



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1

**DOM**  
 2018-10-30  
 Meddelad i Malmö

Mål nr  
 4440-18

**SÖKANDE**

BoatWasher Sweden AB, 556640-7119  
 Vårgårdsvägen 75  
 133 36 Saltsjöbaden

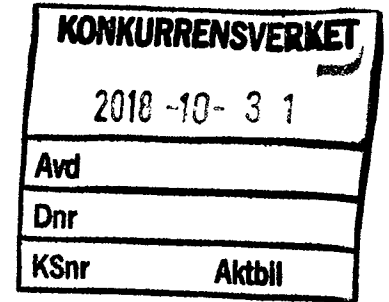
**MOTPARTER**

1. Simrishamns kommun  
 272 80 Simrishamn

2. Rentunder AB, 556785-4020  
 Gammelbygatan 18  
 742 34 Östhammar

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Simrishamns kommuns upphandling av båtbottentvätt till småbåtshamnen får inte avslutas förrän rättelse gjorts genom en ny utvärdering där Rentunder AB:s anbud inte får beaktas.

Dok.Id 454772

**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

- • Simrishamns kommun genomför en upphandling av båtbottentvätt till småbåtshamnen, dnr 18/3. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Rentunder AB (Rentunder) tilldelats kontraktet. BoatWasher Sweden AB (BoatWasher) har placerats på andra plats.

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.

### BoatWasher

#### *Yrkande m.m.*

BoatWasher ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering görs utan beaktande av anbudet från Rentunder. Som grund för sin talan anför BoatWasher följande.

#### *Referenser*

Rentunders anbud uppfyller inte kravet i punkt 3.8 avseende referenser eftersom Rentunder inte har, enligt kraven, presenterat tre adekvata referensuppdrag.

En av de referenser som anges i Rentunders anbud är i uppenbart jävsförhållande. I upphandlingsdokumentet anges tydligt som skäl för diskvalificering att referent inte får vara i jävsförhållande och inte heller person inom gemensam koncern med leverantören. Referenten, B&D Enterprises of South Florida, LLC (B&D), är Rentunders egen distributör i USA. Som distributör har B&D getts geografisk försäljningsrätt till Rentunders maskiner. Rentun-

der har också offentlig uttalat att B&D har möjlighet att erhålla utökade försäljningsrättigheter av deras produkter till ett värde av 450 Mkr. Dessutom framgår det av referensformuläret att ansvariga kontaktpersoner på B&D uppträder under Rentunders varumärke eftersom e-postadresserna innehåller ”driveinboatwash”. Det kan därmed konstateras att referenten intar en uppenbar ekonomisk beroendeställning gentemot sin uppdragsgivare och kan därför misstänkas brista i objektivitet. Detsamma gäller då de uppträder under samma varumärke och namn. Således har Rentunders anbud brustit i två delar. Först genom att inte kunna presentera tre adekvata referenser och sedan genom att presentera en referens som befinner sig i ett uppenbart jävsförhållande gentemot Rentunder.

Vidare uppfyller Rentunders anbud inte kravet i punkt 3.8 avseende att ange referentens namn och organisationsnummer. Referensformuläret från Råå Hamnförening är inte fullt ifyllt och uppfyller därmed inte kravet. Vidare har ingen entreprenadsumma angetts. Den delen har strukits över av referenten. Det är därför oklart huruvida Råå Hamnförening äger eller hyr anläggningen. Det kan härmed inte uteslutas att Råå Hamnförening ännu betalt eller fullt ut ingått avtal avseende anläggningen och är därmed diskvalificerade från att vara referenter.

*Anläggningskravet rostfritt syrafast stål eller likvärdigt*

Rentunders anbud uppfyller inte kravet i punkt 4.1.21 i kravspecifikationen avseende att anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L eller likvärdigt. Det material som Rentunder konstruerar sin anläggning i är inte likvärdigt med rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L. Rimligtvis borde kravet på likvärdighet vara förhållandevis snävt då noggrannheten hos det rostfria syrafasta stålet bestämts till typerna EN.4404 eller 316L. Således kan kravet inte i större utsträckning avvika från de egenskaper som dessa typer av rostfritt stål besitter. Motivet

till att noggrannheten avseende det rostfria stålet bestämts så snävt är att stålet ska klara de påfrestelser som det utsätts för genom att vara nedsänkt i saltvatten och ingå i en konstruktion som kommer omges av biocidfärgrester som innehåller höga halter av bland annat koppar. Dessutom ska materialet ingå i en konstruktion som kommer besitta delar av elektrisk ström vilket har galvanisk påverkan samt kommer att lyftas och flyttas mellan land och vatten varje vinter vilket kräver att det är mycket hållfast.

Rentunder anger i sitt anbud att det material man ska använda sig av huvudsakligen är aluminium samt att anläggningen kommer byggas på ett sätt som Rentunder anser kommer klara kraven på salthalt och hållfasthet. Rentunder har i sitt anbud inte angett någon legering för aluminiumet till skillnad från angiven legering av det rostfria stålet (EN.4404 eller 316L) i anläggningskravet. Detta innebär således att Rentunders konstruktion kommer att byggas i olegerad aluminium eller råaluminium som det även kallas vid avsaknad av legering. Olegerad aluminium kännetecknas av låg styrka men god formbarhet och de mest lämpliga användningsområdena är vid tillverkning av förpackningar, kastruller och kablar. Rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L kännetecknas av hög hållfasthet och används ofta i marina miljöer med hög salthalt för att bland annat kunna motstå korrosion. Hållfastheten hos rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L är mycket starkare än olegerad aluminium (1000-serien). Vidare har aluminium och rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L olika egenskaper vad avser korrosion. Korrosionen ökar betydligt när materialet kommer i kontakt med andra metaller. Ädlare metaller får mindre ädla metaller att korrodera. De metaller som kan påverka rostfritt syrafast stål negativt är guld, grafit och silver. Jämförelsevis kan nämnas att många fler metaller är ädlare än aluminium däribland koppar som i stor mängd finns i den biocidfärg som anläggningen ska tvätta bort från de fritidsbåtar den är avsedd för. Sammanfattningsvis är det material som Rentunders anläggning ska byggas i inte alls

jämförbart eller likvärdigt med rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L.

Eftersom Rentunders anbud inte uppfyller samtliga krav skulle anbudet ha förkastats. Att anta ett ofullständigt anbud är i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. BoatWasher har placerats på andra plats i utvärderingen och har till följd av kommunens brott mot LOU lidit skada.

### **Simrishamns kommun**

#### *Inställning*

Simrishamns kommun anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

#### *Referenser*

Kommunen har godkänt Rentunders referensuppdrag eftersom samtliga referenter lämnat godkänt på samtliga punkter i referensformuläret. I anbudshandlingarna kan kommunen inte utläsa att något jävsförhållande föreligger. Efter att tagit del av BoatWashers invändningar har kommunen tagit kontakt med Rentunder. Enligt uppgift från Rentunder föreligger inte något koncernförhållande eller något korsvis ägande med referenten B&D. B&D har enligt uppgift köpt fyra båttvättar under de senaste åren varav endast två är levererade. Kommunen bedömer att det skulle vara oproportionerligt att ogiltigförklara anbudet på grund av jäv i detta fall.

Kommunen har fått in tre ifyllda referensformulär från Rentunder. Att Råå Hamnförening inte har fyllt i någon entreprenadsumma samt organisationsnummer har inte föranlett att referenten diskvalificerats eftersom det i punkt 3.8 anges *referensuppdrag kan omfatta en köpt och av kund (referent) ägd*

*anläggning eller av en anläggning som kund (referent) hyr av leverantören.*  
Kommunen har bedömt att det skulle vara oproportionerligt att ogiltigförklara anbudet på grund av detta.

*Anläggningskravet rostfritt syrafast stål eller likvärdigt*

Under annonseringstiden fick kommunen en fråga om kravet i punkt 4.1.21 i kravspecifikationen. Kravets tidigare ordalydelse var följande.

*”Anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L eller likvärdigt”.*

Kravet ändrades genom publicerat svar den 2018-04-03 kl. 14.33 till följande ordalydelse.

*”Anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål eller likvärdigt.”*

*Motiv: Anläggningen ska klara lyft flera gånger årligen samt ska klara den utsatta hamnmiljön i Simrishamn”.*

Rentunder har offererat en båtbottentvätt konstruerad i bl.a. aluminium och intygar i anbudshandlingarna att anläggningen uppfyller kommunens samtliga krav. Vid kontakt med Rentunder efter tilldelningsbeslutet har man bl.a. kunnat uppvisa fotografier på lyft av anläggningen. Kommunen har ingen anledning att ifrågasätta att det erbjudna materialet uppfyller kravet på hållbarhet. I avtalet finns även reglerat vad som gäller vid fel och brister i utförandet. Kommunen har bedömt att Rentunders anläggning är utförd i ett likvärdigt material och anbudet ska därmed inte förkastas.

#### **BoatWasher**

BoatWasher tillägger följande.

*Referenser*

Ett jävsförhållande kan infinna sig utan att ett korsvis ägande föreligger. Även en beroendeställning kan utgöra grund för att en referent ska brista i objektivitet. Det framgår klart och tydligt att B&D, i det fall de lever upp till Rentunders krav, erhåller exklusivitet över en marknad som värderas till 450 Mkr. Utöver detta faktum uppträder båda bolagen under gemensamt varumärke i sin marknadsföring och i media framträder referentens kontaktperson som Rentunders "manager" baserad i sydvästra Florida. Ett utdrag som visar i vilka bolag managern är aktiv finns förutom B&D även Drive-in Boatwash Fort Myers, LLC. Då Rentunder äger varumärket Drive-in Boatwash måste också Rentunder ha inflytande över Drive-in Boatwash Fort Myers, LLS som referentens kontaktperson är aktiv i. Härmed konstateras att B&D kan brista i sin objektivitet som referent eftersom de förutom att uppträda under gemensam firma med Rentunder också är i ekonomisk beroendeställning gentemot samma bolag. B&D skulle genom ett dåligt omdöme i referensformuläret riskera att mista sin exklusivitet värd 450 Mkr samt rättigheten att fortsatt uppträda under varumärket Drive-in Boatwash.

I punkt 3.8 anges att anbudet ska innehålla en redovisning av tre adekvata referensuppdrag med angivande av bl.a. anbudsgivarens namn och organisationsnummer. Referenterna har blivit försedda med ett formulär för ifyllnad där uppgifterna för vad som måste fyllas i framgår tydligt. Råå Hamnförening har inte fyllt i sitt organisationsnummer vilket enligt punkt 3.8 är ett skall-krav. Råå Hamnförening har inte heller fyllt i någon entreprenadsumma. Råå Hamnförening har erhållit LOVA-bidrag av länsstyrelsen under 2015 för inköp av båttvätt. Reglerna för att erhålla LOVA-bidrag är att man förvärvar en anläggning. Ett hyresförhållande är därför omöjligt. Det finns således inget godtagbart skäl för Råå Hamnförening att inte uppge en entreprenadsumma i sitt referensformulär förutsatt att man ännu inte genomfört sitt förvärv och skulle därmed inte heller kvalificera sig till att lämna refe-

renser. Omständigheterna är i varje fall inte tillräckligt utredda av kommunen för att kunna godkänna Råå Hamnförening som referent.

*Anläggningskravet rostfritt syrafast stål eller likvärdigt*

BoatWasher vitsordar kommunens ändring genom publicerat svar. Förändringen där kommunen tog bort legeringsbeteckningen gjorde inte någon skillnad i sak. Rostfritt syrafast stål ligger inom ett visst spann av legeringsbeteckningar där EN.4401 – EN.4404 är de vanligaste. Kommunen gör därmed en alltför godtycklig bedömning när olegerad aluminium godkänns som likvärdig till rostfritt syrafast stål. För det fall att kravet på syrafast hade tagits bort som krav i upphandlingen hade BoatWasher kunnat offerera sin anläggning i ordinärt rostfritt stål till ett avsevärt lägre pris. Eftersom kravet på syrafast eller likvärdigt kvarstår ska detta tolkas som att anläggningen kan byggas i någon av de syrafasta legeringar som finns på marknaden alternativt ett material som motsvarar dess egenskaper i fråga om hållfasthet och korrosionsegenskaper. Aluminium saknar dessa egenskaper och är därmed inte jämförbart eller likvärdigt rostfritt syrafast stål.

**Rentunder**

Rentunder har getts tillfälle att yttra sig över ansökan men har inte kommit in med något yttrande.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

**Tillämpliga bestämmelser**

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU får rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har



lidit eller kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap.1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt upphandlingsdokumentet.

I det i målet aktuella upphandlingsföreskrifterna anges i punkt 3.8 *Referenser* att leverantören ska förteckna och till anbudet bifoga tre (3) referensuppdrag som visar på att leverantören har de resurser, kompetens och erfarenhet som denna upphandling kräver.

Anbudet ska innehålla en redovisning av tre (3) adekvata referensuppdrag med angivande av bl.a. anbudsgivarens namn och organisationsnummer.

Skäl för diskriminering: Referent får inte vara i jävsförhållande och inte heller person inom gemensam koncern med leverantören.

I punkt 4.1 *Kravspecifikation* anges att den offererade anläggningen ska uppfylla följande funktioner/krav specificerade nedan.

[...]

Punkt 21. Anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L eller likvärdigt.

[...]

Genom frågor och svar har punkt 21 den 3 april 2018 ändrats till följande.

”Anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål eller likvärdigt.”

Motiv: Anläggningen ska klara lyft flera gånger årligen samt ska klara den utsatta hamnmiljön i Simrishamn.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

#### *Referenser*

I upphandlingsdokumentet anges att anbudet ska innehålla tre adekvata referensuppdrag. Vidare anges bl.a. som skäl för diskvalificering av anbud att

referenten inte får vara i jävsförhållande och inte heller person inom gemensam koncern med leverantören. Rentunder har till sitt anbud bifogat referensuppdrag från B&D och Råå Hamnförening.

Såvitt framgår är B&D distributör av Rentunders maskiner i Florida och har därmed geografisk försäljningsrätt av deras maskiner. B&D har även möjlighet att utöka sina försäljningsrättigheter i större delen av USA till ett värde av 450 Mkr. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att B&D intar en ekonomisk beroendeställning gentemot Rentunder och att B&D därmed får anses vara i ett jävsförhållande gentemot Rentunder. Rentunders anbud borde därmed ha förkastats redan på denna grund.

Vad gäller referensuppdraget från Råå Hamnförening är det ostridigt att organisationsnummer saknas i referensformuläret. Enligt upphandlingsdokumentet är det ett skall-krav att anbudet ska innehålla en redovisning av tre adekvata referensuppdrag med angivande av bl.a. anbudsgivarens namn och organisationsnummer. I enlighet med likabehandlingsprincipen får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från de skall-krav som uppställts i upphandlingsdokumentet (se bl.a. HFD 2016 ref. 37). Eftersom organisationsnumret inte angetts i referensformuläret uppfyller Rentunders anbud följaktligen inte det uppställda kravet. Rentunders anbud borde därmed ha förkastats även på denna grund.

*Anläggningskravet rostfritt syrafast stål eller likvärdigt*

I upphandlingsdokumentets kravspecifikation anges i punkt 4.1.21 att anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål av typ EN.4404 eller 316L eller likvärdigt. Genom frågor och svar har kommunen ändrat kravet till att anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål eller likvärdigt. Kravet utgör ett skall-krav och i enlighet med likabehand-

lingsprincipen får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från de krav som uppställts i upphandlingsdokumentet.

Rentunder har offererat en båtbottentvätt konstruerad huvudsakligen i aluminium. Frågan är då om den av Rentunder offererade båtbottentvätten har likvärdiga egenskaper med rostfritt syrafast stål. Kommunen har bedömt att anläggningen är utförd i ett liknande material och har inte haft anledning att ifrågasätta att det erbjudna materialet uppfyller kravet på hållbarhet. Eftersom kommunen hänvisar till ett specifikt material eller likvärdigt sådant har man som anbudsgivare fog för att anta att kravet är så pass viktigt för kommunen att anbudet ska baseras utifrån dessa krav. Mot bakgrund av att kommunen uppställt krav på att anläggningens konstruktion ska vara i rostfritt syrafast stål eller likvärdigt anser förvaltningsrätten att en offererad båtbottentvätt i huvudsakligen aluminium avviker i alltför hög grad från rostfritt syrafast stål och dess egenskaper för att kunna anses vara likvärdig. Rentunder anbud borde därmed ha förkastats även på denna grund.

#### *Lida skada*

Eftersom Rentunders anbud inte uppfyller flera ställda skall-krav skulle bolaget rätteligen ha uteslutits från att delta i utvärderingen av upphandlingen. Genom att trots detta utvärdera Rentunders anbud, och anta anbudet, har kommunen brutit mot principen om likabehandling. Eftersom BoatWasher har placerat sig på andra plats i utvärderingen har bolaget lidit skada av kommunens agerande varför det finns grund för ingripande enligt LOU. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan att kommunen beaktar anbudet från Rentunder.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Mattias Steen

Maria Persson har föredragit målet.



## Hur man överklagar



Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

#### Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

## Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

## Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.