



KLAGANDE

Flybo AB, 556463-5794
Box 226, 692 25 Kristinehamn

MOTPART

1. Danfo AB, 556131-4260
Box 103, 713 23 Nora

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

2. Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 2 juni 2010 i mål nr 3725-10,
se bilaga A

SAKEN

Prövningstillstånd i mål om överprövning av upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling; nu fråga om avvísning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

- | | |
|-------------------------------------|--------------------|
| <input type="checkbox"/> | Klaganden/ombudet |
| <input type="checkbox"/> | Motparten/ombudet |
| <input type="checkbox"/> | Skatteverket |
| <input type="checkbox"/> | Länsstyrelsen |
| <input type="checkbox"/> | Förvaltningsrätten |
| <input type="checkbox"/> | Allmänna ombudet |
| <input checked="" type="checkbox"/> | Konkurrens ✓ |
| <input checked="" type="checkbox"/> | För kännedom |
| <input type="checkbox"/> | För verkställighet |
| <input type="checkbox"/> | För delgivning |

KONKUR	
2010-06-24	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Flybo AB (bolaget) yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att bolagets anbud inte ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas hos kammarrätten av den som det angår, om det gått honom emot. Enligt praxis anses inte den som enligt den upphandlande enhetens beslut antagits som leverantör ha rätt att överklaga en senare meddelad dom av innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett (se Regeringsrättens avgöranden i RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131). Då det inte finns skäl att i förevarande mål göra annan bedömning ska överklagandet avvisas.

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



Leif Alkman



Mikkan Löfgren
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Kansli Nyköping

DOM
2010-06-02
Meddelad i Nyköping

Mål nr
3725-10
Enhet 4

SÖKANDE

Danfo AB, 556131-4260

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

19

MOTPART

Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning på så sätt att det förordnas att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Flybo AB:s och TOAB:s anbud förkastas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 16 april 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 11035

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-200450 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	0155-200490	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Katrineholms kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende offentlig toalett i kvarteret Ringblomman i Katrineholm. Kommunen har i tilldelningsbeslut daterat den 8 april 2010 meddelat att kommunen har för avsikt att teckna avtal med leverantören Flybo AB.

Danfo AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse genom att Flybo AB:s och TOAB:s anbud förkastas och ny utvärdering av upphandlingen görs. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen görs om. Som grund för ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Den upphandlande myndigheten har utvärderat anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav. Utvärdering har skett av anbud som lämnats med avsevärt billigare materialval än vad förfrågningsunderlaget har föreskrivit. Upphandlande enhet har därigenom åsidosatt grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Förfarandet står också i strid med transparensprincipen. Kommunen har vidare, när det uppmärksammats att Flybo AB:s anbud avseende offererad fasadplåten inte uppfyllt skall-kraven begärt komplettering, varvid Flybo AB ändrat sitt anbud. Förfrågan och lämnad komplettering är att betrakta som otillåtna och likabehandlingsprincipen har vid detta förfarande åsidosatts. Tilldelningen av kontraktet skulle rätteligen ha gjorts till bolaget som när så inte skett riskerar att lida skada. Beträffande framställt andrahandsyrkande åberopas till grund för detta att förfrågningsunderlaget varit alltför otydligt i fråga om vilka skall-krav som kommunen har ställt, vilket träder transparensprincipen och likabehandlingsprincipen förnär.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet.

PARTERNAS UTVECKLAN AV TALAN

Bolaget utvecklar talan bland annat enligt följande. Av Flybo AB:s anbud framgår att de krav på fasaden som ställs i förfrågningsunderlaget inte uppfylls av Flybo AB. I punkt 1.111 i den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget anges att "Toaletten skall vara utrustad med en HWC och en urinoar samt klädd utvändigt med minst 2 mm emaljerad bulpräglad stålplåt." Vid komplettering har den upphandlande enheten även angett att man önskat pris för lackerad bulpräglad stålplåt, det vill säga inte emaljerad. Att plåten ska vara bulpräglad innebär att kravet är att jämnt och regelbundet spridda bulor ska finnas i plåten. Flybo AB anger i sitt anbud "pulver/våtlackad, emaljerad, fasadplåtskassetter". Detta är en helt annan typ av fasad än vad som anges i förfrågningsunderlaget. Vad som efterfrågas i skall-kraven och vilket bolaget har lämnat anbud på är en avsevärt bättre men dyrare fasad, vilket medför att bolagets anbud naturligtvis blivit dyrare än det felaktigt givna anbudet från Flybo AB. Prismässigt skiljer det mer än 100 000 kr på grund av att det är bulpräglad plåt. Flybo AB saknar leverantör av bulpräglad plåt, vilket är anledningen till att skall-kravet inte kan uppfyllas. Flybo AB har inte heller angett efterfrågad tjocklek i sitt anbud. Det är också stor skillnad mellan "stålplåt" och "fasadplåt", särskilt när det är fråga om kassetter. Fasadplåt är per definition tunnplåt och den tjocklek som används i fasadplåtskassetter är normalt 0,6 mm, vilket är en väsentlig avvikelse från den tjocklek om 2 mm som har angetts som skallkrav i förfrågningsunderlaget. Fasadplåtskassetter kan aldrig vara av stålplåt eller ens av den tjocklek som Flybo AB i efterhand har offererat. Strukturellt är också en fasadplåtskasset för tunn för att kunna bulpräglas. Det är i och för sig riktigt att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande enheten att kontrollera uppgifter i anbud. Då det är fråga om två helt olika typer av fasader skulle dock den upphandlande enheten ha reagerat på att skall-kravet inte var uppfyllt. Skall-kravsbrister måste också alltid beaktas, även om de har framkommit först i samband med en överpröv-

ningsprocess (se Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Flybo AB anger vidare alternativt anbud för tillval i form av ”andra plåtin-klädda fasader, rostfri plåtfasad” mot tillägg. I detta närmar sig Flybo AB visserligen vad som faktiskt efterfrågas. Dock motsvarar inte heller detta alternativ skall-kravet och framförallt är det inte prissatt för jämförelse. Detta trots att det framgår att det är fråga om tillval, det vill säga att det tillkommer anbudet och innebär en ytterligare kostnad för den upphandlande enheten.

Beträffande den exteriöra armaturen framgår av förfrågningsunderlaget att skall-krav avseende armatur i den tekniska specifikationen omfattar ”Malux modell LD 6717-BSE-CO3 och LD6724-CO3-DPP eller likvärdigt”. Av förfrågningsunderlaget framgår att det inte är fråga om vilken armatur som helst, utan vad den upphandlande enheten har exemplifierat är typ av vandalsäker armatur, vilket innebär en fördyring av anbudet. Anbudet måste naturligtvis inte avse det angivna märket men typen ska vara densamma. Av bilder framgår att den armatur som efterfrågats är en helt annan än som offererats av Flybo AB. Skall-kravet är därmed inte uppfyllt. Prisskillnaden mellan en vandalsäker armatur och den som Flybo AB lämnat anbud på är 50 000 kr.

Det föreligger även ytterligare avvikelser från förfrågningsunderlaget. Tvättställsmodul ska enligt förfrågningsunderlaget vara i rostfritt stål medan det i Flybo AB:s anbud endast anges att tvättstället kommer att ha ”rostfria beslagningar”. En beslagning innebär att det runt en tryckknapp eller ett lås eller annan genomföring är beslaget/monterat en rostfri ring eller bricka, inte att handfastmodulen är tillverkad av rostfri plåt. Även detta skiljer avsevärt i pris i jämförelse med ett tvättställ i rostfritt stål. Anbudet uppfyller därmed inte heller dessa skall-krav. Det rör sig om en vä-

sentlig avvikelse som innebär att Flybo AB:s anbud kunnat lämnas med ett avsevärt lägre pris.

Kommunen har, när det uppmärksammats att den av Flybo AB offererade fasadplåten inte uppfyller skall-kraven, begärt komplettering, varvid Flybo AB ändrat sitt anbud och meddelat att den offererade plåten är av rätt tjocklek. Flybo AB:s komplettering är otillåten eftersom uppgiften inte har lämnats tidigare, men motsvarat ett skall-krav och att uppgiften om fasadmaterialet som tidigare framgått inte motsvarar skall-kravet. Genom att Flybo AB i efterhand uppger att man menat 2 mm ändras anbudet. Inte heller är det fråga om ett förtydligande eftersom den fasadkassett som Flybo AB från början tänkt leverera inte längre är aktuell då denna utgörs av ett annat material.

Såvitt avser TOAB uppfyller inte heller detta bolags anbud kraven i förfrågningsunderlaget och ska därmed förkastas. Av anbudsutvärderingen framgår att TOAB förbehåller sig 95 000 kr för att möta upphandlande enhets krav i fråga om fasaden. I anbudet har dock inte angetts att TOAB möter kravet på bulpräglad stålplåt med angiven tjocklek. Tvärtom anges att erbjuden toalettmodul är med betongfasad, vilket inte alls efterfrågas. Det räcker med en enkel bildjämförelse för att konstatera att det inte alls är fråga om den efterfrågade utformningen och efterfrågade material.

Beträffande framställt andrahandsyrkande är förfrågningsunderlaget, om angivna avvikelser kan accepteras, alltför dåligt utformat. Det är oklart för anbudsgivarna att helt andra och billigare lösningar accepteras, något som avsevärt sänker prisbilden. Transparensprincipen är härvid inte alls uppfylld. Felet har uppkommit under den konkurrensuppsökande fasen, varvid upphandlingen ska göras om. Den upphandlande enheten har inte heller begärt bekräftelse av anbudsgivarna att skall-kraven faktiskt är uppfyllda, vilket ger möjlighet till luddigt utformade anbud. Det kan också förutses att

en civilrättslig tvist avseende innehållet i den levererade toaletten i ett senare skede kommer att uppstå.

Kommunen utvecklar talan bland annat enligt följande. Kommunen har gjort utvärderingen i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen framkom en kostnadsskillnad mellan bolagets anbud och det vinnande anbudet med drygt 100 000 kr för det offererade objektet.

Såvitt avser kravet om fasadplåt efterfrågades ursprungligen en viss fasadbeklädnad. Efter att kommunens stadsarkitektkontor, som också är tillståndsmyndighet vid byggnation, lämnat synpunkter på takbeklädnaden skickades en kompletterande förfrågan till samtliga anbudsgivare. I kompletteringen efterfrågades lackerad bulpräglad stålplåt. Alla anbudsgivare har godkänt begäran om komplettering då de har besvarat kompletteringen utan reservationer. Enligt kommunens bedömning uppfyller Flybo AB:s anbud de krav kommunen har ställt, såväl i grundfrågan samt efter begäran om komplettering. Vad bolaget anför om att Flybo AB inte angett plåtens tjocklek i anbudet saknar relevans då Flybo AB inte reserverat sig mot detta krav.

Beträffande skall-kraven för armatur har inkomna anbud utvärderats av kommunens tekniska personal som har bedömt Flybo AB:s anbud i den del det avser armatur som likvärdigt det efterfrågade. Enligt kommunen uppfyller Flybo AB de krav som kommunen har ställt.

Det framgår inte av Flybo AB:s anbud att tvättstället är utfört i något annat material än det som kommunen har ställt som krav. Flybo AB har inte heller lämnat någon reservation mot angivet krav.

När det gäller vad bolaget anför om att kommunen begärt en otillåten komplettering påpekas att kravet i förfrågningsunderlaget var att fasadplåten skulle vara 2 mm. Flybo AB har inte reserverat sig mot detta krav och har vid förfrågan bekräftat att deras fasadplåt uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Flybo AB har inte lämnat en komplettering utan har endast svarat på kommunens begäran om ett förtydligande. Förtydligandet hade sin bakgrund i att bolaget hävdade att Flybo AB inte uppfyllde kommunens krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av de krav som ställs på likabehandling och öppenhet följer att upphandlingen måste genomföras på ett sådant sätt som är förutsebart för anbudsgivarna. Det ska framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas. Det ska således framgå redan av anbudet att samtliga skall-krav är uppfyllda.

Bolaget har till stöd för sin ansökan anført att anbudsvinnaren Flybo AB:s lämnade anbud inte uppfyller skall-kraven avseende toalettens fasad.

I punkt 1.111 i den tekniska beskrivningen anges att "Toaletten skall vara utrustad med en HWC och en urinoar samt klädd utvändigt med 2 mm emaljerad bulpräglad stålplåt". I en senare begäran om komplettering har kommunen ombett anbudsgivarna att lämna uppgift om eventuella prisförändringar om fasaden istället ska bestå av "Lackerad bulpräglad stålplåt (ej emaljerad)".

I Flybo AB:s anbud anges beträffande toalettens ytterväggar att "Fasad utföres av pulver/våtlackerad, emaljerad fasadplåtkasseter utförande enligt ritning eller annat anpassat utförande". I anbudet anges således vare sig att plåten är bulpräglad eller dess tjocklek. Det är enligt förvaltningsrätten därmed inte möjligt att av anbudet utläsa att det aktuella skall-kravet är uppfyllt.

Kommunen har i e-postmeddelande i efterhand begärt en bekräftelse från Flybo AB av att lämnat anbud avser 2 mm stålplåt. Flybo AB har också bekräftat att anbudet avser 2 mm bulpräglad stålplåt. Då denna uppgift har hämtats in efter den tidpunkt då tilldelningsbeslutet fattats förändrar bekräftelsen enligt förvaltningsrätten emellertid inte den omständigheten att det inte av anbudet är möjligt att utläsa att det aktuella skall-kravet varit uppfyllt.

Kommunen har mot ansökan invänt att det inte kan krävas av en upphandlande enhet att denna företar kontroll av att anbudsgivarna uppfyller samtliga uppställda skall-krav. När ett anbudssvar lämnar så mycket tolkningsutrymme som är fallet i förevarande mål är enligt förvaltningsrätten en förutsättning en förutsättning för att upphandlande enhet ska kunna utgå från att skall-kraven är uppfyllda, att anbudsgivaren någonstans i anbudet har intygat att samtliga skall-krav är uppfyllda. Något sådant intygande återfinns inte i de anbud som ingetts i målet. Det är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt att Flybo AB på anvisad plats inte har angett några av-

vikelser eller reservationer mot förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner därmed att kommunen inte har haft fog för att förutsätta att skallkravet avseende fasaden varit uppfyllt i Flybo AB:s anbud. Flybo AB:s anbud skulle därmed på denna grund rätteligen ha förkastats.

Bolaget har även anfört att Flybo AB:s anbud inte uppfyller skallkravet avseende exteriör armatur. I den tekniska beskrivningen anges att "I byggnadens takfot ska infällas vandalsäkra armaturer typ Malux modell LD 6717-BSE-CO3 och LD 6724-CO-DPP eller likvärdigt". Då utrymme lämnas för likvärdiga armaturer och då kommunen bedömt att lämnat anbud är likvärdigt ankommer det på bolaget att visa att den armatur Flybo AB har offererat inte är likvärdig exemplifierade armaturer. Förvaltningsrätten finner att det underlag bolaget inkommit med inte i tillräcklig utsträckning visar att det skallkrav som är i fråga inte är uppfyllt. Skäl för att förkasta Flybo AB:s ansökan föreligger därmed inte på denna grund.

Bolaget har även ifrågasatt Flybo AB:s anbudssvar avseende tvättställsmodul. I den tekniska beskrivningen anges att "Toalett och urinoar ska försees med handtvätt med tvål för besökaren och med tempererat tappvatten och handtork. Utrustning såsom handfat, tvålautomat, handtork, papperskorg, toalettpappersbehållare byggs i en och samma enhet i rostfritt stål samt försees med beröringsfria funktioner".

I Flybo AB:s anbud beskrivs ett "Tvättställ i vandalsäkert utförande med rostfria beslagningar med förtempererat vatten (alt. kallvatten om så valts) samt integrerad handtork med beröringsfria vandalsäkra sensorer. Konstruktionen gör att tvättstället är vandalsäkert och integrerat i väggen". Enligt förvaltningsrätten medför den omständigheten att det särskilt anges att tvättstället utrustas med rostfria beslagningar en osäkerhet kring vilket material tvättstället i övrigt är tänkt att framställas av. Med anledning av detta, och då det inte någon annanstans i anbudet anges att erbjuden tvättställs-

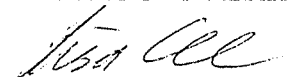
modul är i rostfritt stål, finner förvaltningsrätten att det inte av anbudet kan anses framgå att skall-kravet avseende tvättställsmodul är uppfyllt. Flybo AB:s anbud skulle därmed även på denna grund rätteligen ha förkastats.

Bolaget har slutligen anfört att även TOAB:s anbud ska förkastas bland annat på den grunden att det inte heller av TOAB:s anbud framgår att skall-kravet avseende fasad i bulpräglad stålplåt med angiven tjocklek är uppfyllt, utan att det istället av anbudet framgår att erbjuden toalettmodul är med betongfasad.

Förvaltningsrätten konstaterar att TOAB i sitt anbud anger att anbudet avser en "Prefabricerad nyckelfärdig toalettbyggnad av betong". Inte någonstans i anbudet berörs skall-kravet att urinoaren ska vara klädd utvändigt med 2 mm emaljerad bulpräglad stålplåt, alternativt i lackerad bulpräglad stålplåt. Enligt förvaltningsrätten framstår det av den beskrivning som lämnas i anbudet som att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt. I vart fall framgår det inte av anbudet att det är uppfyllt. Även TOAB:s anbud skulle därmed rätteligen ha förkastats.

Genom att anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven strider upphandlingsförfarandet mot 1 kap. 9 § LOU. Då bolagets anbud enligt vad som framgår av handlingarna placerats på andra plats jämte TOAB:s anbud, som rätteligen skulle ha förkastats, måste kommunens agerande anses ha medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten finner att det finns skäl att förordna om rättelse. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att Flybo AB:s och TOAB:s anbud förkastas.

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



Lisa Englund

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.