



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Mattias Håkansson
 Föredragande

DOM
 2011-08-25
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2292-11, 2326-11
 Enhet 2

SÖKANDE

1. Agrab Mark & Fastighet AB, 556703-7782
 Mått Johanssons väg 7
 633 46 Eskilstuna

2. Fönsterspecialisten Norrland AB, 556548-5256
 Mullbergsvägen 11
 931 37 Skellefteå

Ombud: Advokaten Madeleine Sifvert
 Advokatfirman NOVA AB
 Linnégatan 18
 114 47 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Advokaterna Malin Håkansson, Tomas Kjellgren och Louise Wi-
 dén
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 4291
 203 14 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Agrab Mark & Fastighet AB:s och Fönsterspecia-
 listen Norrland AB:s ansökningar om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2011-08-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Trafikverket genomför en förenklad upphandling avseende "Ådalsbanan, byte av 4 260 fönster" med diarienummer 2011/21838. Upphandlingen omfattar huvuddelarna 1 och 2 som utvärderas var och en för sig. Tilldelningsbeslut fattades den 17 maj 2011, varvid Mockfjärds Fönstrentreprenad AB (i det följande Mockfjärds) och S.T. Wiiks Bygg AB (i det följande Wiiks) antogs som leverantörer.

YRKANDEN M.M.

Agrab Mark & Fastighet AB (i det följande Agrab) begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att dess anbud ska utvärderas av Trafikverket. I andra hand yrkar Agrab att upphandlingen ska göras om. Som grunder för sin ansökan anger Agrab följande. I UFB.31 punkten 5 nämns inte något om ytterligare information av fönsterdörrar. Det är inte självklart att även fönsterdörrar omfattas av formuleringen. I tilldelningsbeslutet har endast angetts att Agrabs fönsterdörrar inte klarar uppställda ljudkrav. I övrigt nämns inget angående bristfällig teknisk information. Detta har framhållits först i efterhand när det visat sig att dörrarna klarar kraven. Vidare har Trafikverket på ett felaktigt sätt tagit kontakt med fönsterleverantören. Svaret som erhöles från fönsterleverantören har inte varit relevant. Agrabs anbud klarar uppställda krav. Dessutom uppfyller varken Mockfjärds eller Wiiks anbud samtliga krav varför dessa inte borde ha utvärderats.

Fönsterspecialisten Norrland AB (i det följande Fönsterspecialisten) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att dess anbud ska utvärderas av Trafikverket. Som grunder för sin ansökan anger Fönsterspecialisten följande. Fönsterspecialistens anbud innehåller samtliga uppgifter som Trafikverket begärt enligt UFB.31. Även i övrigt uppfyller Fönsterspecialisten kvalificeringskravet enligt UFB.52. Det finns inte något krav som anger att en anbudsgivare måste klara en viss sluttid. Tra-

fikverket har därmed brutit mot LUF genom att inte utvärdera Fönsterspecialistens anbud. Vidare ingår färdigställande i tid som ett utvärderingskriterium som ska bedömas utifrån anbudsgivares redogörelser i "Genomförandebeskrivning". Färdigställande till 2012-01-31 är således inte en omständighet som kan läggas till grund för att utesluta Fönsterspecialistens anbud. Dessutom kommer entreprenadkontraktet alltid att ha företräde framför vad som anges i anbudet i denna del eftersom kontraktet är högre rangordnat. Detta talar för att det i upphandlingen inte finns något uppställt skall-krav som anger färdigställande senast 2012-01-31. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att tydligt ange vad som utgör skall-krav. Ett skall-krav ska därför redovisas i upphandlingsföreskrifterna och inte undandömt i den del av förfrågningsunderlaget som tar sikte på utförandet av själva entreprenaden. Även detta talar för att föreskriften är ett bör-krav och inte ett skall-krav.

Trafikverket motsätter sig Agrabs och Fönsterspecialistens yrkanden och anför följande.

Agrabs ansökan

Enligt punkten UFB.31 i upphandlingsföreskrifterna ska anbuderna innehålla en produktbeskrivning och specifikation. Agrab har beträffande offererade fönsterdörrarna endast bifogat ritningar där namnet på leverantören framgår. Det framgår inte av ritningarna om fönsterdörrarna uppfyller skallkraven i den tekniska specifikationen. Någon annan produktbeskrivning eller specifikation har inte bifogats anbudet. Trafikverket har vid anbudsvärderingen därför inte kunnat se om skallkraven är uppfyllda. Det är riktigt att en tjänsteman hos Trafikverket har varit i kontakt med fönsterleverantören. Kontakten har inte missgynnat Agrab eftersom Agrabs anbud oavsett kontakten inte uppfyllde skallkraven.

Mockfjärd har i sitt anbud bifogat en genomförandebeskrivning i enlighet med skall-kravet i punkten UFB.31 i upphandlingsföreskrifterna. Bland annat har Mockfjärd gett in en tidplan som är detaljerad på dagnivå och med etappindelning som anger hur många fönster som ingår i varje etapp.

Fönsterspecialistens ansökan

I § 4.4 i entreprenadkontraktet anges "Kontraktsarbetena ska vara färdigställda och tillgängliga för slutbesiktning senast 2012-01-31". Av ordalydelsen framgår tydligt att färdigställandetiden är ett skall-krav. Av Fönsterspecialistens tidplan framgår att arbetena för huvuddel 1 kommer att pågå till och med vecka 9 2012 och för huvuddel 2 till och med vecka 8 2012. Eftersom Fönsterspecialistens anbud inte uppfyller föreskrivet krav om färdigställandetid har Trafikverket agerat korrekt när anbudet förkastats.

Av punkten UFB.52 i upphandlingsföreskrifterna framgår att färdigställande i tid inte är en omständighet som isolerat tillmäts betydelse vid anbudsprövningen, utan det som bedöms är upplägg, resurssättning, åtgärder etc. som "sammantaget säkerställer ett bra utförande, färdigställande i tid, förebygger risker...". Senaste dag för färdigställande och genomförandet av entreprenaden på ett sådant sätt så att färdigställande i tid säkerställs, är två olika frågor. Det ena är ett skall-krav och det andra en omständighet som utgör en del av ett utvärderingskriterium. Oavsett om Trafikverket skulle ha sammanblandat kvalificeringskraven med andra krav (vilket inte har skett) så hade detta ändå inte förändrat det faktum att Fönsterspecialistens anbud brister i uppfyllande av skall-kravet om färdigställandetid, varför Fönsterspecialisten inte skulle ha lidit eller riskerat lida någon skada.

AKTUELL LAGTEXT

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 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 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Agrabs anbud

I upphandlingsprotokollet har Trafikverket angett att de fönsterdörrar som Agrab offererat i sitt anbud inte uppfyller kravet på ljudisolering. Något annat skäl för att förkasta Agrabs anbud har inte angetts i protokollet. En upphandlande enhet som har förkastat ett anbud med hänvisning till att detta inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget bör enligt förvaltningsrättens mening inte vara förhindrad att – under en pågående överprövningsprocess – även avseende andra obligatoriska krav åberopa bristande kravuppfyllelse. Förvaltningsrätten har därmed att pröva de invändningar som Trafikverket framställt rörande Agrabs anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det av lämnade anbud ska framgå produktbeskrivning och specifikation över erbjudna fönster (punkten UFB.31 i upphandlingsföreskrifterna). Vidare framgår att anbud som inte innehåller alla uppgifter enligt UFB.31 kan komma att förkastas (punkten

UFB.5 i upphandlingsföreskrifterna). Förfrågningsunderlaget kan inte anses vara otydligt eller oklart i det här avseendet.

Trafikverket har anfört att Agrab endast bifogat ritningar där namnet på leverantören framgår och att det inte framgår av ritningarna om fönsterdörrarna uppfyller kraven i den tekniska specifikationen. Någon annan produktbeskrivning eller specifikation har enligt Trafikverket inte bifogats anbudet och det har därför inte gått att se om kravet avseende t.ex. ljuddämpning är uppfyllt. Till stöd för sin ståndpunkt har Trafikverket gett in ritningar som fogats till Agrabs anbud samt utdrag ur den tekniska beskrivningen.

Enligt förvaltningsrätten kan de ritningar som fogats till Agrabs anbud i sig inte anses innehålla tillräckliga uppgifter för att uppfylla kravet i UFB.31 om produktbeskrivning och specifikation över erbjudna fönsterdörrar. Enligt förvaltningsrätten måste förfrågningsunderlaget tolkas så att även fönsterdörrar omfattas av begreppet fönster i det här sammanhanget. Någon annan produktbeskrivning eller specifikation har enligt Trafikverket inte bifogats anbudet. Agrab har inte motbevisat Trafikverkets uppgifter i det här avseendet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Agrabs anbud inte kan anses uppfylla det aktuella kravet. Trafikverket har därmed haft fog för att förkasta Agrabs anbud. Vad Agrab anfört om Trafikverkets kontakter med fönsterleverantören föranleder ingen annan bedömning. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF i denna del.

Mockfjärds och Wiiks anbud

Agrab har gjort gällande att Trafikverket borde ha förkastat Mockfjärds och Wiiks anbud eftersom dessa inte uppfyller samtliga krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har konstaterat att Trafikverket haft rätt att förkasta Agrabs 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 Agrab menar borde ha förkastats. Vid sådana förhållanden får Agrab i vart fall anses riskera att lida skada om även Mockfjärds och Wiiks anbud borde ha förkastats på grund av att anbuden inte uppfyller de krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Göteborg avgörande i målnummer 4660-10). Förvaltningsrätten har därför att pröva Agrabs invändningar om att Mockfjärds och Wiiks anbud inte uppfyller samtliga krav.

Vad gäller Mockfjärds anbud gör förvaltningsrätten följande överväganden.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den parten som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69).

Agrab har gjort gällande att Mockfjärds anbud inte innehåller samtliga uppgifter som krävs enligt punkten UFB.31 i upphandlingsföreskrifterna. Agrab har därvid framhållit underpunkterna 4 a-b. Av nämnda punkter följer att det av anbudet ska finnas en genomförandebeskrivning av vilken ska framgå beskrivning hur entreprenören tänker bedriva de olika delarna som ingår i uppdraget samt tidplan som är så detaljerad att uppföljning kan ske veckovis. Enligt Agrab är det inte möjligt att följa upp något av detta i Mockfjärds anbud.

Trafikverket har däremot anfört att Mockfjärd bifogat en genomförande-
beskrivning (inklusive tidplan) i enlighet med punkten UFB.31 i upphand-
lingsföreskrifterna. Till stöd för sin uppfattning har Trafikverket gett in en
genomförandebeskrivning samt tidplan som enligt Trafikverket har fogats
till Mockfjärds anbud.

Med hänsyn till den utredning som Trafikverket gett in avseende Mockf-
järds anbud kan Agrab inte anses ha motbevisat Trafikverkets uppgifter om
att Mockfjärds anbud uppfyller de aktuella kraven i förfrågningsunderla-
get. Agrab har inte på ett klart och tydligt sätt angett någon annan omstän-
dighet som utgör skäl för ingripande enligt LUF. Enligt förvaltningsrätten
saknas därmed skäl att förkasta Mockfjärds anbud utifrån de omständighe-
ter som Agrab angett. Vid sådant förhållande och med beaktande av att
Mockfjärds anbud – såvitt framkommit – omfattar såväl huvuddel 1 som 2
saknas skäl att pröva om Wiiks anbud rätteligen borde ha förkastats (jfr
upphandlingsprotokollet). Förvaltningsrättens ställningstagande i det här
avseendet grundar sig på att Agrab inte har visat att det kan komma att lida
skada i förevarande situation oavsett om Wiiks anbud rätteligen borde ha
förkastats eller inte. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF i
denna del.

Fönsterspecialistens anbud

I § 4.4 "Färdigställandetid" i entreprenadkontraktet anges att kontraksar-
betena ska vara färdigställda och tillgängliga för slutbesiktning senast den
31 januari 2012. Entreprenadkontraktet utgör en del av förfrågningsunder-
laget (jfr punkten UFB.22 i upphandlingsföreskrifterna och § 1.2 i entre-
prenadkontraktet). I den tidplan som Fönsterspecialisten fogat till sitt an-
bud anges att arbetena för huvuddel 1 kommer att pågå till och med vecka
9 2012 och för huvuddel 2 till och med vecka 8 2012. Fönsterspecialistens
anbud överensstämmer således inte med förfrågningsunderlaget i det här
avseendet. Enligt förvaltningsrätten kan villkoret i § 4.4 i entreprenadkon-

traktet inte anses vara otydligt. Eftersom Fönsterspecialisten har gett in ett orent anbud har Trafikverket haft fog för att förkasta detta.

Enligt förvaltningsrätten har Fönsterspecialisten inte visat att Trafikverket har sammanblandat ett obligatoriskt krav och ett utvärderingskriterium på ett sådant sätt att Fönsterspecialisten har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF i denna del.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten anser att Trafikverket haft fog för att förkasta anbuden från Agrab och Fönsterspecialisten. Vidare har Agrab inte visat att Mockfjärds anbud brister i uppfyllelse av de obligatoriska krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Vid sådant förhållande har Agrab inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada på grund av eventuella brister i Wiiks anbud. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF. Ansökningarna om överprövning ska således avslås.

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



Eva Karlsson Helghe

rådman