



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Jenny Wood

DOM
2013 -04- 30
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
402-13
Domare 2:2

SÖKANDE

Forsberg & Tibell Kyl AB, 556318-4083
Box 6065
553 06 Jönköping

Ombud: Advokaten Lars Lindholm
NBW Advokatbyrå HB
Box 7704
103 95 Stockholm

MOTPART

Landstingsfastigheter, 232100-0057
Norra distriktet
Box 704
551 20 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Forsberg & Tibell Kyl AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstingsfastigheter genomför en upphandling av kylentreprenad med tillhörande styr och övervakning. Genom tilldelningsbeslut den 15 januari 2013 har annan leverantör än Forsberg & Tibell Kyl AB (Forsberg & Tibell) tilldelats kontrakt. Forsberg & Tibell har ansökt om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 98076

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår bl.a. följande. Huvudanbud ska avges helt i enlighet med förfrågningsunderlaget (AFB.311). Alternativa anbud och reservationer accepteras inte (AFB.312). Om anbudsgivaren nödgas att ändra i beskrivningar eller på ritningar föreskrivet utförande eller fabrikat till likvärdigt, avgör Landstingsfastigheter ensam likvärdigheten (AFC.21). Anbudsprövningen sker i tre steg, a-c. I steg a stadgas att granskning av anbud som har kommit in i tid och är kompletta sker. Annars beslutas om eventuell komplettering eller förtydligande och kompletteringar och förtydliganden ska vara skriftliga. Anbud som inte uppfyller ställda krav i steg a och b samt övriga krav i förfrågningsunderlaget kommer inte att gå vidare för utvärdering i efterföljande steg. Landstingsfastigheter kan komma att kontakta en eller flera anbudsgivare för förtydliganden av anbud (AFB.5). Landstingsfastigheter kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt (AFB.52).

Av förfrågningsunderlagets tekniska specifikation framgår bl.a. följande. Skåp disponeras, så att alla apparater är lättillgängliga för service och utbyte (SKB.51).

Landstingsfastigheter har förkastat Forsberg & Tibells anbud med bl.a. följande motivering:

Styrskåpets placering – ursprungligt anbud

Det ursprungliga anbudet från Forsberg & Tibell omöjliggör service på kylmaskinen utan att styrskåpet m.m. plockas ner, vilket i sin tur utgör ett brott mot upphandlingsförutsättningarna.

Styrskåpets placering – ändrat anbud

Forsberg & Tibells har i svar på fråga från Landstingsfastigheter ändrat det ursprungliga anbudet på så vis att höjden på styrskåpet ändrades väsentligt

för att möjliggöra service på offererad maskin. Den nu beskrivna ändringen betraktas som en otillåten ändring av anbudet.

CE-märkning

Den gällande CE-märkningen torde inte gälla när den sammansatta maskinen under sådana förhållanden har ändrats.

Kylmediekylarens storlek

Forsberg & Tibell har offererat en kylmediekylare som storleksmässigt är sådan att den avviker från förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. De fria ytorna runt maskinen uppfylls inte och det finns inte heller plats för det obligatoriska s.k. rygningsavståndet ur ett arbetsmiljöperspektiv. Föreskrifterna för offererad maskin föreskriver ett visst fritt avstånd runt maskinen, vilket med den befintliga ytan i föreskriven byggnad inte uppfylls.

YRKANDEN M.M.

Forsberg & Tibell yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av att anbudet från Forsberg & Tibell tagits upp för utvärdering. Som grund för yrkandet anförs bl.a. följande.

Förfrågningsunderlagets utformning

Ett förfrågningsunderlag får inte ges den faktiska innebörden att endast en lösning är möjlig, vilket torde innebära att det finns viss möjlighet till tekniska justeringar för att inte per automatik utesluta vissa fabrikat. Förfrågningsunderlaget har i praktiken utarbetats för en maskintyp, vilket är konkurrensbegränsande. Förutsatt servicebehov av bl.a. kondensorer anknyter till servicebehovet hos visst fabrikat. Forsberg & Tibells anbud innehåller annan tillverkares likvärdiga produkter som inte har ett motsvarande servicebehov. Ytorna som anvisats för bl.a. kylmediekylarna har även bestämts utifrån det tänkta fabrikatets mått. Ytan ifråga är en utomhusyta och

betongplattan hade mycket lätt kunnat utsträckas något (80 cm) för att passa även andra fabrikat.

Anbudet från Forsberg & Tibell uppfyller samtliga ska-krav som uppställt:

Styrskåpets placering – ursprungligt anbud

Det som här benämns service har Forsberg & Tibell tolkat som enkel åtkomlighet av tubpannekondensorer för rengöring av tubrör. Eftersom installationen avser ett slutet kylmedelsystem är servicebehovet på kondensorererna obefintligt. Forsberg & Tibells alternativ att höja styrskåpet är endast nödvändigt om Landstingsfastigheter har ett okänt skäl att enkelt komma åt kondensorererna. Skulle det under kylaggregatets livstid uppkomma behov av att komma åt kondensorererna kan detta ordnas även om styrskåpet har sin ordinarie lägre placering genom att demontera skåpet tillfälligt. Detta strider inte mot kraven i upphandlingsunderlaget.

Styrskåpets placering – ändrat anbud

Forsberg & Tibell har lämnat de uppgifter som efterfrågats. Styrskåp kan monteras högre för att öka åtkomligheten av kondensorgavlar, vilket dock inte är nödvändigt då kondensorererna i praktiken är underhållsfria. Bakgrunden till att Forsberg & Tibell förde detta på tal var för att tillmötesgå Landstingsfastigheters i sig tekniskt omotiverade önskemål. Ett sådant förslag till kundanpassning är inte en otillåten ändring av anbudet.

CE-märkning

Kylmaskinen kan erhållas från fabrik med apparatskåpet monterat på långsidan eller på kortsidan. Oavsett vilket utförande som väljs kommer maskinen färdigmonterad och färdigmärkt från fabriken.

Kylmediekylarens storlek

Kylmedelkylarna och kylaggregaten klarar kyleffekten och nödvändig serviceåtkomlighet enligt befintliga förutsättningar och ryggningsavståndet på 1,2 meter är godkänt. Om förkastandet i denna del grundas på de generella mått som framgår av installationsanvisningar etc. från respektive tillverkare ska här poängteras att en tillverkare i samband med ett specifikt projekt kan analysera aktuella förutsättningar och därefter godkänna avvikande mått på t.ex. fria ytor för luftcirkulation vid kylmediekylare. I detta projekt har tillverkare av kylmediekylare och kylmaskiner, enligt bilaga 8, bekräftat att de avstånd som krävs för funktionalitet kan garanteras på den yta som anbudsunderlaget förutsätter. Detta har skriftligen dokumenterats liksom erforderliga serviceytor runt kylaggregaten. Kylmedelkylarna som offererats ryms således inom de ytor som framgår av förfrågningsunderlaget. Ingen utbyggnad eller ändring av betongplattan eller kringbyggnad behövs. Aktuella dokument (bilaga 8) är daterade efter tilldelningsbeslutet eftersom det inte fanns något krav på att de skulle bifogas anbudet.

Sammanfattningsvis är de av Landstingsfastigheter uppgivna skälen att förkasta anbudet oriktiga.

Anbudet som lämnades av Forsberg & Tibell uppgick till 9 890 000 kr och anbudet som antogs uppgick till 10 520 000 kr. Tilldelningsbeslutet har inte skett på ett affärsmässigt sätt då Forsberg & Tibell har lämnat det lägsta anbudet. Landstingsfastigheter har brutit mot 1 kap. 9 § LOU då de inte iakttagit principerna om likabehandling och proportionalitet.

Landstingsfastigheter bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Förfrågningsunderlagets utformning

Förfrågningsunderlaget har inte utformats på ett sätt som innebär att det i praktiken endast finns en lösning. Landstingsfastigheter har inte föreskrivit eller uteslutit något fabrikat, och formuleringen "likvärdig" går igenom på flera ställen i förfrågningsunderlaget. Det finns dock ett antal yttre omständigheter, som tydligt beskrivs i förfrågningsunderlaget, som Landstingsfastigheter har att rätta sig efter. Som platsen ser ut är Landstingsfastigheter låst av omständigheter som svängradie för lossande transporter, ljudproblematik och att projektet ska överensstämma med lämnat bygglov. Det är utifrån dessa omständigheter som de fysiska förutsättningarna i förfrågningsunderlaget har styrts. Avseende Forsberg & Tibells påstående att förfrågningsunderlaget skulle vara anpassat till en maskintyp har Forsberg & Tibell fokuserat på maskinernas storlek och menar att det rör sig om en utomhusyta där betongplattan lätt hade kunnat utsträckas 80 cm. Att det endast rör sig om en betongplatta på marken är en grovt förenklad bild av verkligheten då det rör sig om en urschaktning till en nivå en bra bit under marknivå, stödmurar av betong och därpå ett kringgårdande plank med en höjd om 2,2 meter ovan mark. Det handlar således inte om att bara förlänga en betongplatta.

Forsberg & Tibells anbud har förkastats då det inte uppfyller ska-kraven som uppställts i förfrågningsunderlaget. Därtill har anbudet ändrats efter att anbudstiden har löpt ut, en ändring som enligt gällande regelverk inte får beaktas.

Styrskåpets placering – ursprungligt anbud

Material ska vara lättåtkomligt för betjäning, inspektion och underhåll.

Styrskåpets placering – ändrat anbud

Forsberg & Tibell har genom sitt förtydligande inte bara lämnat förtydliganden utan också ändrat sitt anbud genom att ändra placeringen av styr-

skåpet jämfört med anbudet, vilket måste betraktas som en otillåten ändring. Med den inställningen Forsberg & Tibell redovisar skulle Landstingsfastigheter tvingas tolka anbudet så att även andra möjligheter än vad Forsberg & Tibell faktiskt offererat skulle vara möjliga. Ett sådant agerande skulle inte stå i överrensstämmelse med likabehandlingsprincipen.

Kylmediekylarens storlek

Projektet inkluderar två kylmediegårdar. Forsberg & Tibells resonemang skulle innebära att båda utökas med 80 cm. Effekten av detta skulle bli att avståndet mellan dessa gårdar skulle minska med 160 cm, som förhållandena på platsen faktiskt ser ut. Forsberg & Tibell påstår nu att det offererade ryms inom de ytor som framgår av förfrågningsunderlaget, och hänvisar till dokument (bilaga 8) som upprättats efter tilldelningsbeslutet. Aktuella dokument var därför inte tillgängliga för Landstingsfastigheter när beslutet fattades. Detta faktum gör att intygen inte kan beaktas. Uppgiften i intygen stämmer inte heller med de uppgifter som Forsberg & Tibell tidigare har lämnat och som fanns med som underlag vid bedömningen av anbudet och därmed låg till grund för Landstingsfastigheters beslut. Landstingsfastigheter bestrider att det av anbudet framgår att utrustningen ryms inom de befintliga ytorna.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

skåpet jämfört med anbudet, vilket måste betraktas som en otillåten ändring. Med den inställningen Forsberg & Tibell redovisar skulle Landstingsfastigheter tvingas tolka anbudet så att även andra möjligheter än vad Forsberg & Tibell faktiskt offererat skulle vara möjliga. Ett sådant agerande skulle inte stå i överrensstämmelse med likabehandlingsprincipen.

Kylmediekylarens storlek

Projektet inkluderar två kylmediegårdar. Forsberg & Tibells resonemang skulle innebära att båda utökas med 80 cm. Effekten av detta skulle bli att avståndet mellan dessa gårdar skulle minska med 160 cm, som förhållandena på platsen faktiskt ser ut. Forsberg & Tibell påstår nu att det offererade ryms inom de ytor som framgår av förfrågningsunderlaget, och hänvisar till dokument (bilaga 8) som upprättats efter tilldelningsbeslutet. Aktuella dokument var därför inte tillgängliga för Landstingsfastigheter när beslutet fattades. Detta faktum gör att intygen inte kan beaktas. Uppgiften i intygen stämmer inte heller med de uppgifter som Forsberg & Tibell tidigare har lämnat och som fanns med som underlag vid bedömningen av anbudet och därmed låg till grund för Landstingsfastigheters beslut. Landstingsfastigheter bestrider att det av anbudet framgår att utrustningen ryms inom de befintliga ytorna.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

underlaget. Vidare anføres att det finns ett antal yttre omständigheter, som beskrivs i förfrågningsunderlaget, som Landstingsfastigheter har att rätta sig efter.

Upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för upphandlingen förutsatt att de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU inte träds för när. Inskränkningen avseende disponibla ytor och servicebehov går inte längre än vad som krävs för att uppnå syftet med upphandlingen. Forsberg & Tibell har inte visat att aktuella inskränkningar innebär att endast visst fabrikat är möjligt att offerera.

Styrskåpets placering – ursprungligt anbud

Av förfrågningsunderlaget framgår att skåp disponeras, så att alla apparater är lättillgängliga för service och utbyte. Såvitt framgår av handlingarna i målet har Forsberg & Tibell angett en viss placering av styrskåpet i sitt ursprungliga anbud som försvårar eventuell service. Även om aktuellt servicebehov skulle vara sällan förekommande, vilket Forsberg & Tibell gör gällande, är styrskåpets placering i det ursprungliga anbudet såvitt framkommer inte förenligt med aktuella upphandlingsföreskrifter.

Styrskåpets placering – ändrat anbud

Av förfrågningsunderlaget framgår att styrskåpets placering, ur service-synpunkt, är betydelsefullt vid anbudsprövningen. Ändringen av styrskåpets placering kan därför inte ses som ett förtydligande eller komplettering utan är att se som en ändring av anbudet. Sådan ändring kan inte beaktas av upphandlande myndighet, utan att det föreligger risk för särbehandling.

CE-märkning

Enligt Forsberg & Tibell kan kylmaskinen erhållas från fabrik med apparatskåpet monterat på långsidan eller på kortsidan. Oavsett vilket utförande som väljs kommer maskinen färdigmonterad och färdigmärkt från fabri-

ken. Aktuell uppgift har inte motsagts av Landstingsfastigheter och motsägs inte av vad som i övrigt framkommit. Uppgiften får därför läggas till grund för förvaltningsrättens bedömning. Mot bakgrund härav får även relevant ska-krav i denna del anses uppfyllt.

Kylmediekylarens storlek

Det är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget förutsatts att installationen skulle göras inom visst begränsat utrymme. Såvitt framkommit har uppgifterna i Forsberg & Tibells ursprungliga anbud gett anledning att betvivla att Forsberg & Tibells installation uppfyller aktuell förutsättning. Den av Forsberg & Tibell återopade bilaga 8 har ostridigt inkommit efter anbuds-tidens utgång och får anses innehålla nya uppgifter i förhållande till det ursprungliga anbudet. Då det inte rör sig om ett konkretiserande eller förtydligande av sedan tidigare lämnade uppgifter, kan det inte godtas som ett förtydligande eller komplettering. Därmed har Forsberg & Tibell inte uppfyllt aktuellt ska-krav. Således har Landstingsfastigheter haft grund för att förkasta anbudet på denna grund.

Sammanfattning

Forsberg & Tibell har inte förmått göra sannolikt att Landstingsfastigheter har brutit mot LOU på ett sådant sätt som medfört att Forsberg & Tibell lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Forsberg & Tibells ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Thorbjörn Lindvall