



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-07-24
Meddelad i Jönköping

Mål nr
1280-17

KONKURRENSVERKET	
2017-07-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

PARTER

Sökande

Presto Brandsäkerhet AB, 556112-0584
Datavägen 37
436 32 Askim

Motpart

Upphandlingsenheten i Skövde kommun
54183 Skövde

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Upphandlingsenheten i Skövde kommun (kommunen) genomför en upphandling av reparation, underhåll m.m. av brandredskap, genom ett förenklat förfarande enligt LOU. Utvärdering har skett med utgångspunkten att anta anbud med lägst pris. I tilldelningsbeslutet daterat den 6 mars 2017 antogs annan leverantör än Presto Brandsäkerhet AB (Presto).

Presto ansöker nu om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen görs om i sin helhet.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Dok.Id 230367

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

VAD PARTERNA ANFÖR

Presto

Presto har under anbudsförfarandet försökt få förtydligande och klargörande av kravspecifikationer utan att kommunen kunnat ge några tydliga svar.

Kommunen har i upphandlingsdokumentet (FFU) och i *frågor och svar* lämnat flertalet motstridiga uppgifter vilket gjort att anbudsgivare inte kunnat utläsa vad den upphandlande myndigheten önskar upphandla. Genom sitt handlande har kommunen påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna korrekta anbud. Kommunen har även angett att man kanske kommer att inkludera andra produkter än nettoprissatt sortiment, utan att ange hur detta beslut kommer tas.

I FFU anger kommunen ett antal krav på tjänsten gällande service och reparation (2.1.3), tryckprovning (2.1.4) och verkstadsgenomgång (2.1.5). Vidare anges under punkten 2.3.3 angående prissättning bl.a. följande.

-Leverantören skall ange ett årligt pris för service och underhåll på Köparens brandredskap i Bilaga 3, Brandredskapsförteckningen. I priset skall samtliga kostnader för service och underhåll ingå enligt förutsättningarna i detta FFU. [...]

-De årliga priserna som Leverantören anger i Bilaga 3, Brandredskapsförteckningen ska vara inklusive samtliga kostnader (och samma för alla år).

Tolkningen av detta borde vara att samtliga kostnader för ovan nämnda punkter ska inkluderas i angivet pris i Bilaga 3. Eftersom ovanstående information kan missuppfattas och priset i Bilaga 3 har en stor inverkan på anbudssumman bad Presto den 15 februari 2017 om ett förtydligande, via Tendsign i en publik fråga i *Frågor och svar*, av om priset i Bilaga 3 skulle anges för det som de svenska standarderna anger som underhåll. Kommunen väljer då att svara privat i *Frågor och svar* att det är förutsättningarna enligt FFU som gäller. När Presto efter tilldelningsbeslutet återigen frågar kommunen om vad man efterfrågat i upphandlingen får de till svar ett citat ur

2.1.3 i FFU. När Presto försöker föra en dialog kring detta väljer kommunen återigen att inte ge någon information.

Under punkten 2.3.5 i FFU sägs bl.a.

2.3.5 Övriga sortiment

[...] För övrigt sortiment gäller att Köparen kan komma att köpa även dessa produkter från den leverantör som lämnar det vinnande anbudet om den rabattsats som lämnas nedan anses ge konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden [...] Rabattsatsen kommer inte att utvärderas.

På frågan hur kommunen kommer fram till vad som anses ge ”konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden” svarar kommunen privat i *Frågor och svar* att detta ska tolkas som att övrigt sortiment inte ingår i upphandlingen utan kommer direktupphandlas. Återigen väljer kommunen att enbart informera Presto om detta tydliggörande. När Presto ber kommunen att publicera denna information så att alla anbudsgivare får samma förutsättningar väljer kommunen att själv besluta om att dess upphandlingsdokument är tillräckligt transparenta, trots att frågeställningarna och bristen på tydliga svar bevisar motsatsen.

Sammanfattningsvis anser Presto att kommunen utnyttjar sin ställning för att på ett negativt sätt påverka konkurrensen och även om detta inte varit en medveten handling så har kommunen vilselett anbudsgivare. Kommunen visar vid flera tillfällen hur den aktivt bryter mot de grundläggande principerna för att straffa de leverantörer som eftersöker att leverera högsta möjliga kvalitet med det lägsta anbudspriset. Genom att särbehandla Presto och ge Presto mer information än övriga anbudsgivare lämnas Presto att tolka förfrågningsunderlaget på ett sätt som är mindre fördelaktigt för Presto. Presto har blivit ledda att lämna en ”premiumprodukt” eller som det ibland kallas ”all inclusive”, dvs. i dess priser tillkommer inga kostnader för om-laddning, verkstadskontroller, reparationer etc. enligt ss-3656 och prov-

tryckningar, slangbyten m.m. enligt SS-EEN 671-3. Utan detta informationsöverskott hade Presto lämnat ett anbud med en lägre totalkostnad.

Kommunen

Presto får anses ha gjort gällande att kommunen har brutit mot LOU genom att bryta mot principerna om öppenhet och likabehandling. Öppenhetsprincipen har trätts för när genom dels en olämpligt utformad kravspecifikation, dels en otydlighet av vad upphandlingen egentligen omfattar. Likabehandlingsprincipen har trätts för när genom att Presto, efter att på eget initiativ ställt frågor om upphandlingen, fått mer information om denna än vad övriga anbudsgivare har fått.

Har kommunen lämnat motstridiga uppgifter under upphandlingstiden?

Kommunen kan inte utläsa annat än att Presto menar att de motstridiga uppgifterna rör tolkningen av FFU punkt 2.3.3. Av dokumentationen framgår att kommunen besvarat samtliga frågor rörande den punkten i FFU med att förfrågningsunderlagets uppgifter gäller. På vilket sätt detta skulle kunna utgöra en motstridighet framgår inte. Presto har efterfrågat förtydligande, och förtydligande har levererats. De krav på tydlighet som det upphandlingsrättsliga regelverket ställer på ett upphandlingsdokument framgår av rättspraxis. Kravet är inte att underlaget ska vara övertydligt. Däremot ska det stå klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare vad det är som efterfrågas. Kommunen kan inte komma till annan slutsats än att Presto också har förstått underlaget. Presto tycker däremot att det känns osäkert huruvida andra anbudsgivare förstått underlaget. Kommunen kan inte spekulera i detta, men ingen annan anbudsgivare har uttryckt att underlaget skulle vara bristfälligt.

Har Presto fått mer information än vad övriga anbudsgivare fått, och kan detta i så fall antas ha påverkat Prestos anbudspriser i höjande riktning?

Kommunen vitsordar att tre av Presto ställda frågor inte har hanterats som publika frågor i Tendsign. Denna hantering är på intet sätt ovanlig eller otilllåten. Frågor och svar som i praktiken innebär förtydliganden eller mindre justeringar av underlaget distribueras digitalt till samtliga som har hämtat ut underlaget, medan frågor där svaren inte tillför något till upphandlingen hanteras privat. Det framgår tydligt av frågorna att kommunen inte tillför något till upphandlingen, eftersom ett av svaren hänvisar till FFU, det andra svaret förklarar att Prestos tolkning redan framgår av FFU och inte behöver förtydligas, och det tredje svaret är information som, vilket står klart för båda parterna, överhuvudtaget inte berör upphandlingen. Att Presto i materiell mening skulle ha fått mer information än övriga anbudsgivare stämmer därför inte. Påståendet att detta "informationsöverskott" därtill skulle ha påverkat Prestos anbud synes stå ännu längre från verkligheten. Stödet för detta synsätt är bl.a. att vinnande anbudsgivare har offererat ett anbudspris som inte ens är hälften så högt som Prestos.

Har kravspecifikationen varit olämpligt utformad, otydlig eller har kommunen i övrigt varit otydlig i vad som upphandlingen omfattar?

Under punkten 1.2 i FFU anges följande.

1.2 Option

Upphandlingen gäller de tjänster/produkter som utvärderas i punkt 2.3.3 i FFU. För övriga tjänster/produkter som Köparen begär in pris på gäller att upphandlande myndighet vid behov kommer att köpa även dessa tjänster/produkter från den Leverantör som lämnar vinnande anbud om det pris som lämnas på respektive tjänst/produkt anse ge konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden.

Under annonseringstiden har Presto ställt frågor i denna del. Ett försök till objektiv genomläsning av frågorna och deras svar mynnar i att Presto i flera frågor har förhört sig om eventualiteten att de tjänster/produkter som kommunen inte begärt pris på trots allt kommer att omfattas av upphandlingskontraktet, och att kommunen utan tvetydighet eller inkonsekvens har be-

svarat denna fråga med ”nej”. Kommunens ställningstagande i denna del har således varit tydligt redan i förfrågningsunderlaget, och det har inte blivit mindre tydligt genom svaren på Prestos frågor. Av upphandlingsrättsliga grundsatser framgår att kravet på ett upphandlingsdokuments utformning kan sammanfattas som så att detta ska vara formulerat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Enligt kommunens mening är kravet uppfyllt i detta fall.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. En upphandling börjar vanligen med att en upphandlande myndighet publicerar upphandlingsdokument. I målet har upphandlingsdokumentet publicerats den 24 januari 2017. LOU ska därför tillämpas i målet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Principerna om likabehandling och proportionalitet ska iakttas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling och ett obligatoriskt krav ska upprätthållas genom hela upphandlingsförfarandet (HFD 2016 ref. 37).

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).

Av handlingarna i målet framgår att det inkommit 11 publika frågor i *Frågor och svar*. Tre frågor mellan kommunen och Presto har därutöver behandlats som privata frågor i *Frågor och svar*.

Har kommunen lämnat motstridiga uppgifter under upphandlingstiden?

Presto har anfört att kommunen har lämnat motstridiga uppgifter i FFU och i *frågor och svar*. Förvaltningsrätten förstår det som att det är i samtliga privata frågor och i vissa publika frågor, nämligen nr 2, 3, 5, 7, 9, 10 och 11 som kommunen enligt Presto lämnat motstridiga uppgifter gentemot vad som framgår av FFU.

I fråga nr 2 frågar en anbudsgivare vad som sker om anbudsgivarens rabattsatser inte bedöms som konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden. Kommunen har svarat att då kommer köparen vara fri att köpa de produkter som inte är med i upphandlingen/avtalet (Bilaga 1, Nettoprislista) från valfri leverantör genom direktupphandling. Frågan rör punkt 2.3.5, *Övrigt sortiment* i FFU och där framgår att köparen kan komma att köpa även övrigt sortiment från den leverantör som lämnar det vinnande anbudet, om

den rabattsats som lämnas anses ge konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden. Några motstridiga uppgifter har alltså inte lämnats.

Fråga nr 3 gäller hur utvärderingen av ovan nämnd rabattsats kommer gå till. Här har kommunen i *Frågor och svar* angett att rabattsatsen inte kommer att utvärderas. Detta framgår även av punkt 2.3.5 i FFU och någon motstridig uppgift har därför inte lämnats.

I fråga nr 5 förhör sig Presto kring hur kommunen tänkt komma fram till vad som anses ge ”konkurrensmässiga priser vid en kontroll mot marknaden”. Här har kommunen publikt svarat att köparen kommer ha möjlighet att jämföra med vad andra aktörer på marknaden kan erbjuda. Någon motstridig uppgift framkommer inte heller här i FFU.

Fråga nr 7 behandlar vilken åtgärd som ska prissättas enligt 2.1.3 och 2.1.5 i FFU om av tillverkaren eller importören rekommenderat släckmedel eller reservdel saknas på marknaden, ny produkt eller utbytesenhet med motsvarande effekt. Kommunen har publikt svarat att i detta fall ska en ny produkt offereras. Någon motstridig uppgift i FFU förekommer inte.

Fråga nr 9 gäller byte av brandslangar enligt Svenska brandsäkerhetsföretags riktlinjer och hur man utläser åldern på slangarna i Bilaga 3. Kommunen har i ett publikt svar uppgett att om årtal för slangbyte inte kan utläsas ska slangbyte inte offereras. Av 2.3.3 FFU framkommer att leverantören ska ange ett årligt pris för service och underhåll på köparens brandredskap i Bilaga 3, Brandredskap. I priset ska samtliga kostnader för service och underhåll ingå enligt förutsättningarna i FFU. Det följer rimligtvis av detta att om det framgår att en slang behöver bytas så ska pris för detta underhåll ingå i det offererade priset.

I fråga nr 10 efterfrågas om det i Bilaga 3 under rubriken *Tillverkad/provtryckt* bara står ett årtal, ska det då uppfattas som det är när brandslangen är provtryckt. Kommunen har i ett publikt svar angett att det ska uppfattas som senaste provtryckningen. Någon motstridig uppgift i FFU förekommer inte.

Slutligen efterfrågas i fråga nr 11 ett förtydligande kring bilaga 1 och 3 och den som ställer frågan upplever att man lämnar pris på samma tjänst i båda bilagorna. Kommunen har här svarat att i Bilaga 3 efterfrågar kommunen ett fast årligt pris för service och underhåll på den i bilagan specificerade utrustningen, medan i bilaga 1 efterfrågas pris på service för tillkommande utrustning och sådan utrustning som inte definierats i bilaga 3. Detta framgår även av punkterna 2.3.1, 2.3.2 och 2.3.3 i FFU. Någon motstridig uppgift förekommer inte.

De svar som kommunen lämnat privat gäller dels övrigt sortiment vilket inte anges ingå i upphandlingen, dels huruvida ett förtydligande av FFU angående att övrigt sortiment inte ingår i upphandlingen behöver göras vilket kommunen inte anser och slutligen hänvisar kommunen i det sista svaret till FFU i sin helhet och punkt 4.11.3 i FFU. Någon motstridig information gentemot vad som framgår av FFU har således inte heller här förekommit.

Har Presto fått mer information än vad övriga anbudsgivare fått, och kan detta i så fall antas ha påverkat Prestos anbudspriser i höjande riktning?

Den information som Presto fått som övriga anbudsgivare inte fått är den som framgår av svaren till de privata frågorna i *Frågor och svar*. Under punkten 2.3.5 i FFU står "Upphandlingen gäller de produkter som finns med i Bilaga 1, Nettoprislistan. För övrigt sortiment gäller att köparen kan komma att köpa även dessa produkter från den leverantör som lämnar vinnande anbud [...]". Det framgår således att övrigt sortiment inte omfattas av upphandlingen. I det tredje svaret från kommunen har den enbart hänvisat

till FFU, dvs. samma information som är tillgänglig även för övriga anbudsgivare. Presto kan därmed inte anses ha fått mer information än vad övriga anbudsgivare har fått.

Har kravspecifikationen varit olämpligt utformad, otydlig eller har kommunen i övrigt varit otydlig i vad som upphandlingen omfattar?

EU-domstolen har uttalat att de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får välja de kriterier som de ämnar tillämpa, på villkor att dessa syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlade myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av kriterierna ska ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av unionsrätten (se C-448/01 p. 37-38).

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref 50).

Av punkt 1.2 i FFU framgår att uppdraget omfattar reparationer, underhåll m.m. av köparens brandredskap, vidare anges att upphandlingen gäller de produkter som utvärderas i punkt 2.3.3 i FFU, nämligen Bilaga 1 och Bilaga 3. Gällande Bilaga 3 anges i punkt 2.3.3 i FFU att i priset ska samtliga kost-

nader för service och underhåll ingå enligt förutsättningarna i FFU. Vilka krav som gäller på produkten och för service och reparationer anges bl.a. i punkterna 2.1.3–2.1.5 och 2.2.1 i FFU. Vidare sägs i punkt 2.3.3 i FFU att kostnader såsom inställelsekostnad inklusive kostnader för bil, etablerings- och transportkostnader, kostnad för avstängningsmaterial, verktyg, resekostnader, logikostnader etc. ska ingå i de priser som offereras. Av punkt 2.3.5 i FFU framgår tydligt att för övrigt sortiment gäller att leverantören kan komma att köpa även dessa produkter från den leverantör som lämnar vinnande anbud, men som anges i punkt 1.2 i FFU så omfattas dessa inte av upphandlingen. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten det inte visat att kravspecifikationerna varit olämpligt utformade, otydliga eller att kommunen i övrigt varit otydlig i vad som upphandlingen omfattar.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Presto inte har förmått visa att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och därför inte lidit skada eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande med stöd av lagen föreligger därför inte. Prestos ansökan ska därmed avslås.

Upplysningsvis meddelar förvaltningsrätten denna dag också dom i rättens mål nr. 1230-17 och 1260-17.

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

Hans-Erik Jonasson

F.d. lagmannen Hans-Erik Jonasson har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Andrea Nilsson har varit föredragande.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.