



SÖKANDE

Pascal Enreprenad AB, 556486-9435
Rastamossen
332 91 Gislaved

MOTPART

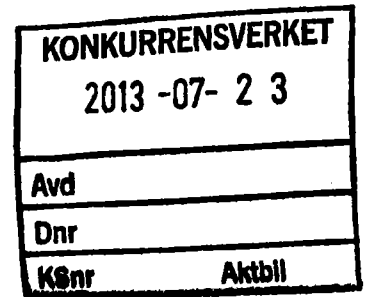
1. Gislaveds kommun, Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved

2. Västbo Lastbilscentral AB, 556059-8079
Östra Järnväggsgatan 3
333 31 Smålandsstenar

Ombud: Advokaten Christer Ingerman
Advokat Christer Ingerman AB
Östra Storgatan 67
551 14 Jönköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Gislaveds kommun genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Maskintjänster (dnr 13-104-61). Enligt *förfrågningsunderlaget* avser upphandlingen maskintjänster för bl.a. mark- och gatuarbeten (maskiner inkl. förare) typ: lastbilar för materialtransport, hjullastare, band & hjulburna grävmaskiner, dumper etc. Maskintjänster avser både vid akuta händelser vid exempelvis vattenläckor, samt planerat underhåll/mindre ombyggnationer. Upphandlingen är uppdelad i två områden. Gislaveds kommuns NORRA del (Gislaved, Anderstorp, Hestra och Öreryd), samt

Dok.Id 103297

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

Gislaveds kommuns SÖDRA del (Smålandsstenar, Burseryd, Broaryd, Skeppshult, Tallberga och Reftele). Upphandlingen kommer att utvärderas NORR respektive SÖDER var för sig och resultera i ett avtal per område.

Kommunen kommer att köpa vissa transporttjänster (lastbil) i avtal på Material/Grus där transport av material/grus kommer att ingå. Avtalsleverantören av detta avtal kan dock komma att användas för transport av material/grus, i de fall man har ett pågående jobb åt kommunen. Som tilldelningskriterium används lägsta pris.

Av *tilldelningsbeslutet* framgår bl.a. följande. Tre leverantörer har lämnat anbud. För delområdet SÖDER finns tre godkända anbud och för delområdet NORR finns två godkända anbud. För båda delområdena har Västbo Lastbilscentral AB (Västbo) lämnat det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta priset. Västbo har därför antagits som leverantör. Avseende båda delområdena har Pascal Enreprenad AB (Pascal) kommit på andra plats vid anbudsutvärderingen.

Pascal har ansökt om överprövning. Under handläggningen i förvaltningsrätten har Västbo beretts tillfälle att yttra sig med målet.

YRKANDEN

Pascal yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsprövning. I andra hand yrkar Pascal ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Gislaveds kommun anser att ansökan ska avslås.

Västbo anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Pascal: Gislaveds kommuns kommun har brutit mot LOU genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav (ska-krav). Till följd härav har Pascal lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Västbo har inte uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på redovisning av uppgifter angående fordon och Västbo har heller inte angivit underleverantörer, se nedan.

1. Avseende både norra och södra delen motsvarar angivna grävmaskiner på band inte de efterfrågade. Maskinen 21.1314 Gehl 4835 är inte en grävmaskin utan en slirstyrd lastare. Eftersom maskinen inte är runtomsvängande kan den inte jämföras med en grävmaskin. Maskinen 21.1315 Neuson 75Z3RD tillhör inte den efterfrågade klassen 21.1315 utan istället klassen 21.1316.
2. Avseende både norra och södra delen finns följande brister i kategorin lastbilar släp/traktor. Två lastbilar har offererats som inte ägs av Västbo. Lastbilarnas ägare har inte åberopats som underleverantörer. För viss trailer har en påhängsvagn inte redovisats. En traktor har offererats som inte ägs av Västbo. Ägaren har inte tagits upp som underleverantör. Traktorn har inte redovisats som trafiktraktor, klass 1 (skattepliktig) vilket krävs för att den ska få användas på allmän väg. Traktorn ska också vara registrerad för yrkesmässig trafik. Vidare har släp inte redovisats. Släpet måste vara registrerat och skattat.
3. Vad särskilt gäller norra delen har Västbo i kategorin grävmaskiner på hjul offererat maskinen 21.2416 JCB JS130W. Denna tillhör inte den efterfrågade klassen 21.2416 utan klassen 21.2415. Den offererade maskinen kommer inte ens i det mest utrustade utförandet från

fabrik upp i angiven viktklass utan är klart lättare. Vidare har den sämre räckvidd, lyftkapacitet m.m. än efterfrågad maskin.

Bristerna är inte sådana som kan avhjälpas genom rättelse eller komplettering. Syftet med kraven i krav på bilaga 8.1 kan rimligen inte vara annat än att de ska användas till någon form av kontroll.

Vidare har Västbo inte uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på att visa att ställda krav avseende kvalitets- och miljöarbete är uppfyllda. Västbo har inte visat att företaget är certifierat enligt ISO 9001 (eller likvärdigt) respektive ISO 14001 (eller likvärdigt) eller på annat sätt har ett dokumenterat kvalitetsarbete respektive miljöarbete i sin dagliga verksamhet. Det intyg som bifogats är inte tillräckligt för att visa detta. Mot bakgrund härav är Västbos anbud inte kvalificerat.

Gislaveds kommun: Det finns inte något stöd för att en kontrollskyldighet föreligger för den upphandlande myndigheten huruvida inlämnade anbud stämmer. Kommunen har i upphandlingen ställt krav om att information i bilaga (krav 8.1) ska fyllas i enligt instruktioner i förfrågningsunderlaget. Kravet är att fylla i varje uppgift. Om det är riktigt som Pascal påstår att vissa av Västbo offererade maskiner egentligen tillhör annan klass än den uppgivna så ska anbudsgivaren beredas möjlighet att rätta detta. Kommunen har i krav 2.1 klart och tydligt skrivit att anbudsgivare ska uppfylla angivet krav. Västbo har accepterat och uppfyller enligt sitt anbud detta krav. Huruvida ägarförhållanden och huruvida en traktor är registrerad eller inte just för stunden, ställer den upphandlande myndigheten inga krav på att kunna uppvisa, eller vara på ett visst sätt vid utvärderingen. Dessa krav kontrolleras först vid ingånget avtal. Uppgift om underleverantörer ska avlämnas i Bilaga 2, enligt benämning i förfrågningsunderlaget. Så har Västbo gjort och uppfyller därmed kravet.

Vad gäller kraven avseende kvalitets- och miljöarbete har Västbo visat att ställda krav uppfylls genom att bifoga intyg.

Västbo: Pascal påstår att tre av Västbos i anbud angivna maskiner inte uppfyller ställda krav på sätt rätt maskin inte angivits för i klasser som angivits i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. Klassningssystemet bygger på bygg- och anläggningsbranschens sedan åtskilliga år välkända littereringssystem. Detta är ett system som omfattar samtliga maskiner på byggen. De enskilda maskinmodellerna har erhållit en specifik klassbeteckning, vilken är en rekommendation för modellen i standardutförande. Många maskintyper, framförallt grävmaskiner, kan erhållas i ett otal varianter som passar in i många klasser. Det är därför viktigt att man bedömer varje enskilt maskinutförande i förhållande till det arbete som ska utföras innan en utvärdering sker av inklassning och prissättning av maskintjänsten. Olika tekniska lösningar, prestanda hos maskinerna, avvikelser från standardutförandet, mångsidighet samt maskinens ålder medför att det finns kapacitetskillnader inom samma klass. Vid bedömning av en maskins kapacitet är förarens kompetens troligen den viktigaste faktorn. Maskinen Gehl 4835 med identitet s/n 402162 är en s.k. kompaktlastare med grävaggregat som kan användas såväl med band som med hjul. Därmed är utförandet sådant att det passar in i angiven klassificering. Pascals krav på att maskinen måste vara runtomsvängande för att passa in är inte korrekt. För det fall man avsett en runtomsvängande maskin hade detta angivits, se t.ex. beskrivningen för klass 15.82 där det angivits att teleskoptruckerna ska vara runtomsvängande. Vad gäller maskinen Neuson 75Z3RD är det riktigt att denna tillhör klass 21.1316. Maskinen uppfyller dock kapacitetskravet för 21.1315. Aktuellt krav bör därmed anses uppfyllt. Avseende maskinen JCB JS130W är det riktigt att maskinen i grundutförande tillhör klass 21.2415. Den aktuella maskinen är dock utrustad på ett sådant sätt att den i det utförandet tillhör klass 21.2416. En maskin i klassen 21.2416 ska ha en vikt på 15,1 – 17,0

ton. Den aktuella maskinen har en vikt överstigande 15,1 ton med den utrustning den är försedd med.

Många av dagens maskiner är i princip utformade som universalmaskiner med hänsyn till de många tillbehör och utföranden som dessa kan ha. Grävmaskiner och lastmaskiner/hjullastare är de som har störst mångsidighet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas en-

ligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Utredning

I förfrågningsunderlaget stadgas bl.a. följande:

Anbudsgivare ska kunna bevisa att ställda krav uppfylls. Vid respektive krav framgår vilken typ av bevisning/verifiering som krävs.

Samtliga maskiner och fordon ska vara besiktigade och godkända av respektive myndighet. Leverantören är skyldig att hålla med erforderliga tillstånd. Maskinernas lämplighet till arbetets art ska godkännas av kommunen. Uppfylls inte dessa krav har kommunen rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan (krav 2.1). För Gislaveds kommun krävs det tillgång till minst 1-2 st. grävmaskiner med förare samt minst 1-2 st. lastbilar med förare per område (Norr, Söder). Detta under kvällar och helger, för att åtgärda akuta händelser, t.ex. vattenläckor. Vid dessa oförutsedda händelser ska maskin och förare inställa sig senast tre timmar efter avrop. Separat pris anges för denna uttryckning, se bilaga 1, Prisbilaga och utvärderingsmodell (krav 2.3). Bilaga 1, Prisbilaga och utvärderingsmodell ska inlämnas fullständigt ifyllt i Excel-format, enligt instruktioner i bilagan. Priser ska inkludera samtliga kostnader. Inga tillkommande kostnader eller alternativa prissättningar får förekomma (krav på bilaga 8.1).

Leverantören ska vara certifierade enligt ISO 9001 (eller likvärdigt) eller ska kunna påvisa på annat sätt dokumenterat kvalitetsarbete i sin dagliga verksamhet. Detta ska styrkas genom eget dokument eller intyg/certifikat som bifogas anbudet. Detta innebär att följande ska finnas om man inte kan påvisa certifikat ISO 9001 eller likvärdigt.

1. Kvalitetspolicy; som är daterad och antagen av ledningen och som innehåller ett åtagande att arbeta med ständiga förbättringar.
2. Rutiner för: uppföljning av kvalitetsarbetet, hantering av avvikelser, korrigerande och förebyggande åtgärder samt kompetensutvecklingsplan för personalen med avseende på kvalitetsarbetet och det ständiga förbättringsarbetet.

Vid anbudsinlämning ska dokument bifogas (krav på bilaga 2.9).

Vidare ska leverantören vara certifierad enligt ISO 14001 (eller likvärdigt), eller ska kunna påvisa ett på annat sätt dokumenterat miljöarbete i sin dagliga verksamhet. Detta ska styrkas genom eget dokument eller in-

tyg/certifikat som bifogas anbudet. Detta innebär att följande ska finnas om man inte kan påvisa certifikat ISO 14001 eller likvärdigt:

1. Miljöpolicy; som är daterad och antagen av ledningen och som innehåller ett åtagande om ständig förbättring.
2. Uppgifter om vad i företagets verksamhet som har eller kan ha en betydande påverkan på miljön.
3. Beslutade mål och åtgärder för att nå förbättringar i fråga om miljöpåverkan och risker samt plan för när dessa ska genomföras.
4. Rutiner för: uppföljning av miljöarbetet, hantering av avvikelser, korrigerande och förebyggande åtgärder samt kompetensutvecklingsplan för personalen med avseende på miljöhänsyn och energibesparing.

Punkterna 2 till 4 ska vara relevanta för den offererade delen av företagets verksamhet. Avvikelse från kravet anses föreligga om: det under kontraktstiden konstateras att leverantören saknar delar av ett systematiskt miljöarbete som det definieras i de fyra punkterna i kravet. Vid anbudsinslämning ska dokument bifogas (krav på bilaga 3.6).

I förfrågningsunderlagets Bilaga 1, Prisbilaga och utvärderingsmodell, anges bl.a. följande. Kommunen har angivit typ/klassifikation av maskin som myndigheten har behov av. Leverantörens anbud ska uppfylla att tillhandahålla samtliga efterfrågade maskintyper/klassifikationer. Samtliga maskintyper måste tillhandahållas i respektive område måste tillhandahållas prissättas för att uppfylla kravet på kapacitet. Anbudsgivare ska fylla i samtliga efterfrågade uppgifter i blåmarkerade celler. Inga uppgifter får utelämnas.

Västbo har i sitt anbud lämnat uppgifter i samtliga blåmarkerad celler i förfrågningsunderlagets Bilaga 1, Prisbilaga och utvärderingsmodell. Till anbudet har bifogats egenhändigt upprättade intyg där det anges att det anges att Västbo har kvalitetslednings- respektive miljöledningssystem.

Vidare anges att Västbos system är uppbyggda enligt ISO 9001 respektive ISO 14001 samt att systemen till sitt innehåll motsvarar vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Maskiner

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma *om* och - i förekommande fall - *hur* anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella ska-krav är uppfyllda (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 28 oktober 2010 i mål nr 2449-10).

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 27 september 2011 i mål nr 1472--1474-11, Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11 och Kammarrättens i Göteborg dom den 15 juli 2011 i mål nr 6417--

6422-10). I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten dock inte efterge eller bortse från sådana ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Det ankommer på Pascal att göra sannolikt att Gislaveds kommun brutit mot LOU och att detta medför att Pascal har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Prövningen utgår från de omständigheter Pascal angivit till stöd för sin talan. Vidare beaktas motparternas inställning till de av Pascal angivna omständigheterna.

Prövningen i denna del gäller vad Pascal anfört om att Västbo inte uppfyllt samtliga av Gislaveds kommun i förfrågningsunderlaget uppställda kvalificeringskrav.

Av utredningen i målet framgår att det i förfrågningsunderlaget inte uppställts något krav på att leverantören ska visa att offererad maskin motsvarar den i förfrågningsunderlaget angivna klassifikationen. Vidare kan en och samma maskin tillhöra flera olika klasser. Annat har inte heller framkommit än att de av Västbo offererade maskinerna uppfyller de kapacitetskrav som följer av förfrågningsunderlaget och även i övrigt är ändamålsenliga. Vad gäller de uppgifter Västbo lämnat om maskinerna kan konstateras att det i förfrågningsunderlaget inte uppställts något krav på redovisning av ägarförhållanden, registrering, förekomst av påhängsvagn etc. Det har inte heller angivits någon omständighet som mera påtagligt visar att Västbo inte kommer att kunna tillhandahålla maskinerna under uppdragstiden och att vederbörliga registreringar och tillstånd då kommer att finnas. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Pascal inte förmått göra sannolikt att brutit mot LOU i denna del. Det saknas därför grund för ingripande

enligt LOU i anledning av de omständigheter Pascal angivit avseende maskiner.

Kvalitetslednings- och miljöledningssystem

I denna del har Pascal gjort gällande att Västbo inte visat att företaget har ett sådant dokumenterat kvalitets- respektive miljöarbete som krävs enligt förfrågningsunderlaget. Detta har bestritts av Gislaveds kommun och Västbo.

Enligt förfrågningsunderlaget kan respektive krav uppfyllas på tre olika sätt. Genom att vara certifierad enligt ISO 9001 respektive ISO 14001, genom något likvärdigt eller genom att kunna påvisa ett dokumenterat kvalitets- respektive miljöarbete som uppfyller vissa närmare beskrivna minimikrav. Enligt förfrågningsunderlaget ska leverantören påvisa att kraven uppfylls genom att till sitt anbud bifoga eget dokument eller intyg/certifikat. Någon särskild omständighet som talar emot att Västbo i och för sig inte skulle uppfylla ställda krav har inte framkommit. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att det krävs att en leverantör i vidare mån visar att ställda krav uppfylls än, att såsom Västbo gjort, bifoga egenhändigt upprättade intyg kraven uppfylls enligt det ovan redovisade alternativet något likvärdigt. Då det således inte framkommit något som konkret motsäger att Västbo uppfyller förfrågningsunderlagets krav och då det inte närmare angivits vad som avses med eget dokument eller intyg/certifikat kan Pascal inte heller i denna del anses ha förmått göra sannolikt att Gislaveds kommun brutit mot LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Hannah Ivarsson