



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-01-14
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12004 --12011-15

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2016 -01- 14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Rantzows Sport AB, 556184-1395
Fritiofs Väg 1
266 75 Hjärnarp

MOTPARTER

- | | |
|--------------------|----------|
| 1. Lunds kommun | 12004-15 |
| 2. Eslövs kommun | 12005-15 |
| 3. Hörby kommun | 12006-15 |
| 4. Höörs kommun | 12007-15 |
| 5. Kävlinge kommun | 12008-15 |
| 6. Svalövs kommun | 12009-15 |
| 7. Lomma kommun | 12010-15 |
| 8. Svedala kommun | 12011-15 |

Ombud: Upphandlingsjurist Delia Ander
Box 41
221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Lunds kommuns, Eslövs kommuns, Hörby kommuns, Höörs kommuns, Kävlinge kommuns, Svalövs kommuns, Lomma kommuns och Svedala kommuns upphandling av gymnastik- och idrottsutrustning ska göras om.

Dok.Id 293486

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

Lunds kommun, Eslövs kommun, Hörby kommun, Höörs kommun, Kävlinge kommun, Svalövs kommun, Lomma kommun och Svedala kommun (Kommunerna) genomför med ett öppet förfarande en samordnad upphandling av gymnastik- och idrottsutrustning. Enligt tilldelningsbesked den 4 november 2015 har Tressport och Lek AB (Tress) tilldelats kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Rantzow Sport AB

Rantzow Sport AB (Rantzow) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att anbudet från Tress anbud förkastas och Rantzow tilldelats aktuellt upphandlingskontrakt. I andra hand yrkar Rantzow att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Rantzow bl.a. följande.

Upphandlingen omfattar två delar, dels 50 produkter (en produkt utgår enligt Frågor och svar) som ska offereras som utrustning till idrottshallen Slättängshallen, dels ca 360 produkter som ska ingå i ramavtal med respektive upphandlande kommun. Dessa delar utvärderas gemensamt i upphandlingen.

Under punkten 3.2.10 i förfrågningsunderlaget har Kommunerna med varierande grad av tydlighet specificerat de produkter som ska offereras till Slättängshallen och under punkten 3.2.12 de produkter som ska ingå ramavtals-sortimentet. Av produkterna avseende Slättängshallen har de sista nio produkterna i förteckningen specificerats genom hänvisning till artikelnummer. Kommunerna har under punkten 3.2.10 angett att alla produktnummer i un-

derlaget refererar till produkter från Rantzows samt att likvärdiga produkter, kvalitet och funktion, kan offereras. I upphandlingen har det kommit in ett antal frågor kring produkterna. Av svaren framgår att Kommunerna förtydligt och specificerat kraven på ett antal produkter gällande exempelvis mått. Tress anbud följer vad gäller flera produkter inte vad som av Kommunerna specificerats gällande krav på produkterna under punkten 3.2.10. Inte heller har Tress i enlighet med vad som anges i 3.2.11 bifogat produktblad eller på annat sätt styrkt likvärdighet med vad som specificeras under 3.2.10.

Tress har offererat 15 meter måttband istället för efterfrågade 10 meter och 30 meter långt måttband istället för efterfrågade 20 meter. Av rättspraxis framgår att exakt angivna mått är att betrakta som skall-krav samt att i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav ska upprätthållas av den upphandlande myndigheten.

Den gymnastikmatta som Tress har offererat har inte några kardborreband på sidorna, vilket den efterfrågade från Rantzows har (artikelnr 303240). Kardborrebanden har man för att koppla samman flera mattor till en större matta/yta. Detta är en avvikelse gällande funktion. Kommunerna har efterfrågat en plint med hänvisning till Rantzows artikelnr 302005. Tress offererade plint saknar hål på sidorna och gavlarna som är till för att man ska kunna placera gymnastikbänkar för exempelvis banbyggnad. Detta är en avvikelse gällande funktion. Det är också oklart om plinten är 6-delad. Kommunerna har vidare efterfrågat en plint med hänvisning till Rantzows artikelnr 302006. Tress offererade plint har endast 5 delar istället för 6 som den efterfrågade har. Dynan är klädd med konstläder och inte oxläder vilket Rantzows plint är. Tress plint saknar även hål på sidorna och gavlarna som är till för att man ska kunna placera gymnastikbänkar för exempelvis banbyggnad vilket är en avvikelse gällande funktion. Med hänvisning till rättspraxis och 6 kap. 4 § LOU kan Kommunernas hänvisning till Rantzows ar-

tikelnummer för ett antal produkter inte tolkas på annat sätt än att Kommunerna inte förmått att beskriva de efterfrågade produkterna tillräckligt tydligt utan att hänvisa till de aktuella produkterna och de egenskaper dessa har avseende t.ex. kvalitet, utformning och funktion. Kommunerna kan vid bedömningen av likvärdigheten med angivna referensprodukter inte bortse från de egenskaper dessa har. Genom att hänvisa till produkterna har man ställt krav på dess egenskaper. Om egenskaperna saknade betydelse kunde Kommunerna enkelt ha skrivit plint eller matta, utan hänvisning till referensprodukter.

Tress anbud har utvärderats trots att det inte uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndigheter har därmed brutit mot 1 kap. 9 § LOU gällande likabehandling och transparens. Rantzows har lidit skada till följd av detta då bolaget därmed inte tilldelats kontrakt i upphandlingen. Enda sättet att läka denna brist är att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska göras utan beaktande av Tress anbud.

För det fall förvaltningsrätten inte finner att en rättelse ska göras ska förvaltningsrätten förordna att upphandlingen ska göras om. Detta då förutsättningar för anbudsgivarna att bedöma likvärdigheten för alternativa produkter inte framgår klart av förfrågningsunderlaget. Upphandlingen brister därmed i transparens, en av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Rantzows har lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada, till följd av detta eftersom Rantzows inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud eftersom det inte klart framgått vilka avvikelser från angivna produktkrav som ska anses vara likvärdigt med ställda produktkrav.

Även Kommunernas utvärderingsmodell strider mot LOU. Kommunernas utvärderingsmodell för del 2 bygger på en rabattsats som anbudsgivarna ska lämna på en historisk inköpsvolym, som saknar koppling till priset på de efterfrågade produkterna. Det kan därför ifrågasättas om Tress anbud verk-

ligen är det anbud som har lägsta pris. För det fall både Tress och Rantzows anbud kvarstår i upphandlingen har Rantzow lidit eller i alla fall riskerat att lida skada till följd av Kommunernas valda utvärderingsmodell. Förvaltningsrätten har då att förordna om att upphandlingen ska göras om då felet hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet.

Kommunerna

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

Rantzows gör i första hand gällande att rättelse ska genom att anbudet från Tress ska förkastas. I förfrågningsunderlagets punkt 3.2.2 anges att produkt-specifikationen bygger på befintlig utrustning av idrottshallen i Lomma kommun och att angivna produkter ska anses vara en kvalitetsangivelse. I enlighet med upphandlingsreglerna i LOU ska anbudsgivare kunna offerera likvärdiga produkter. Den upphandlande myndigheten ska bedöma om offererade produkter anses vara likvärdiga produkter och om dessa kan godtas. Kommunerna har förtydligat och preciserat kraven på ett antal produkter under anbudstiden genom Frågor och Svar. Utvärderingsgruppen har bedömt Tress anbud vad gäller produktkraven på totalt ca 300 produkter. Rantzows gör gällande att 5 st produkter inte uppfyller ställda produktkrav. Tress har på två positioner offererat måttband som är längre än vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsgruppen anser att produkterna är likvärdiga. Det förefaller orimligt att förkasta ett anbud på den grunden. Rantzows påpekar att gymnastikmatta som Tress offererar på viss position inte har kardborrband på sidorna, vilket Rantzows produkt har. Om krav på kardborreband hade varit av betydelse så hade detta framgått av förfrågningsunderlaget. Att kunna koppla samman gymnastikmattor är inte nödvändigt och inte något som Kommunerna frågat efter överhuvudtaget. Även de plintar som Tress offererat på nu aktuella positioner bedöms likvärdiga. Det har inte ställts krav på att efterfrågade plintar ska ha hål på si-

dorna respektive vara sexdelad med dyna klädd i oxläder eftersom detta inte har ansetts vara nödvändigt. Anbudsgivarna har full frihet att välja likvärdiga produkter och att ställa frågor under anbudstid för att kunna lämna rätt produkt som uppfyller funktionskraven i förfrågningsunderlaget och som skapar ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunerna finner inte anledning att förkasta anbudet med hänvisning till vad som anförts angående plintarna.

De krav och kriterier som en upphandlande myndighet ställer i en upphandling får inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå själva syftet med upphandlingen. Detta innebär att åtgärden ska vara lämplig, effektiv och nödvändig för att uppnå syftet samt att den negativa effekt inte på intresset eller rättigheten som åtgärden inskränker ska vara proportionerlig till det eftersträvade syftet. Syftet med produktbeskrivningen beträffande ca 300 artiklar är att anbudsgivarna ska kunna bilda sig en klar uppfattning om vad som efterfrågas i upphandlingen. Att ge fem produkter som tas upp av Rantzows sådan avgörande betydelse att ett helt anbud diskvalificeras från vidare utvärdering eftersom dessa inte anses uppfylla parametrar som Kommunerna inte ens har krävt, specificerat eller på annat sätt har förtydligat under anbudstid, skulle strida mot proportionalitetsprincipen för god upphandling.

Rantzows gör i andra hand gällande att upphandlingen ska göras om på grund av att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt transparent och att utvärderingsmodellen är lagstridig. Rantzows uppfattning är att premisserna för bedömning av vad som anses vara likvärdiga produkter, kvalitet och funktion inte har varit tillräckligt preciserade i förfrågningsunderlaget. Kraven framgick av förfrågningsunderlaget med all önskvärd tydlighet. En leverantörs underlåtenhet att ställa frågor eller begära förtydliganden skapar en presumtion för att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt formulerat. I vart fall är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt för att den anbudsgivare som är "rimligt informerad och normalt omsorgsfull" (jfr C-538/13 eVilgio, pt 55). Det borde kunna förväntas att en sådan anbudsgivare

inte ger in ett anbud på ett underlag som den anser oklart. En rimligt informerad och normalt ansvarsfull anbudsgivare tar istället chansen att ställa frågor eller påpeka brister på ett tidigt stadium, innan anbudet lämnats in. Kommunerna vill anmärka att Rantzows även har haft möjlighet att uppmärksamma utvärderingsmodellens "lagstridighet" redan under anbudstid. En upphandlande myndighet har i en upphandling stor frihet att när det gäller val och utformning av utvärderingsmodell. Den omständighet som Rantzows tar upp, att utvärderingsmodellen är baserad på Kommunernas tidigare inköpsvolymmer, tillämpas i de flesta upphandlingar där utvärderingsmetoden är "lägsta pris" och uppfyller kraven i LOU och de bakomliggande EU-rättsliga principerna. Kommunernas tidigare inköp har tydligt redovisats för alla anbudsgivare i förfrågningsunderlaget och får ligga till grund för utvärderingen.

Rantzows ska visa att bolaget lider skada eller kan komma att lida skada av den eller de brister som har påtalats. Rantzow har inte lämnat anbudet med det lägsta priset. Rantzows har inte förmått visa att de påstådda bristerna har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN 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.

Enligt 6 kap 4 § första stycket LOU får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter får dock, enligt andra stycket, förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis kan konstateras att förvaltningsrätten vid en överprövning av en upphandling inte är bunden av sökandens yrkande utan har att bedöma om de omständigheter som sökanden åberopar föranleder ett ingripande enligt LOU i form av antingen ett förordnande om rättelse på visst sätt eller att upphandlingen ska göras om.

Rantzow har anfört att Kommunerna inte upprätthållit ställda krav i upphandlingen och att premisserna för bedömning av vad som anses vara likvärdiga produkter, kvalitet och funktion inte har varit tillräckligt preciserade i förfrågningsunderlaget samt att utvärderingsmodellen strider mot LOU då det kan ifrågasättas om den leder till att anbudet med lägst pris antas.

Samtliga uppställda krav i en upphandling måste i regel upprätthållas eftersom ett annat förfarande oftast strider mot kraven på förutsebarhet och likabehandling och kan innebära skada för anbudsgivare och potentiella sådana. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget angett exakta mått på ett flertal efterfrågade produkter, bl.a. måttband. Kommunerna synes dock mena att det inte ställts krav på offererade produkter ska ha just dessa mått, utan att andra mått kan bedömas vara likvärdiga. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning anser förvaltningsrätten emellertid att anbuds-

givare och potentiella anbudsgivare haft fog för att uppfatta de angivna måtten som krav på offererade produkter. Att Kommunerna skulle acceptera andra mått framgår enligt förvaltningsrättens mening inte av förfrågningsunderlaget. Skrivningen i 3.2.10 om likvärdiga produkter kan svårligen uppfattas på annat sätt än att syfta till efterfrågade produkter som angivits med produktnummer i underlaget. Det är även svårt att se vilka mått som skulle kunna vara "likvärdiga" exakt angivna mått. Mot bakgrund av hur Kommunerna synes mena att förfrågningsunderlaget ska uppfattas måste underlaget brista i transparens i detta avseende och det strider därmed mot LOU.

Kommunerna har, såsom framgår ovan, avseende vissa efterfrågade produkter enbart hänvisat till artikelnummer. Av förfrågningsunderlaget 3.2.10 framgår att dessa artikelnummer avser produkter från Rantzows och att likvärdiga produkter, avseende kvalitet och funktion, kan offereras. Enligt 6 kap. 4 § LOU får under vissa omständigheter en hänvisning göras till visst varumärke för att precisera vad som efterfrågas. Även i sådana fall torde dock krävas att det vid sidan av hänvisningen finns någon form av övrig beskrivning av efterfrågade produkter. Av utredningen i målet framgår att Kommunerna vid sin bedömning av vad som är likvärdiga produkter inte tagit, eller avsett att ta, hänsyn till vissa egenskaper som produkterna som refereras till har vad gäller kvalitet och funktion, trots avsaknad av en närmare beskrivning av efterfrågade produkter och trots att det i förfrågningsunderlaget 3.2.10 anges att likvärdiga produkter avseende *kvalitet och funktion* för aktuella produktnummer kan offereras. Det kan varken av förfrågningsunderlaget eller av Kommunernas tillämpning utläsas vad bedömningen av likvärdiga produkter grundar sig på. Såväl förfrågningsunderlaget som Kommunernas faktiska tillämpning i detta avseende brister därmed i transparens och förutsebarhet och strider därmed mot LOU.

Upphandlande myndighet har stor frihet när det gäller val och utformning av utvärderingsmodell. Modellen måste dock vara utformad så att den i vart fall

är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. i nu aktuellt fall - där Kommunerna valt tilldelningsgrunden lägsta anbudspris - vara ägnad att tillförsäkra att det anbud som har lägsta pris antas. I Kommunernas utvärderingsmodell ska slutsumman för del ett och två summeras. Slutsumman för del två, som är den klart största delen i upphandlingen, är den av Kommunerna uppskattade inköpskostnaden efter avdrag för anbudsgivarens offerrade rabatt. I denna del tas således ingen hänsyn till på vilket pris rabatten ska lämnas. Utvärderingsmodellen kan härigenom, såsom sökanden gör gällande, leda till att anbudet med lägsta priset inte antas. Genom att använda en utvärderingsmodell som inte leder till ett rättvisande resultat har Kommunerna förfarit i strid med LOU och upphandlingsdirektiven (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 november 2014 i mål nr 1922-14).

Såsom förvaltningsrätten funnit ovan strider det aktuella upphandlingsförfarandet på flera sätt mot upphandlingsrättsliga bestämmelser och principer. Enligt förvaltningsrättens mening måste Rantzows till följd av detta anses lidit eller kunnat komma att lida skada. Grund för ett ingripande enligt LOU föreligger därmed. Mot bakgrund av arten och omfattningen av bristerna måste upphandlingen göras om.

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


Mattias Steen

Anna Aktermo har föredragit målen.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

