



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Mattias Håkansson
 Föredragande

DOM
 2011-03-04
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 7024-10
 Enhet 2

SÖKANDE

Nordic House Construction AB, 556483-8968
 Box 12037
 102 21 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Verksjurist Essa Malmqvist
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att Trafikverkets upphandling avseende ”Ådalsbanan, byte av 3 764 fönster” med diarienummer TRV2010/79727 ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 13 december 2010 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 25611

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en förenklad upphandling avseende "Ådalsbanan, byte av 3 764 fönster" med diarienummer TRV2010/79727. Upphandlingen omfattar huvuddelarna 1 och 2 som utvärderas var och en för sig. Tilldelningsbeslut fattades den 3 december 2010, varvid Mockfjärds Fönsterentreprenad AB (i det följande Mockfjärds) och Wiiks Bygg AB (i det följande Wiiks) antogs som leverantörer.

YRKANDEN M.M.

Nordic House Construction AB (i det följande Bolaget) begär överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förplikta Trafikverket att företa en ny anbudsutvärdering varvid Bolagets anbud ska tas upp till prövning samt att anbuderna från Mockfjärds och Wiiks ska förkastas. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Som grunder för sin ansökan anger Bolaget följande. (1) Bolagets anbud uppfyller samtliga skall-krav och ska därför utvärderas. Trafikverket har inte föreskrivit hur produktbeskrivningen och specifikationen över erbjudna fönster ska se ut, d.v.s. ställt några formkrav i detta avseende. Det finns därför inget hinder mot att i själva anbudstexten ange produktbeskrivning/specifikation såsom Bolaget har gjort. Att ställa upp sådana krav i efterhand strider mot principerna om likabehandling och transparens. Vidare har Trafikverket i upphandlingsprotokollet felaktigt angett att upphandlingen avser en utförandeentreprenad. Med detta som utgångspunkt har man vid anbudsprövningen felaktigt trott att UFB.31, punkt 5, innebär att Bolaget ska redovisa ett färdigt förslag på fönster. Detta är fel. (2) Trafikverkets tekniska föreskrifter innebär att s.k. MSE-fönster inte är tillåtna vilket leder till att Domlux och Domusgruppen – såsom underleverantörer till Bolaget – utesluts från att delta vid upphandlingen. Även övriga finska fönsterfabriker med MSE-fönster i sin produktion utesluts i och med Trafikverkets föreskrifter. En upphandlande enhet får inte utforma kravspeci-

fikationen för att utesluta en eller flera leverantörer. De skrivningar som görs måste vara motiverade utifrån föremålet med upphandlingen. I detta fall är föreskriften diskriminerande och oproportionell eftersom Trafikverket inte har kunnat ange någon teknisk grund för att underkänna fönster av MSE-modell. Vidare kommer föreskriften i konflikt med 6 kap. 4-5 §§ LUF. (3) Mockfjärds och Wiiks anbud är orena eftersom de avviker från den kravspecifikation som anges i förfrågningsunderlaget. Genom att ändå ta upp dessa anbud till prövning har Trafikverket agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Mockfjärds anbud innehåller restriktioner eftersom det inte klarar bredare än 1 500 mm eller högre än 2 300 mm. Wiiks erbjuder en utåtgående dörr, i strid med teknisk beskrivning och Trafikverkets uppdrag att sätta in fönster och dörrar som klarar Rw 44dB-kravet.

Trafikverket motsätter sig Bolagets yrkanden och anför följande. (1) Av UFB.31 punkten 5 framgår uttryckligen att det av anbudena ska framgå produktbeskrivning och specifikation över erbjudna fönster. Anledningen till det uppställda kravet är att det i förfrågningsunderlaget har angetts ett flertal krav på de fönster som ska monteras. För att kunna verifiera att kraven uppfylls har därför begärts att anbudena ska innehålla en produktbeskrivning och specifikation för de fönster man avser att montera. Av den tekniska beskrivningen framgår vilka krav som ställs på fönstren. Därav är det uppenbart att beskrivningen och specifikationen ska innehålla uppgifter som verifierar att dessa krav uppfylls. Bolaget har inte specificerat eller beskrivit de fönster Bolaget avser att montera så att det går att verifiera att de uppfyller ställda krav. Det finns inget krav på att det är broschyrer och ritningar som ska ges in utan det är tillräckligt att i anbudstexten ange begärda uppgifter. Bolaget har inte bifogat någon produktbeskrivning/specifikation eller lämnat motsvarande uppgifter i anbudstexten. Bolaget har därmed inte uppfyllt samtliga ska-krav. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud som inte uppfyller uppställda ska-krav kan komma att förkastas. (2) Trafikverket har inte agerat i strid med 6 kap. 4 § LUF eftersom det av

förfrågningsunderlaget inte följer några begränsningar i att produkterna ska komma från visst land, hur tillverkning ska ske eller avser visst varumärke. Istället har föreskrivits en viss konstruktion som är vanligt förekommande. Motivet till detta krav är funktionaliteten för brukaren. Erfarenheten från när fönster tidigare har monterats med glidskena är att fastighetsägarna inte är nöjda med funktionaliteten vad gäller öppning och rengöring. Ett antal fönster har därför fått bytas ut. Detta är bakgrunden till kravet. Bolaget har inte visat att man lidit skada av kravet i förfrågningsunderlaget att fönster med s.k. glidskena inte är tillåtna eftersom det uppenbarligen inte inneburit att Bolaget uteslutits från att lämna anbud. Värt att notera är att företaget Domlux, som Bolaget refererar till, inte har uteslutits från att delta i upphandlingen som Bolaget gör gällande. Domlux säljer nämligen inte enbart de s.k. MSE-fönstren med glidskena utan även fönster som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. För övrigt kan noteras att ett antal anbudsgivare avgett anbud i upphandlingen, vilket talar emot att förfrågningsunderlaget haft en sådan utformning att det påverkat det konkurrensuppsökande skeendet. (3) En upphandlande enhet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud får förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I produktbeskrivningen över erbjudna fönster i Mockfjärds anbud anges måtten för denna fönstertyp vara 450-1 500 mm bredd och 450-2 300 mm höjd. Vid anbudsgenomgången begärdes förtydligande hur Mockfjärds avsåg att lösa situationer där måtten avviker från ovan nämnda spann. Svaret från Mockfjärds var att detta är normalmått för denna fönstertyp men att man också kan tillverka fönstren med andra mått. På uttrycklig fråga bekräftade Mockfjärds att anbudet avser samtliga i förfrågan aktuella mått på fönster. Med detta förtydligande kunde konstateras att anbudet inte innehöll någon reservation. När det gäller Wiiks anbud fanns bifogat en produktbroschyr som anger att erbjudna fönsterdörrar är utåtgående. Vid anbudsgenomgången påpekades att detta avvek från den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget. Svaret från Wiiks var att detta berodde på ett rent förbiseende och att man

avser att montera fönsterdörrar som uppfyller kraven. Efter detta förtydligande kunde konstateras att anbudet inte innehöll några reservationer. Om Bolaget lämnat motsvarande uppgifter i sitt anbud hade det behandlats på samma sätt.

UTREDNINGEN I MÅLET

Enligt punkt UFB.31 i Upphandlingsföreskrifterna ska det beträffande administrativa och tekniska uppgifter av anbudet framgå bl.a. produktbeskrivning och specifikation över erbjudna fönster. I samma punkt anges att anbudsgivaren har att tillse att anbudet är komplett och innehåller samtliga begärda uppgifter i föreskriven form och att beställaren inte har någon skyldighet att begära att ett ofullständigt anbud förtydligas eller kompletteras.

Av punkt UFB.5 i Upphandlingsföreskrifterna framgår följande. Anbudsprövningen sker dels genom prövning av om anbudsgivare och anbud uppfyller de krav som ställts och dels genom prövning av anbudet utifrån de värderingsgrunder som ställts upp. Anbud som inte innehåller alla uppgifter enligt UFB.31 kan komma att förkastas.

Av Handling 6.4.1 ”Teknisk beskrivning” framgår följande. Fönster ska ha värdet minst Rw 44. Vidare ska fönster vara inåtgående och sidohängda samt lätta att öppna och stänga med vred på varje fönster. Bågarna ska sitta ihop i ett stycke när fönstret öppnas. Det innebär att lösningar med s.k. glidskena eller liknande, där bågarna rör sig i förhållande till varandra vid öppning, inte godtas.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Av 16 kap. 5 § LUF följer att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma

att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 12 § andra stycket LUF följer att en upphandlande enhet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 15 kap. 2 § LUF jämförd med 6 kap. 4 § första stycket LUF 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget

Bolaget har gjort gällande att Trafikverkets tekniska föreskrifter innebär att s.k. MSE-fönster inte är tillåtna och att detta leder till att vissa leverantörer, däribland Bolaget, missgynnas i förhållande till andra leverantörer. Den omständigheten att Trafikverket har ställt upp ett krav som innebär att lösningar med s.k. glidskena eller liknande inte godtas medför emellertid inte att det aktuella kravet kommer i konflikt med bestämmelsen i 6 kap. 4 §

LUF. Det bör härvid särskilt framhållas att den konstruktion som Trafikverket har föreskrivit torde vara vanligt förekommande och kan därmed inte anses innebära sådana begränsningar som förutsätts enligt nämnda bestämmelse. Med hänsyn till vad Trafikverket har anfört om motivet till den aktuella föreskriften och tidigare erfarenheter angående funktionaliteten avseende lösningar med s.k. glidskena kan det aktuella kravet inte heller anses komma i konflikt med bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF. Vad beträffar bestämmelsen i 6 kap. 5 § LUF så är denna inte tillämplig i detta fall eftersom upphandlingen har genomförts i form av ett förenklat förfarande i enlighet med bestämmelserna i LUF som gäller under tröskelvärdet. Mot denna bakgrund saknas skäl för ingripande enligt LUF i denna del.

Bolagets anbud

Av förfrågningsunderlaget framgår att det av lämnade anbud ska framgå produktbeskrivning och specifikation över erbjudna fönster (punkt UFB.31 i Upphandlingsföreskrifterna). Vidare framgår att anbud som inte innehåller alla uppgifter enligt UFB.31 kan komma att förkastas. Förfrågningsunderlaget kan inte anses vara otydligt eller oklart i det här avseendet. Av förfrågningsunderlaget kan visserligen inte anses följa något hinder mot att i anbudstexten löpande beskriva produkten och specificera erbjudna fönster. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att Bolaget i sitt anbud endast har angett att det erbjuder sig att leverera och montera trä/aluminiumfönster för bullerisolering enligt förfrågningsunderlaget och som uppfyller kraven i den tekniska beskrivningen. I övrigt har Bolaget inte bifogat några uppgifter om fönstren. Mot denna bakgrund kan Bolagets anbud inte anses uppfylla det aktuella kravet. Trafikverket har därmed haft fog för att förkasta Bolagets anbud. Vad Bolaget anfört om att Trafikverket felaktigt behandlat upphandlingen som en utförandeentreprenad vid anbudsutvärderingen medför ingen annan bedömning. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF i denna del.

Mockfjärds och Wiiks anbud

Bolaget har gjort gällande att Trafikverket borde ha förkastat Wiiks och Mockfjärds anbud eftersom dessa är orena. Detta då anbuden avviker från den kravspecifikation som anges i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har konstaterat att Trafikverket har haft rätt att förkasta Bolagets anbud. En anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt sett inte att lida skada av att en upphandlande enhet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. I detta fall är det emellertid endast två anbudsgivare som har gått vidare till utvärderingsfasen och det är dessa anbudsgivares anbud som Bolaget menar borde ha förkastats. Vid sådana förhållanden får Bolaget i vart fall anses riskera att lida skada om även Mockfjärds och Wiiks anbud borde ha förkastats på grund av att anbuden innehåller reservationer som kommer i konflikt med de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Göteborg avgörande i målnummer 4660-10). Förvaltningsrätten har därför att pröva Bolagets invändningar om att Mockfjärds och Wiiks anbud är orena.

Vad gäller Mockfjärds anbud gör förvaltningsrätten följande överväganden. I produktbeskrivningen över erbjudna fönster i Mockfjärds anbud anges följande beträffande fönstermått. Karmyttermått enligt beställning, dock inom dessa; Bredd 450-1 500 mm (1 800 mötesdörrar) och Höjd 450-2 300 mm. Trafikverket har inte ifrågasatt att måtten i vissa fall avviker från i förfrågan aktuella mått på fönster. Trafikverket har emellertid uppgett att man i samband med anbudsgenomgången begärde ett förtydligande hur Mockfjärds avsåg att lösa situationer där måtten avviker från nämnda spann. Mockfjärds uppges därvid ha svarat att detta är normalmått men att man också kan tillverka fönstren med andra mått. Mockfjärds ska i svar

till Trafikverket även uttryckligen ha bekräftat att anbudet avser samtliga i förfrågan aktuella mått på fönster.

I förfrågningsunderlaget har inte ställts upp några krav på att anbudsgivarna i anbuden ska ange samtliga fönstermått. Det får emellertid anses följa ett krav på att anbudsgivarna utan reservationer erbjuder sig att byta ut aktuella fönster utifrån de mått som gäller för respektive fönster (jfr UFB.22 och UFB.311-312 med § 1.2 i Handling 1 Entreprenadkontrakt). I målet är utrett att en del av de fönster som ska bytas ut har mått som faller utanför det spann som Mockfjärds angett i den produktbeskrivning som fogats till anbudet. Mot denna bakgrund får Mockfjärds anbud anses innehålla en reservation beträffande fönstrens karmyttermått.

Frågan är då om det förtydligande som Trafikverket har begärt av Mockfjärds har kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning på så sätt som förutsätts i 15 kap. 12 § LUF.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning får de förklaringar som Mockfjärds tillåtits lämna efter Trafikverkets förfrågan anses innebära att Trafikverket, efter anbudstidens utgång, har låtit Mockfjärds ändra uppgifterna i anbudet för att på så sätt kunna uppfylla samtliga krav. Med hänsyn härtill rör det sig enligt förvaltningsrättens mening inte om ett sådant förtydligande eller en sådan komplettering som är tillåten enligt 15 kap. 12 § LUF.

Vad beträffar Wiiks anbud antecknar förvaltningsrätten följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att fönster ska vara inåtgående (Handling 6.4.1 "Teknisk beskrivning" s. 29). I den produktbroschyr som har fogats till Wiiks anbud anges att erbjudna fönsterdörrar är utåtgående. Av utredningen framgår att Trafikverket, efter anbudstidens utgång, har påpekat för Wiiks att uppgifterna i produktbroschyren avviker från den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget och frågat om detta innebär en reser-

vation. Vidare har Trafikverket framhållit att Wiiks i sitt svar uppgett att detta beror på ett rent förbiseende och att man avser att montera fönsterdörrar som uppfyller kraven. Enligt förvaltningsrättens mening får de förklaringar som Wiiks tillåtits lämna efter Trafikverkets förfrågan anses innebära att Trafikverket, efter anbudstidens utgång, har låtit Wiiks ändra uppgifterna i anbudet för att på så sätt kunna uppfylla samtliga krav. Med hänsyn härtill rör det sig inte om ett sådant förtydligande eller en sådan komplettering som är tillåten enligt 15 kap. 12 § LUF. Därtill kommer att det i produktbroschyren anges att ljudreduktionen för erbjudna fönster uppgår till Rw 34 mot det i den tekniska beskrivningen uppställda kravet om minst Rw 44.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att Trafikverket rätteligen borde ha förkastat även Mockfjärds och Wiiks anbud. Trafikverkets agerande i denna del kan vid angivna förhållanden inte anses förenligt med principen om likabehandling. Som en följd härav får Bolaget i vart fall anses riskera att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LUF. I följd av denna bedömning och då det inte finns förutsättningar för rättelse ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Anna Önell

rådman