



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-07-01
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3425-13 E
Enhet 2:1

KONKURRENSVERKET	
2013-07-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Nya Swimtec AB, 556835-9193
Borgmästaregatan 5E
434 32 Kungälv

Ombud: Advokaterna Kristian Pedersen och Caroline Ygge samt
jur. kand, Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPART

Idrotts & Föreningsförvaltningen/Fastighet i Göteborgs Stad

Ombud: Stadsjuristen Ela Skorupska
Göteborgs Stad
Stadsledningskontoret
404 82 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 213161

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattengoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND

Idrotts & Föreningsförvaltningen/Fastighet i Göteborgs Stad (kommunen) har genomfört en upphandling avseende "Trycksandfilter Kärra simhall", dnr 0124/13. Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 14 mars 2013 framgår att kommunen valt att teckna avtal med annan leverantör än *Nya Swimtec AB (bolaget)*, nämligen *Enwa Badanläggningar AB (Enwa)*.

YRKANDEN M.M.

Bolaget begär överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från *Enwa* förkastas och bolagets anbud därmed antas.

Som grund för talan anförs att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera och anta anbudet från *Enwa*, trots att det inte uppfyller samtliga skallkrav i upphandlingen.

Bolaget skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för kommunens överträdelse av LOU. *Bolaget* har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada, och därmed föreligger skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Eftersom bristerna inte är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till anbudsutvärderingen ska upphandlingen rättas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Till utveckling av talan anføres bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår vilka skallkrav som anbudsgivarna måste uppfylla avseende bl.a. UV-aggregat. Offererat UV-aggregat ska vara likvärdig med den föreskrivna produkten Siemens UV Barrier M525.

Förfrågningsunderlaget saknar för flera produkter, däribland UV-aggregat, närmare information om kvaliteter och funktioner, och hänvisar endast till bilagorna "Komponentförteckning". Det finns därför ingen annan möjlighet för anbudsgivarna än att göra en bedömning av vad som är likvärdiga produkter än att tolka komponentförteckningen.

För att en offererad produkt ska anses likvärdig måste den uppfylla samma nivå vad gäller kvaliteter och funktioner som eller vara bättre än vad som anges i komponentförteckningen. Annars kan produkten inte anses vara likvärdig.

Någon möjlighet för kommunen att göra någon åtskillnad mellan informationen som lämnas i komponentförteckningen finns inte, utan kommunen ska vid bedömningen av anbud utgå från endast den information som framgår av förfrågningsunderlaget.

Den av Enwa offererade produkten har i förhållande till den föreskrivna produkten en UV-kammare av sämre stålqualität, ett enklare styrskåp, en betydligt enklare effektreglering av UV-lampan, saknar muskommunikation för möjliggörande av framtida automatisering och aggregatet kan inte förses med automatisk rengöringsmekanism för kvartsröret.

Enwas offererade produkt är därför varken likvärdig med eller bättre än den i förfrågningsunderlaget föreskrivna produkten. Enwas anbud uppfyller därmed inte alla skallkrav i upphandlingen och ska därför förkastas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Kommunens påstående om brister i bolagets anbud

Kommunen hänvisar till formuleringar i bolagets anbud och anför att dessa är att betrakta som reservationer som innebär att bolagets anbud skulle ha förkastats och att bolaget därför inte kan lida skada. De förtydliganden som bolaget har gjort är inte av den arten eller omfattningen att det rör sig om reservationer. Bolaget har förtydligt endast vad som gäller i de delar där förfrågningsunderlaget är bristfälligt och oklart. Skäl att förkasta bolagets anbud föreligger därför inte ens för det fall denna fråga skulle kunna prövas i förevarande mål, vilket bestrids.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med de principer som följer av 1 kap. 9 § LOU och även i övrigt enligt LOU.

Samtliga anbudsgivare har behandlats med iakttagande av likabehandlingsprincipen och utvärderingen av inkomna anbud har genomförts på objektiva grunder och i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget, varför grund för ingripande mot upphandlingen saknas.

Kommunen genomför en upphandling avseende "byte av trycksandfilter m.m. för badvattenprocess till bassängen i Kärra simhall". I punkten 5 i bilagan Teknisk beskrivning till Förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. "Likvärdiga produkter får väljas så länge tekniska data överensstämmer med denna handling och dess bilagor. Sker ett val av likvärdiga produkter skall dessa redovisas separat i anbudet, där tekniska beskrivningar, ritningar och diagram väl skall kunna redovisa likvärdigheten och vara tydliga i sina utformningar för att kunna utvärderas av beställaren. Samtliga material skall redovisas på svenska."

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Bolaget anför att Enwas offererade UV-aggregat inte uppfyller skallkraven. Enwa har emellertid offererat en likvärdig produkt med tekniska data som överensstämmer med teknisk beskrivning, funktionsbeskrivning och komponentförteckning. Enwa har också lämnat en separat redovisning av tekniska data avseende sin offererade produkt i sitt anbud.

I förfrågningsunderlaget har det inte angetts tekniska data eller uppställts något skallkrav som innebär att UV-kammaren ska vara tillverkad av något specifikt stål. Om UV-kammaren är tillverkad i S2350 eller S2348 saknar betydelse för UV-kammarens funktion.

Det har inte heller angetts tekniska data eller uppställts något skallkrav om effekttreglering. Det har i anläggningen projekterats för att UV-aggregatet ska nyttjas till 100 procent eller inte alls. Detta innebär att en funktion för effekttreglering inte ska användas och därmed saknar betydelse. Påståendet om att föreskriven produkt skulle ha ett mer sofistikerat styrsätt än Enwas offererade produkt saknar relevans. Skillnaden vad gäller livstiden på UV-lamporna är vidare ytterst marginell och saknar betydelse, varför det inte har uppställts något krav om effekttreglering i förfrågningsunderlaget.

Beträffande komponenterna "VR1-RC01 Reglercentral UV" och "VR2-RC01 Reglercentral UV" anges i funktionsbeskrivningen till förfrågningsunderlaget att "(e)xtern styrning av UV-anläggning skall ske via extern styrningsingången". Detta innebär att det inte krävs eller behövs någon busskommunikation. I förfrågningsunderlaget har det i övrigt inte angetts tekniska data eller uppställts skallkrav om busskommunikation. Påståendet om att anläggningen sedan tidigare har ett UV-aggregat av samma fabrikat saknar betydelse. Detta gäller även vad bolaget gör gällande om möjligheten till framtida automatisering då detta inte är något som har efterfrågats eller uppställts som skallkrav i förfrågningsunderlaget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Bolagets anbud uppfyller inte alla skalkrav

Kommunen noterar att för det fall rätten skulle bifalla ansökan i enlighet med bolagets yrkande så skulle kommunen vid en förnyad anbudsutvärdering vara skyldig att förkasta bolagets anbud eftersom det innefattar sådana inskränkningar eller reservationer som innebär att kraven i förfrågningsunderlaget har frångåtts. Med hänsyn därtill kan bolaget inte heller anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom det sålunda inte går att tilldela bolaget kontraktet ska ansökan under alla omständigheter avslås.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 LOU 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 gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 2 § LOU jämförd med 6 kap. 4 § samma lag framgår att de tekniska specifikationerna inte får 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 och hänvisningar får dock före-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

komma 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".

Sökanden ska, när denne gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ange vilka omständigheter han grundar sin talan på och förvaltningsrätten ska, när rätten prövar om ansökan om överprövning ska bifallas, beakta endast dessa omständigheter (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som anges i lagstiftningen och att en leverantör till följd av det lidit eller kan komma att lida skada.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets s.k. skallkrav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Kommunen genomför en upphandling avseende byte av trycksandfilter m.m. för badvattenprocess till bassänger i Kärra simhall. Av förfrågningsunderlaget framgår att entreprenaden är en utförandentreprenad där el- och styrdelen för badvattenprocessen samt attraktionerna är en funktionsentreprenad utifrån bilagd funktionsbeskrivning. Vidare anges att likvärdiga produkter får väljas så länge tekniska data överensstämmer med denna handling och dess bilagor. Sker ett val av likvärdiga produkter skall dessa redovisas separat i anbudet, där tekniska beskrivningar, ritningar och diagram väl skall kunna redovisa likvärdigheten och vara tydliga i sina utformningar för att kunna utvärderas av beställaren.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Den tekniska beskrivningen ger ingen eller väldigt lite information om respektive produkts utformning och kvaliteter utan hänvisar till den beskrivna produkten i komponentförteckningen. I komponentförteckningen anges bl.a. ett antal tekniska specifikationer som ska uppfyllas samt att aggregatet ska vara av typen Siemens UV Barrier M525.

En upphandlande myndighet som har hänvisat till ett varumärke måste acceptera produkter som är likvärdiga, om den offererade produkten erbjuder samma eller högre nivå på produktstandard än den som anges i specifikationen. Vidare måste en leverantör kunna räkna med att bl.a. produktens funktion utgör måttstock för bedömning av likvärdig produkt.

I förarbetena uttalas att det kan förekomma situationer då en upphandlande myndighet eller enhet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. I en sådan situation finns en möjlighet att hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung (prop. 2006/07:128 s.193). Det är alltså endast i undantagssituationer som det är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. Bolaget har dock inte gjort gällande att det varit möjligt för kommunen att beskriva den aktuella produkten utan hänvisning till ett visst varumärke. Frågan är därefter om Enwas UV-aggregat uppfyller de obligatoriska kraven och sålunda kan anses vara likvärdig med föreskriven produkt.

Parterna synes ense om att det av Enwa offererade UV-aggregatet har en UV-kammare som är av sämre stälkvalitet än den föreskrivna produkten samt även saknar vissa av den föreskrivna produktens funktioner. Av förfrågningsunderlaget framgår att några av dessa funktioner inte efterfrågas utan att i stället andra tekniska lösningar (funktioner) är aktuella. Vad avser materialkvalitet och övriga funktioner har det inte gjorts gällande att dessa skulle vara nödvändiga för genomförandet av kontraktet. Bolaget har inte heller gjort gällande att det är fråga om väsentliga skillnader mellan produkterna. Tekniska skillnader utan egentlig betydelse kan i detta fall inte

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

läggas till grund för slutsatsen att offererat UV-aggregat inte är likvärdigt med den föreskrivna produkten. Ett annat synsätt skulle innebära att det i princip inte skulle kunna vara möjligt att offerera någon annan produkt än den föreskrivna. Det av Enwa offererade UV-aggregat får anses vara likvärdigt med den i upphandlingen föreskrivna produkten och sålunda uppfylla ställda skalkrav i denna del.

Det som bolaget anför och har visat innebär sålunda inte att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med LOU, varför ansökan ska avslås.

Även det följande leder till att ansökan ska avslås. Frågan i målet, eller saken, gäller om kommunen utifrån de omständigheter som bolaget klart grundar sin talan på har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Kommunen har rätt att få prövat vilka grunder som helst som stöd för sin inställning, så länge de avser saken. För att bolaget ska lida eller kan komma att lida skada fordras att bolagets anbud inte bort ha uteslutits från utvärderingen av något skäl. Om bolagets anbud borde ha uteslutits från utvärderingen har bolaget nämligen inte lidit och kan inte heller komma att lida skada på grund av att kommunen skulle ha brutit mot LOU genom att låta Enwas anbud gå vidare till utvärderingen, trots att det inte uppfyller samtliga skalkrav (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3307-11 den 28 mars 2012 och Högsta förvaltningsdomstolen beslut att vägra prövningstillstånd i mål nr 1906-12 den 19 juni 2012).

Bolagets anbud innehåller reservationer eller inskränkningar i vart fall genom att bolaget i sitt anbud inte inkluderat arbeten på primärsidan förutom inkoppling av styrventil, att bolaget i anbudet uppger att vissa rör inte kan dras enligt handling på utsatta +- höjder utan att krocka med befintlig installation, att bolaget i anbudet uppger att vissa rör är omöjliga att dra på föreskriven plats då det kräver demontering av befintliga filter i VR1 samt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

att matarkabel till nytt apparatskåp inte ingår i bolagets leverans. Dessa reservationer eller inskränkningar innebär att bolaget inte kommer att utföra samtliga de tjänster som omfattas av upphandlingen till det offererade anbudspriset. Bolagets anbud innefattar därmed sådana inskränkningar eller reservationer som innebär att kraven i förfrågningsunderlaget har frångåtts. Bolagets anbud skulle därför rätteligen ha uteslutits från utvärderingen. Bolaget har därför inte lidit och kan inte heller komma att lida skada på grund av att kommunen skulle ha brutit mot LOU genom att låta Enwas anbud gå vidare till utvärderingen, trots att det inte uppfyller samtliga skalkrav. Ansökan ska alltså avslås även av detta skäl.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1B LOU)



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



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 postaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås 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 rättsens 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 rättsens 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.