



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**  
**2013 -08- 2 6**  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
4418-13

**SÖKANDE**

AB AquaFence, 556750-4377  
Olof Palmes gata 20 B  
111 37 Stockholm

**MOTPART**

Kristianstads kommun  
Västra Storgatan 10-12  
291 80 Kristianstad

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår AB AquaFences ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 169702

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00

**Telefax**  
040-97 24 90  
**E-post:** forvaltningsrattenimalmo@dom.se

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## **BAKGRUND**

Kristianstads kommun genomför upphandling benämnd Barriär Hammarslundsvallen, dnr TN 2013/47. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade kommunen att anta anbudet från Inero AB. Anbudet från AB AquaFence förkastades av kommunen.

## **YRKANDEN OCH INSTÄLLNING**

### AB AquaFence

AB AquaFence (nedan bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att tilldelningsbeslutet ska återkallas och att en förnyad upphandling ska genomföras och att bolaget ska tilldelas entreprenaden.

Bolaget anför följande. Kommunen har på ett flertal punkter brutit mot LOU och sina egna skall-krav vid val av upphandlad utrustning och har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav. Det är endast bolagets utrustning som uppfyller samtliga skall-krav varför bolaget ska tilldelas entreprenaden. Vid en eventuell förnyad upphandling ska utvärderingskriterierna formuleras i mätbara termer som mäter den upphandlande utrustningens funktion dvs. skydd mot höga flöden och översvämning. Det är rimligt att efterfrågad utrustning och/eller tjänst uppfyller efterfrågad funktion. Kommunens tester och krav uppnår inte sådant syfte utan svarar på helt andra frågeställningar. När det gäller kommunens utvärdering framkommer av protokollen att endast en subjektiv utvärdering har skett och att samtliga kriterier inte testats.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett som krav att anbudsgivaren ska tillhandahålla minst 50 meter färdig produkt/barriär för test av köparen

och att anbudsgivaren ska stå för sina egna kostnader. Kommunen har motiverat sitt beslut att inte låta bolagets anbud gå vidare med att bolaget inte ville delta i begärt test utan ekonomisk ersättning. Bolaget har till anbudet istället bifogat testprotokoll från oberoende testinstitut avseende tester av offererad utrustning som visar att den uppfyller de av kommunen ställda kraven. Ett testprotokoll från ett oberoende testinstitut som visar att bolaget mycket väl uppfyller funktionskraven torde vara tillräckligt och inte ett skäl att avvisa anbudet. Vidare framgår av LOU att en vägran att delta i ett test inte kan ligga till grund för en diskvalificering om anbudsgivaren på andra sätt, såsom protokoll från genomförda tester, kan visa att kraven uppfylls. Kommunen har därmed brutit genom att inte utvärdera av bolaget bifogade handlingar på ett tillbörligt och lagenligt sätt. Bolaget har därigenom drabbats av avsevärd ekonomisk skada.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget under punkten produktspecifika krav angett att barriären ska vara tillverkad i korrosionsbeständig metall som även kan användas som skydd i marin miljö. Genom att ensidigt peka på endast ett material så bryter kommunen mot LOU. Att redan från början begränsa urvalet av material vilken utrustningen är tillverkad av begränsar konkurrensen och säkerställer inte en bred genomlysning av vad marknaden har att erbjuda. I dag finns det många material som klarar både korrosionsfriheten och den marina miljön t.ex. marin plywood och olika kompositer. Motivet att det inte krävs tester för att säkerställa åldringsbeständighet är inte relevant utan är sådan information som kan inhämtas. Inte heller motivet att endast utrustning i metall kan åtgärdas vid eventuell sprickbildning av kommunens egen personal är relevant. Argumenten verkar vara konstruerade och tillrättalagda av kommunen för att kunna försvara sitt beslut alternativt för att kunna styra upphandlingen gentemot en i förväg beslutad produkt. Kommunen borde i underlaget ha gett en vidare bredd av material genom att lägga till "eller motsvarande". I tilldelningsbeslutet framgår vidare att den av kommunen valda utrustningen kräver förutom den korrosionsfria metallen även en plast för att

uppfylla funktionen att hindra höga flöden och översvämning. Valet av utrustningen strider mot kravet på material eftersom plast per definition inte är en korrosionsfri metall. På marknaden finns utrustning som uppfyller kravet utan extra plast eller andra detaljer, t.ex. bolagets översvämningsskydd.

Kommunen har vidare ställt kravet att inga lösa delar till utrustningen ska förkomma med motiveringen att sådana kan tappas och försvinna. Den av kommunen upphandlade utrustningen innebär montering med plast utanpå utrustningen vilket enligt bolaget utgör att avsteg från kravet. De utrustningar som behöver plast skulle därmed ha uteslutits redan vid den första utvärderingen innan test. Den av kommunen valda utrustningen består vidare av flera lösa delar som t.ex. ben, skruvar och muttrar vilka fäster benen till själva plattan på vilken sedan plasten monteras. Kommunen har genom vald utrustning frångått sitt eget krav, vilket bryter mot LOU.

Kommunen har även ställt krav på att ingen del av barriären får väga mer än tjugofem kilo. Enligt bolaget ska detta krav tas bort och/eller omformuleras alternativt sättas in i den kontext som råder vid tillfället då utrustningen ska komma till användning. Kommunen har hänvisat till allmänna råd från Arbetsmiljöverket. När upphandlad utrustning ska användas råder emellertid en krissituation och vid ett sådant tillfälle kommer med all sannolikhet ett större antal människor att mobiliseras. Härigenom kan flera personer tillsammans hantera en större vikt än tjugofem kilo utan att därför överstiga de allmänna råden.

#### Kristianstads kommun

Kristianstads kommun motsätter sig bifall till bolagets yrkanden och anför följande. Kommunen upphandlar i avvaktan på en permanent lösning avseende området Hammarslundsvallen ett temporärt skydd omfattande leverans av 1 400 meter komplett barriär mot översvämning. Tre anbud lämnades i

upphandlingen. Bolaget uppfyllde inte samtliga skall-krav och diskvalificerades därför. Övriga två anbud uppfyllde ställda krav. Bolaget har genom sitt ställningstagande att inte delta i kommunens test försatt sig i en situation som medför att man inte kan komma ifråga för tilldelning. Dessutom har bolaget lämnat det högsta anbudet och kan med hänsyn till detta inte anses ha lidit eller kunna komma att lida skada.

När det gäller skydd mot höga flöden och översvämning är det kommunen som avgör säkerhetsmarginalen och hur hög denna ska vara. Kommunen har beaktat risken för att vattnet är i rörelse och därvid olika våghöjder som kan förekomma utmed Hammarslundsvallen. Det råder unika förhållanden och i förväg fastställda normer eller utförda tester kan inte tillämpas på barriären.

När det gäller kravet på inga lösa delar förekommer inga sådana i det vinnande anbudet. Plastduk utgör enligt kommunen inte en lös del utan är integrerad i utrustningen. Beträffande definitionen av lösa delar framgår av förfrågningsunderlaget vad som avses, nämligen ”lösa sprintar, skruvar, muttrar, stag eller stänger”. Syftet med kravet framgår också – att minimera risken för felmontering och avsaknad av detaljer. Plastduk nämns inte som en integrerad del av barriärens sektioner. Kommunen har felaktigt utgått från att plast är nödvändig för skyddets täthet. Val av material har emellertid ingen betydelse för prövningen av målet eftersom bolagets barriär inte har testats.

Angående kravet av material har kommunen inte angett ett visst material utan ”korrosionsbeständig metall” inom vilket ryms en kombination av olika metaller, t.ex. galvanisering och rostfritt stål. Detta möjliggör olika metallval. Kravet motiveras med att det inte krävs tester för att säkerställa åldringsbeständighet av olika komponenter samt att eventuella skador som kan uppkomma då skydden är i bruk, som t.ex. brottsanvisning, kan åtgärdas i kommunens egen regi. Det senare är inte möjligt om material av olika komposit förekommer.

Viktkravet ställs inte på grund av barriärens konstruktion utan utifrån Arbetsmiljöverkets föreskrifter. Förhållandena på Hammarslundsvallen försvårar i hög grad monteringen av barriären om viktkravet skulle överskridas. Ytterst specifika förhållanden föreligger. Varje enskilt arbetsmoment måste kunna hanteras av en person varvid särskilda regler för lyft m.m. gäller enligt nämnda föreskrifter.

Kommunen ställer vidare som krav att anbudsgivaren ska tillhandahålla minst 50 meter färdig produkt/barriär för test. Krav på att medverka vid praktiskt test är förenligt med LOU och anbudsgivare som inte deltar försätter sig själv i den situationen att utvärdering av anbudet inte kan genomföras. I förfrågningsunderlaget finns inte föreskrivet att tidigare genomförda tester kan godtas eller ersätta praktiska test på plats. Upphandlande myndighet har med beaktande av bestämmelserna i LOU rätt att själv bestämma hur utvärdering ska genomföras. Tester utförda i andra sammanhang eller i simulerade bassänger kan inte tillämpas på de specifika förhållanden som aktualiseras vid vallen i krisläge. De övriga anbudsgivarna har deltagit i det test som förskrivs i underlaget. Enligt kommunen kan bolaget inte anses ha lidit skada med hänsyn till vägran att medverka i utvärdering genom test. Oavsett detta skulle bolaget inte ha tilldelats kontrakt även om skall-krav och test genomförts på grund av placering som nummer tre. Endast en anbudsgivare tecknar avtal med kommunen.

## 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 upphand-

lingar 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

##### *Krav i förfrågningsunderlaget*

Förvaltningsrätten kan först konstatera att det inte är anbudsgivarna utan den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov har att bestämma och ange föremålet för upphandlingen samt att utarbeta och formulera ett förfrågningsunderlag som är tydligt och begripligt.

Kommunen har under produktspecifika krav i förfrågningsunderlaget ställt krav på att barriären ska vara tillverkad i korrosionsbeständig metall som även kan användas som skydd i marin miljö. Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna i ett förfrågningsunderlag inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisning till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Enligt förvaltningsrätten visar utredningen i målet inte annat än att utformningen av kravet möjliggör för anbudsgivare att lämna anbud på olika metaller som är korrosionsbeständiga. Kravets utformning kan därför inte anses vara så konkurrensbegränsande att likabehandlingsprincipen träds för när. Inte heller kan kravet med hänsyn till kommunens behov anses vara oproportionerligt. Kommunen har vidare angett som krav att anbudsgivare

ska tillhandahålla minst 50 meter färdig produkt/barriär för test av köparen samt att ingen del av barriären ska väga mer än tjugofem kilo. Enligt förvaltningsrätten har bolaget inte förmått visa att kraven som sådana eller att utformningen av dessa skulle strida mot bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte.

*Fråga om övriga anbudsgivare uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget*

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen och utvärderingen av anbuden mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har i målet anfört att de två övriga anbudsgivarna inte uppfyller kravet avseende korrosionsbeständig metall då utrustningen innebär montering med plast utanpå utrustningen. Bolaget har vidare anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller kravet på inga lösa delar.

Kommunen har under produktspecifika krav i förfrågningsunderlaget ställt krav på att barriären ska vara tillverkad i korrosionsbeständig metall som även kan användas som skydd i marin miljö. Såvitt framgår av utredningen i målet har de två övriga anbudsgivarna, Inero AB och Geodesign AB, offererat barriärer i korrosionsbeständig metall i enlighet med kravet. Enligt förvaltningsrättens mening kan, med hänsyn till hur kravet är utformat, inte den omständigheten att de offererade barriärerna har plastduk som en integrerad del av utrustningen anses medföra att kravet inte är uppfyllt.

Kommunen har vidare ställt krav på att en robust sammankoppling av barriärens sektioner ska kunna ske utan lösa sprintar, skruvar, muttrar, stag eller stänger för att minimera risken för felmontering och avsaknad av detaljer. Den vinnande anbudsgivaren, Inero AB, har såvitt framgår offererat



en utrustning med integrerad plastduk. Enligt förvaltningsrätten är det i målet inte visat att den aktuella plasten utgör en sådan lös del som avses i det aktuella kravet. Bolaget har inte heller i övrigt i målet förmått visa att den vinnande anbudsgivarens offererade utrustning inte uppfyller det aktuella kravet. Skäl för ingripande enligt LOU på dessa grunder föreligger därför inte.

*Fråga om kommunen haft skäl för att diskvalificera bolagets anbud*

För ett ingripande i upphandlingen krävs, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, att den klagande leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada av felet i upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingsgrunden är lägsta pris. Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att bolaget lämnat det högsta priset i upphandlingen samt att det i målet inte är visat annat än att övriga anbudsgivare uppfyller de av kommunen ställda kraven. Då bolaget på grund av det, i förhållande till övriga anbudsgivare, högre priset inte haft möjlighet att erhålla entreprenaden, oavsett om anbudet inte diskvalificerats eller samtliga krav varit uppfyllda, så kan bolaget inte heller anses ha lidit eller komma att lida skada. Skäl saknas därför för ingripande enligt LOU på denna av bolaget anförda grunden.

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

  
Anders Mattsson

Sune Wennerberg har föredragit målet.



# 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 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 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.