



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-03-09
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 11926-16

SÖKANDE
 Indus Sverige AB, 556107-7370
 Box 228
 444 23 Stenungssund

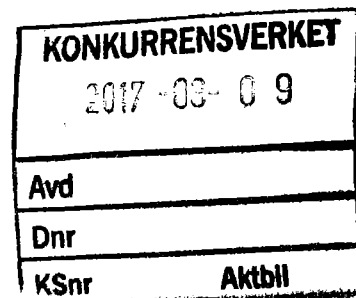
Ombud: advokaterna Emilie Steen och Erik Ullberg
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 11920
 404 39 Göteborg

MOTPART
 Höganäs kommun
 Stadshuset
 263 82 Höganäs

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Höganäs kommuns upphandling Nya Vikenskolan – upphandling avseende inhyrning av skolmoduler ska göras om.



Dok.Id 358562

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Höganäs kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende skolmoduler. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har Expandia Moduler AB (Expandia) tilldelats kontraktet. Indus AB (Indus) har placerat sig på andra plats.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Indus

Indus ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU och förordna om rättelse på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs där Expandias anbud inte tas upp till utvärdering. Som grund för sin talan anför Indus bl. a. följande.

Kommunen har uttryckligen angett i förfrågningsunderlaget att byggnaden och lokalerna ska uppfylla ställda krav i BBR 22. Något undantag från delar av kraven i BBR 22¹ har inte angetts och kan inte heller tolkas in i förfrågningsunderlaget. Tvärtom har beställaren, på fråga från Indus om avsteg från energikravet enligt BBR 22 tabell 9:24b kommer att medges, angett att "alla krav från BBR 22 ska uppfyllas". Kommunen har i förvaltningsrätten angett att tabell 9:24 a i BBR 22 är tillämplig avseende energikrav. Även om kommunen numera är av uppfattningen att tabell 9:24a, med lägre krav på energihushållning, skulle vara tillämplig på lokaler av det slag som upphandlingen avser, så är det inte så kommunen utformat förfrågningsunderlaget. Kommunens tolkning av ska-kravet innebär att anbudsgivarna genomför en förhållandevis komplex legal tolkning av en myndighetsföreskrift, där

¹ Boverkets föreskrifter (BFS 2015:3) om ändring i Boverkets byggregler (2011:6) - föreskrifter och allmänna råd.

slutsatsen ytterst beror på omständigheter i det enskilda fallet. Anammass kommunens synsätt medför det en uppenbar risk att upphandlingsrättsliga principer om likabehandling och öppenhet träds för när eftersom kravets innebörd blir skönsmässigt och beroende på information som anbudgivarna kanske inte har.

Kommunen

Kommunen anser att överklagandet ska avslås och anför i huvudsak följande. Det är fråga om en upphandling av skolmoduler av tillfällig karaktär. På frågan under anbudstiden angående vilken tabell som ska tillämpas i BBR 22 har kommunen svarat att det är en myndighetsfråga. Eftersom modulerna är att betrakta som lokaler avsedda för verksamhet av tillfällig karaktär behöver modulerna inte uppfylla de strängare kraven för energihushållning. Myndigheterna har i flera tidigare fall gjort bedömningen att moduler uppställda under en tillfällig tidsperiod kan bedömas enligt kommunens resonemang. Någon avvikelse från BBR 22 har inte skett eftersom samtliga anbud bedömts enligt detta regelverk och efter i övrigt samma krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna och 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 leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan en rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis kan konstateras att förvaltningsrätten vid en överprövning av en upphandling inte är bunden av sökandens yrkande utan har att bedöma om de omständigheter som sökanden åberopar föranleder ingripande enligt LOU i form av antingen ett förordnande om rättelse på visst sätt eller att upphandlingen ska göras om.

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag (se Kammarrätten i Stockholms avgörande den 29 september 2016 i mål nr 3158-16).

Av koden AFD. 1 i de administrativa föreskrifterna framgår att upphandlingen omfattar att tillhandahålla tillfälliga skollokaler under nybyggnation av Nya Vikenskolan. Skolmodulerna ska motsvara Boverkets föreskrifter (BBR) för denna typ av verksamhetslokaler. Av koden AFB.22 i de administrativa föreskrifterna framgår vilka handlingar som förfrågningsunderlaget omfattar, bland annat "Beskrivning Moduler - upprättad av Höganäs

kommun.”. I denna beskrivning framgår att byggnaden och lokalerna ska uppfylla kraven ställda i BBR 22.

BBR 22 innehåller bl.a. ett flertal tabeller som avser krav på energihushållning för olika typer av bostäder och lokaler i olika zoner i Sverige.

Indus har under anbudsförvarandet ställt en publik fråga till kommunen huruvida kommunen kommer att medge avsteg från det strängare energikravet i BBR 22 om uppvärmningen sker med el-radiatorer. På den publika frågan har kommunen svarat att det är en myndighetsfråga och att samtliga krav enligt BBR 22 ska vara uppfyllda.

Av utredningen i målet framgår att aktuella skolmoduler avses uppvärmas med el. Eftersom skolmodulerna endast är av tillfällig karaktär anser kommunen dock att modulerna inte behöver uppfylla de strängare kraven på energihushållning för elvärmade byggnader. Indus anser inte att det framgår av förfrågningsunderlaget att avsteg från de mindre stränga energikraven är tillåtna.

Kommunen har först angett i förfrågningsunderlaget att lokalerna ska motsvara boverkets föreskrifter för den typ av lokaler som upphandlingen avser men har under anbudsförvarandet svarat att samtliga föreskrifter ska vara uppfyllda. Med beaktande av de olika uppgifter som angetts i förfrågningsunderlaget samt att BBR 22 inte precist anger vad som gäller för just tillfälliga moduler av nu aktuellt slag anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt tydligt vad gäller vilken tabell (energikrav) i BBR 22 som en anbudsgivare måste uppfylla. Förvaltningsrätten anser inte att det är tillräckligt att, så som kommunen gjort under förfarandet, endast hänvisa till att det är en myndighetsfråga.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att kommunen, genom att inte utforma förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt, har agerat i strid mot transparensprincipen. Indus har genom detta agerande i vart fall riskerat lida skada. Eftersom felet i förfrågningsunderlaget är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen göras om. Det saknas därmed skäl att pröva de övriga grunder som Indus har åberopat.

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

Mattias Steen

Ulrika Skogler 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

