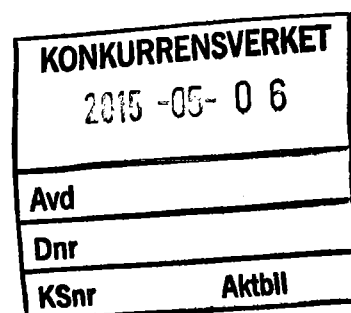




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-05-06
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1107-15



SÖKANDE

Transportaktiebolaget i Jönköping, 556767-3305
Box 3181
533 03 Jönköping

Ombud: Advokat Martin Ågren och jur. kand. Maria Karlsson
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

MOTPART

Jönköpings kommun
551 89 Jönköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende samordnad varudistribution. Av förfrågningsunderlaget framgår att öppet förfarande används vid upphandlingen och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas vid utvärderingen.

Av tilldelningsbeslut fattat den 25 februari 2015 framgår att Alwex Transport AB (Alwex) tilldelats kontraktet. Transportaktiebolaget i Jönköping (Transab) ansöker om överprövning av upphandlingen.

Dok.Id 162004

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

YRKANDEN

Transab yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbuden från Alwex och Schenker AB (Schenker) utesluts.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Transab

Alwex har efter utvärderingen placerat sig som nummer ett, Schenker som nummer två och Transab som nummer tre. Alwex och Schenkers anbud har utvärderats och Alwex anbud antagits trots att anbudet inte uppfyllt samtliga ska-krav. Alwex har dessutom fått inkomma med en otillåten komplettering efter anbudstidens utgång. Upphandlingen har skett i strid med lika-behandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU eftersom anbud utvärderats och antagits trots att de inte uppfyller samtliga ska-krav. Genom att kommunen felaktigt har utvärderat Alwex och Schenkers anbud och därefter antagit Alwex anbud har Transab lidit eller riskerat att lida skada.

Enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.1.2.3. ska i distributörens åtagande bl.a. ingå att hantera livsmedel i obruten kyl- och frys-kedja till godsmottagare och att lagra varor på distributionscentral fram till leveranstillfället. Enligt punkten 3.1.2.14. ingår i distributörens åtagande att kyl- och frysrum vid distributionscentralen ska dimensioneras efter beställarens behov.

Av det sätt på vilket förfrågningsunderlagets punkt 2.5.1.1. utformats framgår att det innefattar ska-krav. Under punkt 2.5.1.1. i Schenkers anbud har bolaget angett att det besitter de tillgångar och resurser som krävs för att uppfylla uppdraget enligt förfrågningsunderlaget, men att det kommer

att behöva införskaffa ytterligare fordon. Schenker har i sitt anbud angett att de avser använda en befintlig terminalbyggnad på Dvärggatan 4 som distributionscentral för att fullgöra uppdraget. Även Transab har för avsikt att använda den terminalbyggnaden som sin distributionscentral för det fall bolaget tilldelas kontraktet. Transab har därför vetskap om att det i dagsläget inte finns något fryslager i terminalen. Transab har därför i sitt anbud angett att det finns ett kylager i drift, men att man avser att anskaffa en frysmodul till lagret för att uppfylla kravet på fryslager. Schenker har inte beskrivit hur det är tänkt att distributören ska kunna uppfylla kraven på fryslagring inom ramen för uppdraget utan någon befintlig frys. Schenker har inte heller angett om en sådan tillgång ska införskaffas eller tidsplanen för dess införande. Om det finns anledning att misstänka att ett ska-krav inte är uppfyllt måste den upphandlande myndigheten undersöka det. Myndigheten får inte efterge eller bortse från ska-krav, även om uppgifterna om en anbudsgivares bristande kravuppfyllnad blivit kända först i samband med överprövningsprocessen. Det framgår av Transabs anbud att det inte finns någon befintlig fryslagringsmöjlighet på den tilltänkta distributionscentralen på Dvärggatan. Det har således varit känt för kommunen att fryslagringsmöjligheter saknas där och att Schenkers anbud inte uppfyller ska-kravet gällande fryslager på distributionscentral. Schenkers anbud ska därför uteslutas.

Transab har lidit eller riskerar att lida skada med anledning av att kommunen felaktigt utvärderat Alwex och Schenkers anbud och dessutom antagit ett av dem. Det finns därför skäl för rättelse.

Kommunen

Frågorna i punkten 2.5.1.1. är med i förfrågningsunderlaget för att kommunen ska få en uppfattning om anbudsgivarnas kapacitet och hur de ska uppfylla kraven, inte för att kontrollera att de uppfyller kraven. Det finns alltså inget ska-krav kopplat till anbudsgivarnas redovisning/beskrivning

avseende frågorna, och heller inget krav på att i detalj redovisa hur genomförandet av efterfrågade tjänster ska gå till. Med tanke på uppdragets totala kravbörda vore det orimligt och oproportionerligt att avkräva en sådan exakt redovisning.

Det är riktigt att det i förfrågningsunderlaget ställs krav på att kyl- och frysvaror ska hanteras i obruten kyl- och fryskedja till leveransadressen. Däremot ställs inte på något ställe i förfrågningsunderlaget krav på att anbudsgivare i detalj ska visa hur en sådan kyl- och fryskedja ska hållas. Kravet på att beskriva vilka tillgångar/resurser anbudsgivaren behöver anskaffa måste naturligtvis ställas i relation till upphandlingens omfattning och komplexitet. Kommunen har således inget intresse av att i detalj få veta vad som behöver göras i en befintlig lagerlokal för att uppfylla kravet på kyl- och frysrum. Schenker har accepterat kraven och beskrivit att en terminalfastighet för distributionscentralen finns i drift hos deras underleverantör. Kommunen har inte haft någon anledning att betvivla Schenkers kravuppfyllelse. Att den aktuella distributionscentralen eventuellt måste kompletteras med en frysmodul ändrar inte Schenkers kravuppfyllelse.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 6 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

För att rätten ska ingripa mot upphandlingen krävs inte bara att kommunen har brutit mot LOU, utan även att Transab därigenom har lidit eller riskerar att lida skada. Eftersom Transab har placerats på tredje plats vid utvärderingen och avtal ska slutas med endast en leverantör kan skada för Transab bara uppkomma om både Alwex och Schenkers anbud borde ha uteslutits (se bland annat Kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 3608-14 och 5136-11).

Transab har bland annat gjort gällande att kommunen har brutit mot lika-behandlingsprincipen genom att utvärdera anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. I fråga om Schenkers anbud har Transab invänt att anbudet inte uppfyller ska-kravet gällande möjlighet till fryslagring på distributionscentral samt att den redogörelse som har lämnats under punkt 2.5.1.1. inte uppfyller de krav som ställs upp i nämnda punkt.

I målet har inte gjorts gällande annat än att Schenker, i sitt anbud, har accepterat det krav på kyl- och frysrum på distributionscentral som ställs upp i förfrågningsunderlaget, punkt, 3.1.2.14. Med hänsyn till att det i punkt 2.5.1.1. anges att anbudsgivare ska ha kapacitet att utföra de efterfrågade tjänsterna senast den 1 september 2015, får kravet i punkt 3.1.2.14. tolkas så att kyl- och frysrum ska finnas på distributionscentralen senast vid det datumet. Omständigheten att någon sådan kapacitet eventuellt inte finns för närvarande eller inte fanns när Schenker lämnade sitt anbud innebär inte att anbudet inte uppfyller kravet på kyl- och frysrum.

Nästa fråga är om den redogörelse som enligt förfrågningsunderlaget ska lämnas under punkt 2.5.1.1. utgör ett ska-krav och vad som i så fall innefattas i kravet. Med hänsyn till att punkten har markerats med symbolen för avsnitt som innehåller krav som måste uppfyllas anser förvaltningsrätten att det är fråga om ett ska-krav. Därmed får kommunen inte utvärdera anbud som inte innehåller en redogörelse som kan anses svara mot de krav som ställs upp i den aktuella punkten. I punkten anges bland annat att anbudslämnaren ska beskriva vilka resurser och tillgångar man besitter och vilka resurser och tillgångar man eventuellt behöver anskaffa för att kunna leverera tjänsten enligt förfrågningsunderlaget.

I punkt 2.5.1.1. anges vidare följande. Anbudsgivaren, med eventuell underleverantör, redogör för en tidsatt införandeplan, för ändamålet enligt förfrågningsunderlaget, tillgång till distributionscentral, lämpligt antal fordon av kombinationstyp för gemensam kyl- och frystransport, eventuellt övriga fordon samt rekrytering av personella resurser. Vilka uppgifter en redogörelse enligt 2.5.1.1. måste innehålla får enligt förvaltningsrättens uppfattning bedömas i ljuset av nu nämnda stycke.

Schenker har i sitt anbud angett att terminalfastighet för distributionscentral finns. Därutöver har man redogjort för vilka resurser man har i fråga om bilar med kyl- och fryskapacitet och angett i vilken utsträckning man avser att införskaffa ytterligare sådana bilar. Man har även redogjort för om man har tillräckliga personalresurser för uppdraget. Förvaltningsrätten anser att de uppgifter om distributionscentral som Schenker har lämnat i sin redogörelse svarar väl mot den beskrivning av redogörelsens innehåll som framgår av punkt 2.5.1.1. i förfrågningsunderlaget. Schenkers redovisning uppfyller således det uppställda kravet.

Sammanfattningsvis har Transab inte anfört någonting som innebär att Schenkers anbud borde ha uteslutits.

Transab har rangordnats på tredje plats vid anbudsutvärderingen. Eftersom Transab inte har visat att Schenkers anbud borde ha förkastats kan Transab inte anses lida eller kunna komma att lida skada till följd av något fel begått av kommunen inom ramen för upphandlingen. Transabs ansökan kan således inte vinna bifall, oavsett om kommunen begått något fel vid utvärderingen av Alwex anbud. Ansökan ska därför avslås.

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

Jan Källman

Erik Hannus

Föredragande har varit Max Uhmeier.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.
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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.