ska vara komplett, en prestandadeklaration samt för att visa vilken verklig kvalitet ett material håller, en siktkurva. GDL har inkommit med certifikat för sina produktionsanläggningar. Således uppfyller GDL som anbudsgivare de krav som kommunen ställt. Standarden som Maskin & Mekan refererar till, 1177, är ingen harmoniserad standard. Det går inte enligt certifieringsorganen att CE-märka mot den, dvs. det går inte att få med EN1177 i ett CE-certifikat. EN1177 är mer av ett marknadskrav som en kommun kan ställa om man så vill. Det har inte Alvesta kommun gjort. Det en takt då gör är att den certifierar mot en annan standard som håller för övriga materialslag där kravställen är nivå 2 (tredjepartscertifiering) och för material (ex strid sand 0,2-2 och formbar leksand) som inte

går att CE-märka, dvs. nivå 4, själva sköter kvalitetssäkringen och att prestandakraven hålls. Nybrogrus AB är certifierade och har alla sina täkter, även Igersdela, CE-märkt och certifierad. Kravet på strid sand 0,2-2 och formbar leksand är på nivå 4, dvs. att det certifierade företaget (i detta fall Nybrogrus AB) får och ska själva göra och säkerställa produktionskravet i en s.k. egenkontroll. Det gör alltid Nybrogrus AB. Nivå 2, som ex. finns på slitlager 0-16, ska göras av extern part och blir därmed certifierad och CE-märkt. Nybrogrus AB och därmed GDL har analysresultat och produktionskontroll enligt den standard som krävs. Kommunen kan, som det står i förfrågningsunderlaget, begära in kompletterande underlag, ex. siktkurvor, om så önskas. I förfrågningsunderlaget, tabell a punkt 1.6.2. redovisar kommunen 13 olika materialslag. Kravställan är att komma in med certifierat material och CE-märkt där det är möjligt, och att på övriga materialslag redovisa en så hög kvalitet som möjligt är. Det är inte möjligt att redovisa CE-märkt material för matjord, gräsmattejord sållad 0-18, strid sand eller formbar leksand. Kravet på certifikat är inte avsett att tillämpas individuellt på varje materialslag, utan i så stor utsträckning som möjligt. Det vet hela branschen, inklusive samtliga anbudsgivare i detta fall.

Maskin & Mekan hänvisar till standarden SS-EN 1177. Det bör särskilt noteras att denna standard inte finns angiven i andra och tredje stycket i punkt 1.4.7 i förfrågningsunderlaget. Kravet som ställs på strid sand 0,2-2 mm som stötdämpande underlag är att denna ska uppfylla kraven enligt AMA Anläggning17, DCJ.11. För sand som används som stötdämpande underlag vid ex. gungställningar, anges att kraven i Europastandarden för lekredskap och stötdämpande underlag, EN 1176-1:2008 (numera EN 1176-1:2017) ska uppfyllas, vilken ställer krav på antingen att ett HIC-test har utförts på produkten med godkänt resultat ($HIC < 1000$) eller, när det är en sandprodukt, att graderingstalet ej överstiger 3. Graderingstal redovisas genom en siktanalys. Det går som ballastproducent ej att CE-certifiera en sandprodukt enligt

EN 1176. Det går inte heller att certifiera mot EN 1177. GDL, med hänvisning till Nybrogrus AB och att de certifierar alla sina täkter och att de jobbar efter de krav som ställs, klarar kommunens krav.

Vad gäller formbar sand anges i AMA Anläggning17, DCJ.2 att materialet ska uppfylla krav på kornstorleksfördelning enligt tabell AMA DCJ.2/1.

Kornstorleksfördelning kan redovisas genom siktanalys av produkten. GLD, med hänvisning till Nybrogrus AB och att de certifierat alla sina täkter och att de jobbar efter de krav som ställs, klarar kommunens krav.

GDL har i sitt anbud samtliga täkter certifierade. GDL har tillhörande kontrollsystem. GDL uppfyller samtliga krav på materialen enligt ovan.

Sammanfattningsvis är det intyg på certifieringen som efterfrågas och CE-märkning med tillhörande kontrollsystem. Detta är överordnat SS-EN, som står inom parentes. GDL har inkommit med certifikat för sina produktionsanläggningar. GDL har tillhörande kontrollsystem och godkända siktkurvor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

I upphandlingsdokumentets p. 1.4.7 anges följande.

"Efterfrågat material ska vara certifierat enligt (SS-EN) och CE-märkning med tillhörande kontrollsystem. Kopior ska bifogas anbudet.

Materialet ska uppfylla följande krav:

- Bärager, krossat förstärkningslager och slitlager ska uppfylla kraven enligt Trafikverkets "Obundna lager för vägkonstruktioner", TDOK 2013:0530 version 3.0.
- Strid sand 0.2-2 mm ska uppfylla kraven DCJ.11 i AMA Anläggning 17.
- Formbar leksand ska uppfylla kraven enligt DCJ.2 i AMA Anläggning 17.

Option kan lämnas på alternativa material. Leverantören ska i anbud ange vilka grus- och bergtäkter som kommer att användas för uppdraget.

Leverantören ska på anmodan kunna uppvisa siktkurva för levererade material och även stå för eventuella provtagningskostnader."

Maskin & Mekan har i målet gjort gällande att GDL inte uppfyller certifieringskravet i upphandlingsdokumentets p. 1.4.7.

Kommunen och GDL har i målet inkommit med och åberopat certifikat avseende den av GDL kontrakterade underleverantören AB Nybrogrus - ett CE-certifikat och ett SS-EN-intyg. Inget annat har framkommit i målet än att GDL därmed uppfyller ställda krav på de material som kan CE-märkas. Att av GDL offererat material i övrigt inte skulle uppfylla kraven enligt aktuell punkt i upphandlingsdokumentet anser förvaltningsrätten inte visat.

Maskin & Mekan har vidare gjort gällande att GDL inte uppfyller krav avseende referensbrev som anges i upphandlingsdokumentets 1.3.3.

I upphandlingsdokumentets p. 1.3.3. anges följande.

Anbudsgivare ska kunna styrka goda kunskaper i uppdragsområdet. Leverantören ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna utföra uppdraget på ett fullgott sätt. Detta ska kunna styrkas med referensbrev med goda vitsord från minst två av nuvarande kunder.

Förvaltningsrätten konstaterar att Maskin & Mekan till sitt anbud bifogat referensbrev från NCC Sverige AB, underskrivet av platschef, samt från Svevia AB, underskrivet av produktionsledare. Förvaltningsrätten anser att Maskin & Mekan därigenom uppfyllt kravet i upphandlingsdokumentets p. 1.3.3.

Sammantaget anser förvaltningsrätten efter att ha tagit del av handlingarna i målet det inte visat att kommunen brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Maskin & Mekans ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Örnerheim
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.