



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014 -11- 0 4 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

KLAGANDE

Jan-Ove Brink AB, 556587-8757

Ombud: Advokaterna John Gerhardsson och Björn Nilsson
Advokatfirman Acta i Halmstad HB
Hamngatan 11
302 43 Halmstad

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 8 september 2014 i mål nr 6952-14

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

KONKURRENS-
Dok.Id 302129 VERKET / UPPHANDLING / FÖR KAMMARRÄTTEN

Faint, illegible text in the top left corner, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

Faint, illegible text centered on the page, possibly bleed-through from the reverse side.

- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

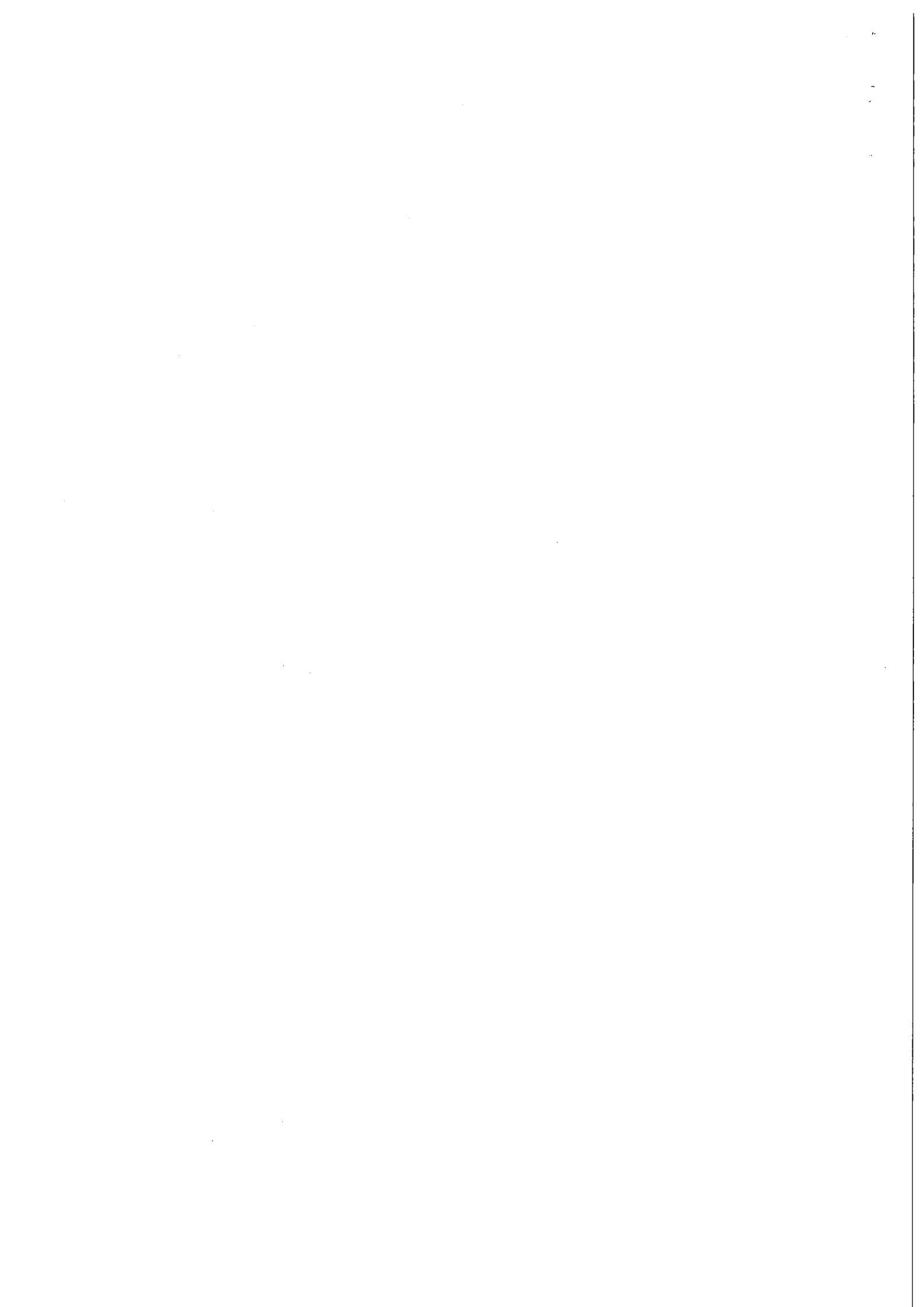
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).



Petter Classon



Birgitta Henriksson
referent





Ab 20

SÖKANDE

Dahls Maskincenter, 480707-4630
Havås gård
432 91 Varberg

MOTPARTER

1) Varbergs kommun
432 80 Varberg

2) Jan Ove Brink AB
Valinge Säm 2
43297 Rolfstorp

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att Varberg kommuns upphandling avseende vinterväghållning, dnr KS 2014/0088, inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom förnyad anbudsutvärdering avseende område 9, varvid anbudet från Jan Ove Brink AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övriga delar.

BAKGRUND

Varberg kommun upphandlar tjänster inom vinteryväghållning i kommunen för vintersäsongerna 2014/15, 2015/16, 2016/17 samt 2017/18, dnr KS 2014/0088. Upphandlingen avser 34 olika områden i kommunen och sammantaget inkom 16 anbud.

Genom tilldelningsbeslut daterat den 17 juni 2014 har, såvitt nu är ifråga, avtal tilldelats Jan Ove Brink AB (JOBAB) för område 9 och Svensk Markservice AB (SMAB) för område 12.

YRKANDEN M.M.

Dahls Maskincenter (bolaget) yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom en förnyad anbudsutvärdering avseende område 9 och 12 där de vinnande anbuden inte får beaktas. För område 12 ska inte heller anbudet från Markteknik Sverige AB (MSAB), som kom på andra plats i utvärderingen, beaktas.

Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. *Varbergs kommun (kommunen)* måste göra en prövning av den inskickade dokumentationen för att fastställa att anbuden verkligen uppfyller de skallkrav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Sådan prövning har inte skett i förevarande fall, utan kommunen har godkänt dokumentationen utan prövning. Detta strider mot principerna om transparens och förutsägbarhet då det av underlaget framgår att flera skallkrav inte har redovisats. De anbudsgivare, i detta fall JOBAB, SMAB och MSAB, som inte redovisar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget ska därför uteslutas från upphandlingen.

De vinnande anbuden uppfyller inte följande skallkrav. Enligt *punkt 41.3.6* i förfrågningsunderlaget ska drivmedel vara minimum MK1 Diesel. Det har dock inte redovisat vilken typ av diesel som JOBAB, SMAB eller MSAB avser att använda. JOBAB och SMAB har inte heller redovisats årsmodell, miljöklass eller registreringsnummer för tilltänkta fordon i enlighet med kraven i *punkterna 16.1.3 och 19.1.3*. JOBAB har inte heller redovisat detta för dess underleverantör. JOBAB har inte redovisat vilken typ av kurser eller utbildningar som förarna eller reservförare har (maskinutbildning och yrkesbevis) i enlighet med kravet i *punkt 41.3.5*. JOBAB har inte heller gett in en förteckning av meriter angående anbudets förfrågan gällande vinterväghållning. Det har endast redovisats för jordbruksdrift. Kravet i dessa delar enligt *punkt 16.1.3* är således inte uppfyllda. Maskintypens konstruktion som JOBAB respektive MSAB avser att använda kräver dubbla överfarter, vilket innebär en dubbel tidsåtgång och kostnader samt negativ miljöpåverkan. Kravspecifikationen för utförandet av tjänsten enligt *punkt 41.3.3* är därmed inte uppfyllt. För den kombismaskin som bolaget tillhandahåller i sitt anbud blir det endast en överfart, vilket ger det lägsta anbudet och samtidigt en betydligt lägre miljöpåverkan. Kommunen har även förbisett två steg i anbudsutredningen, där det framgår att bolagets maskinpart tillhandahåller maskiner som både plogar och sandar samtidigt på endast en överfart till samma pris som ett fordon. Detta kan liknas med ett ”tag två betala för en erbjudande”. Bolaget ligger närmast efter de vinnande anbuderna för områdena 9 och 12 och lider därför eller riskerar att lida skada om dessa anbud inte utesluts.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget innehåller inte något skallkrav avseende miljökrav på drivmedel. Miljökravet återfinns i avtalet och utgör därmed ett kontraktsvillkor som anbudsgivarna accepterat, vilket framgår av *punkten 2.7.1* i förfrågningsunderlaget.

JOBAB och SMAB har angett fordonstyp på två fordon och årsmodell på ett av två fordon, men inget registreringsnummer. Det finns möjlighet för anbudsgivare att uppge att de har för avsikt att införskaffa viss typ av fordon. Utifrån avsaknad av registreringsnummer på angivna fordon förklara att hela anbudet ska förkastas har uppfattats som oproportionerligt, framförallt i ljuset av att fordonsparken kan ändras i tiden fram till avtalets ikraftträdande och även i tiden därefter. Det borde vara tillräckligt att registreringsnummer ges in vid avtalsstart. Det finns inget krav på försäkran om att arbetet kommer att utföras med miljögodkända fordon. Kravet på fordonstyp, årsmodell och registreringsnummer är inte direkt överförbart till eventuella underentreprenörer, utan utgör ett kontraktsvillkor. Av anbudsgivaren angivna utbildningar har kommunen bedömt som relevanta och angivna referenser har bedömts som likvärdiga uppdrag. Kravspecifikationen i avtalet utgör inte ett skallkrav, utan ska betraktas som ett kontraktsvillkor.

Det kommer alltid att finnas punkter som kan tolkas på olika sätt i de förfrågningsunderlag som tas fram för upphandlingar. Det är givetvis den upphandlande myndighetens avsikt att alltid verka för tydlighet och transparens. Ett visst mått av oklarhet måste dock accepteras och det är ytterst domstolarna som har att avgöra denna acceptansnivå. I upphandlingen finns ett stort antal skallkrav som i varierande grad får anses vara av vikt för parterna. Ett krav på en uppgift som kan förändras under tid måste rimligen vägas mot konsekvensen av avsaknad av uppgiften. Det är kommunens uppfattning att avsaknaden av registreringsnummer på angivna fordon inte bör få en sådan definitiv konsekvens som uteslutning, utan att bristen måste vägas mot uppgiftens tyngd i upphandlingen. Utifrån de principer som ska bära upp en offentlig upphandling måste det utifrån affärsmässighet och proportionalitetsprincipen finnas en acceptans för att förfrågningsunderlagen inte alltid är optimala och fria från tveksamheter. Om det såsom i upphandlingen finns två av tre uppgifter som efterfrågats för att

ringa in en värderingsgrund måste detta anses utgöra en sådan liten brist som kan accepteras, särskilt om den saknade uppgiften är bärare av sådant ringa värde som är fallet med ett registreringsnummer på ett specifikt fordon. Det har inte efterfrågats sådan funktion som bolaget framhåller som lämplig. Utvärderingen har gjorts utifrån lägsta pris och priset ska anges per timme på så sätt som framgår av förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta 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 har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att varje leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget uppställs bl.a. följande skallkrav.

Punkt 2.7.1 – Accept, kontroll av acceptering av kontraktsvillkor.

För avtalets utförande ska avtals- och kommersiella villkor enligt avsnittet ”Kontraktsvillkor” gälla.

Punkt 3.4 – Anbudet ska innefatta minst två godkända referenter på liknande uppdrag. Värde och omfattning bör anges. Ange referenter som är relevanta för denna upphandling.

Punkt 16.1.3 samt *19.1.3* – Uppdraget ska genomföras enligt de krav som framgår i under punkt 41. Kontraktsvillkor tjänster i förfrågningsunderlaget. För att bevisa detta ska Anbudsgivaren redovisa nedanstående efterfrågade uppgifter för fordon, maskiner och material.

Anbudsgivaren ska redovisa följande uppgifter för fordon och maskiner som avses för delområdet:

- Hur många fordon/maskiner som avses för uppdraget
- Typ av fordon/maskin, registreringsnummer och årsmodell
- Vilka arbetsmoment fordonet/maskinen ska användas till
- Fordonets kapacitet vad gäller utrustning, bredd på plogblad, motorstyrka, flakvolym, drivning av hjul
- Drivmedel, bränsleförbrukning enligt lagstadgad körcykel och koldioxidutsläpp per km
- Fordonets tjänstevikt, längd, bredd och höjd
- Anbudsgivarens tillgång till reservfordon
- Offererade fordon får inte under vinterväghållningsperioden användas hos annan kund som kräver att inhyrda fordon ska ha jour för vinterväghållning

Anbudsgivaren ska redovisa följande uppgifter för personal som avses för delområdet:

- Vilken personal avser anbudsgivaren att använda?
- Vilka utbildningar (relevanta för denna tjänst) har personalen
- Vilken erfarenhet (i år) har personalen?
- Anbudsgivarens tillgång till reservförare

Om inte personal eller fordon är kända vid tiden för anbudets inlämnande ska typen av fordon samt kompetensprofil rörande personal redovisas. Beställaren kan komma att bedöma att offererade fordon inte är lämpliga för det här aktuella uppdraget.

Punkt 19.2.4.2. – Pris

Vid prövningen av anbudet kommer den anbudsgivare antas som offererar det lägsta sammanvägda timpriset enligt angiven beräkning. Alla priser ska inkludera alla kostnader såsom t.ex. arbetslöner, arbetsledning, resor, trakamenten, försäkringar, administration, drivmedel till maskiner, hjälpmedel, risk och vinst, skatt med mera.

I *punkt 41.3.5* anges bl.a. att entreprenörens personal ska ha erforderlig behörighet, kompetens och utbildning samt kunskap att sköta/köra sitt fordon/maskin så att tjänstens kvalitet garanteras. Förare ska inneha utbildning i Säkerhet på väg som numera heter Arbete på väg del 1 och 2, enligt IFS 2009:4. Lastbilsförare ska vara utbildade i sparsam körning. Maskinförare ska ha fullföljt en maskinförarutbildning och inneha yrkesbevis.

Punkt 41.3.6 – Miljökrav

Nedanstående specifika krav rörande miljö ska uppfyllas.

- För fordon gäller att samtliga fordon ska uppfylla minst kraven enligt Euro IV Miljöklass 200 alternativt Euro V.

- För maskiner gäller att samtliga fordon ska vara utrustade enligt Miljömotor steg 1. Nyanskaffning av fordon ska ske med utrustning enligt Miljömotor steg 3.
- Vid nyanskaffning av maskin/fordon/lastbil ska det vid köptillfället senaste Miljökrav gällande Euro miljöklassning och Miljömotorsteg gälla.
- Endast miljöklassade drivmedel ska användas. Dieselbränsle och bensin enligt miljöklass 1 eller motsvarande.
- Akrylatbensin typ Aspen 2t/Aspen 4 T eller likvärdig produkt ska användas för bensindrivna arbetsmaskiners och arbetsredskapsmotorer i de fall dessa inte är försedda med katalytisk rening.
- Vid arbeten ska hänsyn tas till omgivande verksamhet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Upphandlingen rör tjänster inom vinterväghållningen i 34 olika områden i kommunen för vintersäsongerna 2014/15, 2015/16, 2016/17 samt 2017/18. Bolaget gör gällande att såväl de vinnande anbuden i områdena 9 och 12 som anbudet som kom på andra plats i område 12 inte borde ha kvalificerat sig till anbudsutvärderingen, eftersom de inte uppfyller samtliga skallkrav i förfrågningsunderlaget.

Bolaget anför att JOBAB och SMAB inte har uppgett registreringsnummer och årsmodell i enlighet med skallkravet i punkten 16.1.3 respektive 19.1.3. Kommunen gör i denna del gällande att de JOBAB har angett årsmodell på ett av två fordon, men inget registreringsnummer, samt att

SMAB har angett årsmodell, men inte registreringsnummer. Kommunen menar att de ifrågavarande anbuden därmed inte uppfyller ifrågavarande skallkrav, men att kravet får anses vara av så liten betydelse att det framstår som oproportionerligt att utesluta anbuden på denna grund.

En av huvudprinciperna enligt LOU är dock att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skallkrav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Det finns inget utrymme för den upphandlande myndigheten att i efterhand att göra en värdering om vilka skallkrav som måste vara uppfyllda. En värdering över vilka uppgifter som måste anses nödvändiga ska i stället göras vid utformningen av förfrågningsunderlaget och uppgifter av mindre avgörande betydelse kan då med fördel utformas med termer som "önskvärt" eller "bör tillhandahållas". Det finns visserligen ett undantag från kravet men det gäller bara, såvitt är ifråga, om fordon inte är kända vid tiden för anbudets inlämnande. Om så är fallet ska i stället typen av fordon redovisas. Kommunen gör dock inte gällande att detta undantag är tillämpligt på något av anbuden från JOBAB eller SMAB och ingenting tyder på att så är fallet. Undantaget ska därför inte tillämpas. Det är heller inte tillräckligt att skallkravet uppfylls vid avtalsstart, som kommunen menar, eftersom förfrågningsunderlaget inte är att förstå på det sättet, utan det ska vara uppfyllt i inlämnade anbud. Eftersom anbuden från JOBAB och SMAB inte uppfyller skallkravet i förfrågningsunderlaget om registreringsnummer och, beträffande anbudet från JOBAB, årsmodell borde anbuden ha uteslutits från utvärderingen för områdena 9 och 12. Att kommunen låtit dessa anbud gå vidare till anbudsutvärderingen innebär att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen och därmed mot LOU. Något krav på att registreringsnummer eller årsmodell för underleverantör ska uppges återfinns emellertid inte i de av bolaget åberopade punkterna, varför det som bolaget uppger om underleverantörer inte innebär att kommu-

nen gjort något fel. Inte heller har bolaget visat att det har fog för sin invändning att SMAB inte skulle ha redovisat årsmodell, varför bolagets grund i denna del inte innebär att det är styrkt att kommunen förfarit felaktigt. Något krav på försäkran om att arbetet ska utföras med miljögodkända fordon återfinns inte i någon av punkterna 16.1.3 eller 19.1.3, varför bolagets invändning om brist i anbuden från JOBAB och SMAB saknar fog.

Vad gäller de övriga skullkrav som bolaget menar att JOBAB, SMAB och MSAB inte uppfyller, så tillhör punkterna 41.3.3, 41.3.5 och 41.3.6 kontraktsvillkoren. Det framgår av punkten 2.7.1. att kontraktsvillkoren måste accepteras av anbudsgivaren. Genom att acceptera de skullkrav som ställs upp i kontraktsvillkoren har anbudsgivarna lämnat tillräckliga uppgifter i denna del. Det finns i av bolaget åberopad punkt 41.3.6 inget krav på att anbudsgivaren ska redovisa vilken typ av diesel som anbudsgivaren kommer att använda. Bolagets invändning om felaktigheter i JOBAB:s, SMAB:s och MSAB:s anbud på denna grund saknar därför fog. Det saknas i 16.1.3 krav på att anbudsgivaren ska redovisa årsmodell, miljöklass eller registreringsnummer på underleverantörs tilltänkta fordon. Det har inte heller framkommit att JOBAB avser att anlita underleverantör. Bolagets invändning om nyss nämnda skullkrav beträffande anbudet från JOBAB innebär därför inte att bolaget styrkt att anbudet från JOBAB är felaktigt. Att JOBAB i anbudet inte har redovisat typ av kurser eller utbildningar som förarna och reservförarna har innebär inte någon felaktighet i anbudet utifrån av bolaget åberopad punkt 41.3.5, vari något sådant krav inte återfinns. Bolaget har inte styrkt sitt påstående att JOAB inte har lämnat meriter beträffande vinterväghållning och något krav på att meriter för vinterväghållning ska lämnas återfinns inte i den av bolaget åberopade punkten 16.1.3. Genom att anbudsgivaren på ett tydligt sätt i anbudet bekräftar att de ställda kraven i upphandlingen är uppfyllda kan den upphandlande myndighetens prövning av om anbuden uppfyller kvalificeringskraven underlättas. Ett sådant förfaringssätt i kvalificeringsfasen är allmänt vederta-

get och vilar på antagandet att anbudsgivare är seriösa och lämnar korrekta uppgifter. Det är alltid anbudsgivaren som har det yttersta ansvaret för att anbudet uppfyller de krav som uppställts i upphandlingen. Det saknas därmed grund att förkasta anbuden på denna grund.

Det som bolaget anför om de av JOAB och MSAB erbjudna maskintypers konstruktion i förhållande till den av bolaget erbjudna utgör inte grund för ett ingripande enligt LOU, eftersom de särskilda egenskaper som bolagets maskin har inte är något som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Det som bolaget uppger innebär därför inte att kommunen, genom att anta anbuden från JOAB eller MSAB, på denna grund brutit mot de av bolaget åberopade punkterna 41.3.3 eller 19.2.4.2.

De invändningar som bolaget framställer i övrigt mot upphandlingen innebär inte att kommunen har brutit mot LOU.

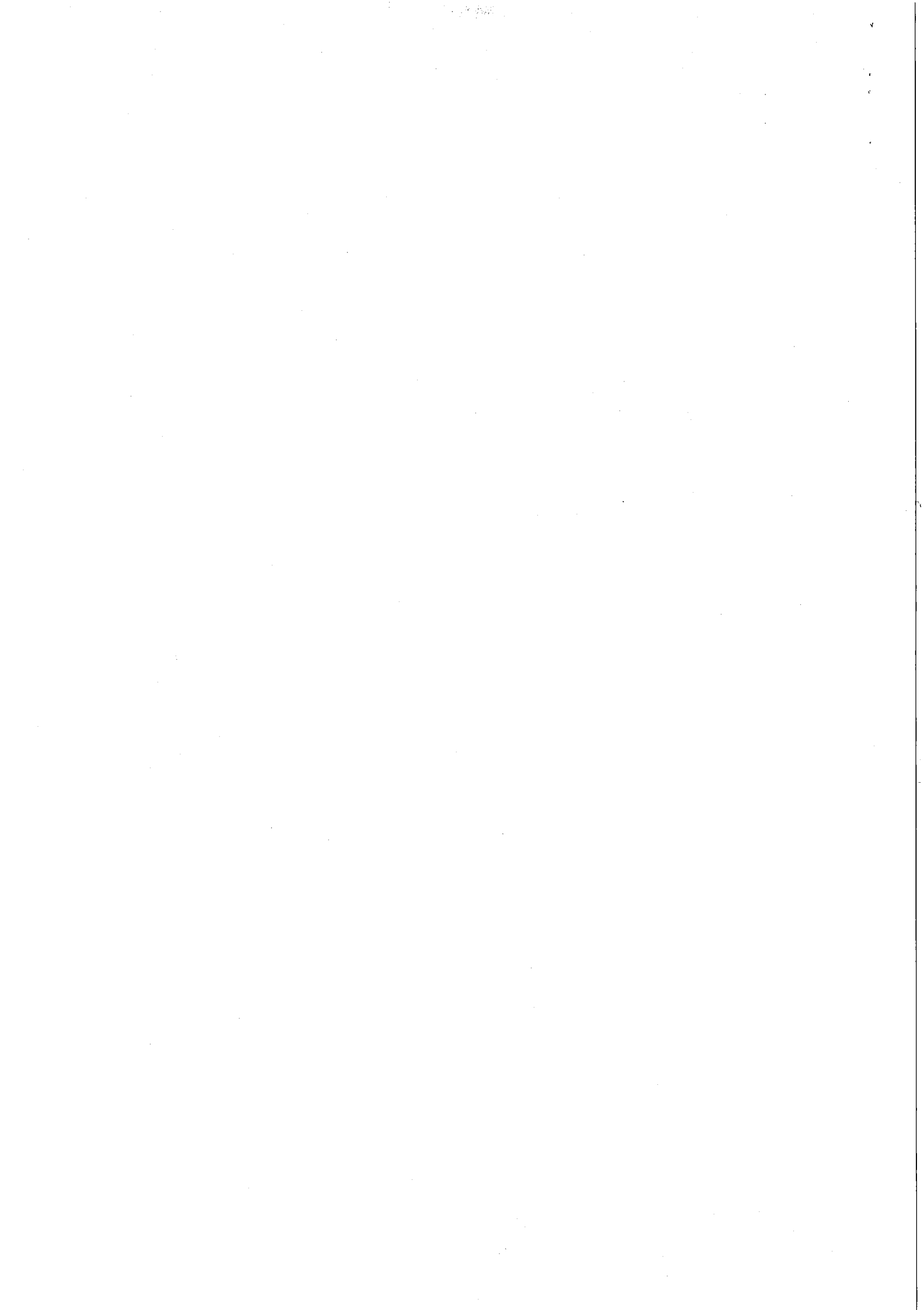
En förutsättning för att besluta om åtgärder enligt LOU är att överträdelsen har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. En utvärdering utförd i enlighet med det ovan sagda innebär att bolaget skulle hamna på första plats avseende område 9, men endast på andra plats avseende område 12. Bolaget har då lidit eller kan komma att lida skada beträffande endast område 9. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom förnyad anbudsutvärdering avseende område 9, varvid anbudet från JOAB inte ska beaktas. I övrigt ska ansökan avslås.

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


Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Gabriella Fossum.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Faint, illegible text in the top left corner, possibly a header or page number.