



KONKURRENSVERKET	
2016 -10- 26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Danfo AB, 556131-4260

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPARTER

1. Länsstyrelsen i Skåne län
Miljöavdelningen
205 15 Malmö

2. Björllins Fastigheter AB, 556812-3417
Tärngatan 5
681 52 Kristinehamn

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 23 mars 2016
i mål nr 11661-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Danfo AB yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens avgörande avslår Björllins Fastigheter AB:s ansökan om överprövning.

I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Danfo anför följande.

Att den upphandlande myndigheten angett i förfrågningsunderlaget att frågor besvaras i TendSign är inte mer än en uppgift om att det är där den önskar att kommunikationen ska ske, till undvikande av att motstridiga uppgifter lämnas. Det är inte en uppgift som medför att information lämnad av myndigheten själv på annat sätt kan eller ska bortses från.

En anbudsgivare som får information från den upphandlande myndigheten som ändrar eller justerar tidigare information, måste självfallet kunna lita på att den nya informationen gäller och kunna rätta sig efter den. Den upphandlande myndigheten har då haft att agera för likabehandling av anbudsgivare på sätt det gjort. Om länsstyrelsen inte hade rätt att göra det måste upphandlingen i stället göras om.

Inte heller Björlins Fastigheter AB har angett några namngivna personer eller ombud avseende sina underentreprenörer. Genom att länsstyrelsen senare helt frånfallit det aktuella ska-kravet har även Björlins Fastigheter AB gynnats, då det bolagets anbud i annat fall skulle ha diskvalificerats. Likabehandlingsprincipen har därmed uppfyllts.

Länsstyrelsen i Skåne län anser att överklagandet ska bifallas.

Björlins Fastigheter AB anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det är ostridigt att Danfo AB:s anbud inte uppfyller samtliga de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, med förtydliganden som lämnats

till samtliga leverantörer i Frågor och svar hos TendSign. Som förvaltningsrätten konstaterat har Danfos anbud då rätteligen bort förkastas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37).

Vad gäller invändningarna mot Björlins Fastigheter AB:s anbud gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

Danfo har i sitt anbud utelämnat efterfrågade uppgifter om underentreprenörer, dvs. Danfo har brustit i uppfyllnaden av ett ska-krav. Bristen avser därmed inte det konkurrenssökande stadiet, utan utvärderingsfasen. Det saknas därför skäl att göra någon annan bedömning av formen för ingripande än den förvaltningsrätten gjort.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Ewa Hagard Linander



Roger Petersson



Silja Klint

referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-03-23
Meddelad i
Malmö

Mål nr
11661-15

1

Bilaga A

SÖKANDE

Björllins Fastigheter AB, 556812-3417
Karlstadsvägen 41
681 37 Kristinehamn

MOTPARTER

1. Länsstyrelsen i Skåne län
Miljöavdelningen
205 15 Malmö

2. Danfo AB, 556131-4260

Ombud: advokaten Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Länsstyrelsen i Skåne läns upphandling avseende nybyggnation av toalettbyggnader för placering inom skyddade områden i Skåne inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från Danfo AB inte får beaktas.

Dok.Id 301581

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: kansli1.fma@dom.se

www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Skåne län (länsstyrelsen) genomför en upphandling av ramavtal avseende nybyggnation av toalettbyggnader för placering inom skyddade områden i Skåne. Upphandlingen genomförs som förenklad upphandling enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Danfo AB (Danfo) tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Björllins Fastigheter AB (Björllins) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att nytt tilldelningsbeslut fattas där Danfos anbud inte ska beaktas vid utvärdering. Björllins anför i huvudsak följande.

Underentreprenörer

I punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget och punkten AFD.35 i de administrativa föreskrifterna anges att för det fall underentreprenörer ska anlitas ska dessa anges i anbudet med företagets namn, organisationsnummer, adress och telefonnummer. På sida 3 i Danfos anbud framgår att bolaget avser att anlita en underentreprenör men denna är inte presenterad med varken namn eller andra uppgifter. Detta är således ett avsteg från det ska-krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Utformning och material

I punkten 2.1 i förfrågningsunderlaget anges att uppdraget ska byggas i enlighet med bl.a. rambeskrivning och ritningar. På sida 4 i rambeskrivningen framgår klart och tydligt att de efterfrågade toaletterna ska utföras oisolerade samt vilka materialkrav som uppställts. På sidorna 6-7 i Danfos anbud framgår att bolaget presenterat en isolerad byggnad där dessutom flera avsteg gjorts från val av material och utförande. Av punkten AFD.21 i de ad-

ministrativa föreskrifterna framgår att utbyte av material först får göras efter att kontrakt tecknats. Någon fråga om utbyte av material innan anbudstidens utgång har inte ställts eller presenterats av den upphandlande myndigheten. Danfos anbud strider således även i detta avseende mot angivna ska-krav.

Danfos anbud ska mot denna bakgrund diskvalificeras. Björlins lider skada om anbudsgivare som borde diskvalificerats tilldelats kontraktet trots att Björlins borde tilldelats kontraktet.

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Underentreprenörer

Fredrik Ståhlberg, som angivits som länsstyrelsens referens i förfrågningsunderlaget, har den 30 september 2105 blivit kontaktad av Rickard Szymczak från Danfo. Han har via mejl uppmanat Fredrik Ståhlberg att ringa honom vilket han gjort samma dag. Detta framgår av ingiven utskrift av mejl samt samtalslogg. Fredrik Ståhlberg har emellertid missmint sig vad gäller innehållet i förfrågningsunderlaget och informerat Rickard Szymczak om att det räcker att bolaget anger *att* de kommer anlita underentreprenörer och att uppgift om *vem* som kommer att anlitas kan anges inför ett eventuellt avtalstecknande. I tron om att detta var i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget såg Fredrik Ståhlberg ingen anledning att publicera frågan och svaret på den webbplats som i förfrågningsunderlaget angivits som det enda platsen för att ställa frågor.

Denna misskommunikation upptäcktes först vid anbudsöppningen då länsstyrelsen upptäckte att Danfo i enlighet med anvisningarna som angivits via telefon, inte angivit vare sig underentreprenörens namn eller andra kontaktuppgifter. De muntliga uppgifterna som lämnats har varit motstridiga i förhållande till förfrågningsunderlaget och de ändrade anvisningarna har inte kommunicerats med samtliga leverantörer. Trots detta har länsstyrelsen

gjort bedömningen att situationen inte motiverat ett avbrytande av upphandlingen. Istället har länsstyrelsen bedömt att det bästa sättet att följa de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU varit att utvärdera samtliga anbud såsom att de fått del av de muntliga anvisningarna. På så vis har anbudsgivarna bedömts lika och ingen har missgynnats.

Länsstyrelsen har även beaktat att det inte vore förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta Danfo på grund av att bolaget inte uppfyllt alla ska-krav på grund av att de utformat sitt anbud efter de muntliga anvisningar de fått. Det vore visserligen inte heller förenligt med lika-behandlings- eller proportionalitetsprincipen att utesluta övriga anbud på grund av brister avseende angivande av underentreprenörer. Björlins anbud har således inte missgynnats av länsstyrelsens ställningstagande och Björlins har därför inte lidit någon skada.

Vidare ska framhållas att kravet i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget om att namnge personal som planeras delta i arbetet gäller även underentreprenörer. Detta framgår även implicit av punkten 2.10 i förfrågningsunderlaget. Således uppfyller varken Danfo eller Björlins detta ska-krav. Länsstyrelsen har dock valt att bortse från ska-kravet i punkten 4.3 för att alla anbudsgivare ska behandlas lika och inte missgynnas av länsstyrelsens misskommunikation. Om länsstyrelsen inte valt att bortse från ska-kravet i punkten 4.3 skulle både Danfos och Björlins anbud förkastats.

För det fall att förvaltningsrätten finner att Danfo ska uteslutas på denna grund anser länsstyrelsen att upphandlingen ska rättas på så vis att även Björlins anbud ska uteslutas då de inte heller uppfyller samtliga ska-krav.

Utformning och material

På sidan 4 i rambeskrivningen framgår specifikationer avseende byggnationerna, där bl.a. ytterväggar anges som oisolerade. Vidare framgår av

punkten 2 i rambeskrivningen att entreprenören vid val av material samt utförande och utformning ska ta hänsyn till att dessa ska ge låga underhållskostnader samt ha en lång livslängd. Angivna material får bytas ut till likvärdigt eller bättre om länsstyrelsen accepterar detta.

Det är riktigt att Danfo gjort vissa avsteg från vad som angivits i rambeskrivningen. I första hand görs dock gällande att de av Danfo angivna materialen är likvärdiga eller bättre och att länsstyrelsen därför inför ett avtalstecknande har möjlighet att godkänna att dessa byts ut. Detta står inte i strid med vad som framgår av de administrativa föreskrifterna om utbyte av material efter att avtal tecknats.

I andra hand görs gällande att länsstyrelsen har möjlighet att begära att Danfo, till samma pris som Danfo angivit i anbudet, ska utföra uppdraget exakt i enlighet med rambeskrivningen. Detta eftersom det framgår av punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska uppfylla samtliga krav i förfrågningsunderlaget, de administrativa föreskrifterna och rambeskrivningen. Av i förfrågningsunderlaget framgår även i vilken ordning dokumenten ska gälla för det fall motstridiga uppgifter förekommer dem emellan.

Av undertecknad sanningsförsäkran i Danfos anbud framgår att bolaget försäkrar att tjänsten kommer utföras i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget med bilagor. Vidare har Danfo genom mejl den 26 oktober 2015 bekräftat att bolaget kan bygga exakt enligt förfrågningsunderlaget med bilagor. Således har en korrekt utvärdering gjorts av de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget.

Björllins invänder bl.a. följande.

Underentreprenörer

Av åberopad utskrift av mejl den 30 september 2015 framgår inte på något sätt att kontakten handlat om den aktuella upphandlingen. Vidare framgår inte heller av åberopad samtalslista vem som ringt telefonnumret till Danfos representant. Vad som ska ha sagts vid samtalet den 30 september 2015 och vem som ska ha pratat med varandra är inte klarlagt endast genom länsstyrelsens redogörelse. Uppgiften ska därför inte påverka bedömningen. Av förfrågningsunderlaget framgår även att alla ställda frågor och svar ska redovisas via i förfrågningsunderlaget angiven hemsida enligt principen om likabehandling.

Uppgiften om att Björlins inte namngivit personal på deras i anbudet angivna underentreprenörer bestrids. Till anbudet har Björlins bifogats underentreprenörens företagspresentation och där kan klart utläsas att Per Jönsson är dessa bolags koncernchef. Således har Björlins uppfyllt ställda ska-krav.

Utformning och material

Den upphandlande myndigheten framställer själv att de gjort avsteg från sina uppställda ska-krav. Detta bör jämföras med att två av fyra anbud under utvärderingen förkastats då de inte bedömts uppfylla samtliga ska-krav.

Därutöver har länsstyrelsen vidare åsidosatt sina egna ställda miljökrav. Av punkten AFD.223 i de administrativa föreskrifterna framgår att alla produkter så långt som möjligt ska vara bästa miljöval och inga varor som innehåller miljö- eller hälsostörande kemikalier får användas om inget annat framgår av teknisk beskrivning. I Danfos anbud framgår att de avser använda stora mängder av polyuretan för isolering. Vid tillverkning och förbränning av polyuretan frigörs hälsofarliga isocyanater. Därmed frångår länsstyrelsen ytterligare sina uppställda krav.

Danfo bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Underentreprenörer

Det är korrekt att Danfo fått besked från länsstyrelsen att det var tillräckligt att ange att underentreprenörer skulle användas. Danfo har självfallet baserat sitt anbud på detta besked. Samtalet mellan Fredrik Ståhlberg och Rickard Szymczak är korrekt återgivet av länsstyrelsen. Kontakten med länsstyrelsen togs eftersom Danfo har avtal med flera byggentreprenadfirmor. Då upphandlingen avser ett ramavtal är således platserna för toaletterna inte klara och vid anbudsgivningen fanns därför flera olika alternativ för vilka underentreprenörer som kunde användas. Ingen anbudsgivare ska behöva riskera diskvalificering på grund av motstridiga uppgifter från den upphandlande myndigheten. Det har inte varit aktuellt att avbryta den aktuella upphandlingen.

Den mindre justering av förfrågningsunderlaget som har skett har inte inneburit att annan anbudsgivare lidit skada. Vidare har länsstyrelsen tillämpat ändringen på ett likabehandlande sätt. Om det uttryckliga ska-kravet skulle tillämpats skulle inget giltigt anbud lämnats eftersom Björlins inte heller uppfyller det uppställda ska-kravet.

Utformning och material

Danfös anbud omfattar bättre lösningar, men uppfyller fortfarande samtliga krav. Det är även korrekt att exakt de ställda kraven kan levereras till anbudspriset i enlighet med anbud och förfrågningsunderlag. Länsstyrelsen kan således avstå från de extra tillägg som Danfo angivit.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står i princip en upphandlande myndighet fritt att uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. I förevarande upphandling är förfrågningsunderlaget utformat på sådant sätt att länsstyrelsen väljer det anbud som har lägst sammanlagda pris under förutsättning att anbudsgivaren uppfyller samtliga s.k. ska-krav.

Björnlins har bl.a. gjort gällande att Danfos anbud rätteligen skulle ha förkastats då bolaget inte uppfyllt ska-kravet avseende att namnge underentreprenörer. Att Danfo inte angett namn eller kontaktuppgifter till den underentreprenör de i anbudet uppgett att de avser att anlita vitsordas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen har dock anfört att detta berott på att myndigheten lämnat muntliga anvisningar till Danfo per telefon som i sig är motstridiga i förhållande till förfrågningsunderlaget. Då dessa muntliga uppgifter inte kommunicerats med alla leverantörer har länsstyrelsen därför valt att

utvärdera samtliga anbud såsom att de fått del av de muntliga anvisningarna för att på bästa sätt följa likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Av punkten 2.9 i det aktuella förfrågningsunderlaget framgår det klart att för det fall anbudsgivaren har för avsikt att anlita underentreprenörer ska dessa anges med företagets namn, organisationsnummer, adress, telefon och e-postadress. För underentreprenörer gäller samma kravspecifikation som för anbudsgivare.

Som framgår ovan är det ostridigt i målet att Danfo inte uppfyller det ska-kravet som skriftligen framgår av punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget. Frågan är då om länsstyrelsen muntligen kunnat ändra kravet genom den uppgivna telefonkontakten med Danfo.

En upphandlande myndighet får i regel göra mindre kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En förutsättning är då att den upphandlande myndigheten ser till att lika information lämnas till alla leverantörer. Detta för att alla leverantörer ska behandlas lika. Så har inte skett i den aktuella upphandlingen då de muntliga anvisningarna avseende underentreprenörer enbart lämnats till Danfo. För att en eventuell komplettering alternativt förtydligande av det aktuella kravet skulle vara möjlig hade krävts att informationen gjordes känd för alla leverantörer genom exempelvis ett publikt meddelande.

Enligt rättens bedömning har länsstyrelsen således inte muntligen kunnat ändra det aktuella ska-kravet på sätt som gjorts och har genom sitt agerande brutit mot principen om likabehandling. Länsstyrelsen kan inte heller anses ha handlat i enlighet med LOU då myndigheten efter anbudsöppningen valt

att helt bortse från det centrala ska-kravet avseende underentreprenörer.

Björllins har vidare anfört att Danfos anbud inte uppfyller uppställda ska-krav avseende utformning och material. Vad Björllins anfört i denna del kan, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte läggas till grund för ingripande enligt LOU.

Länsstyrelsen har å sin sida invänt att inte heller Björllins uppfyller ska-kravet avseende underentreprenörer eftersom bolaget inte namngett vilken personal hos underentreprenörerna som planeras delta i arbetet. Rätter finner inledningsvis att styrelsens invändning kan beaktas inom ramen för förevarande överprövningsprocess. Som angetts ovan gäller enligt förfrågningsunderlaget samma kravspecifikation för underentreprenörer som för anbudsgivare. I punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget anges några av de krav på uppgifter som gäller för anbudsgivare, bl.a. ska uppgift om antalet anställda i företaget och uppgift om företaget/aktören och den personal som planeras delta i arbetet finnas med. Förvaltningsrätten anser inte att det av förfrågningsunderlaget går att utläsa ett krav på att all personal som planeras delta i arbetet ska namnges. Snarare får kravet i förfrågningsunderlaget avse att anbudsgivaren ska kunna presentera vilken personal underentreprenören disponerar, exempelvis kategorivis. Således finner förvaltningsrätten inget fog för invändningen att Björllins inte uppfyller ska-kravet avseende underentreprenörer.

Utifrån det ovan anförda finner förvaltningsrätten sammanfattningsvis att länsstyrelsen, genom att anta Danfos anbud trots att detta inte uppfyllde ett tydligt ställt ska-krav avseende underentreprenörer, har agerat i strid med LOU. Björllins vars anbud har placerat sig på andra plats i utvärderingen har till följd härav lidit skada. Även med beaktande av det som motparterna anfört bedömer rätten att det inte kan anses oproportionerligt att utesluta Danfos anbud på den grunden att bolaget inte uppfyllt det ställda ska-kravet.

Det finns därför grund för att ingripa i upphandlingen. Upphandlingen bör då rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras i vilken länsstyrelsen inte ska beakta anbudet från Danfo. Ansökan om överprövning ska bifallas i enlighet med detta.

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

Anders Mattsson

Sofia Stenström har föredragit målet.

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.