



SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud: Hanna Gustavsson
c/o Advokatfirman Pedersen AB

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB

MOTPART

Byggebo I Oskarshamn AB, 556345-0989

Ombud: Biträdande jurist Malin Kulander
Advokatfirman Glimstedt HB

Ombud: Advokat Peter Savin
Advokatfirman Glimstedt Kalmar HB

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-09-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Byggebo I Oskarshamn AB (Byggebo) genomför en upphandling av måleriarbeten. Tre leverantörer avses att antas. Utvärderingskriteriet är ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Samtliga två inkomna anbud bedömdes kvalificerade och gick vidare till utvärdering. Genom tilldelningsbeslut den 18 oktober 2019 tilldelades Lundblads kontraktet. Sandå Sverige AB (Sandå) rangordnades som nummer två.

Dok.Id 209499

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Sandå ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för talan har i huvudsak följande anförts. Under de administrativa föreskrifterna har beskrivits att tapet ska vara Eco Decorama Easy up, eller likvärdig. Byggebo har brutit mot 9 kap. 6 § LOU genom att föreskriva ett särskilt material genom hänvisning till ett varumärke. Det borde vara möjligt att beskriva varan utan att använda sig av varumärket. Enligt praxis torde en hänvisning till varumärke leda till gynnande eller missgynnande även om märket finns fritt tillgängligt på marknaden. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad som är en likvärdig tapet. Dessutom beskrivs vävsättning med namngivande av speciell produkt utan att orden ”eller likvärdigt” anges. Detta strider mot LOU. Byggebo hänvisar till G135, G100 samt Microlit. Dessa tillhandahålls av tillverkaren Tasso. Andra tillverkare kallar sina produkter för exempelvis lågstruktur typ 135 (motsvarande G135), färgväv fin special (motsvarande G100) och armeringsväv (motsvarar Microlit). Dessutom åtföljs inte beskrivningen av orden ”eller likvärdigt”, vilket enbart av den anledningen gör att specifikationen strider mot LOU.

Det är inte heller möjligt att utläsa när ramavtalet börjar att gälla. Anbudstidens giltighet har inget samband med tilldelningsbeslutet eller när ett avtal faktiskt kommer att undertecknas. Sandå har inte möjlighet att förutse när tilldelningsbeslut kommer att meddelas. Att priserna inte är indexreglerade gör det ännu svårare att kalkylera anbudet. I priset ska ingå kostnader för resor, servicebil, traktamente, grovstädning o.s.v. Eftersom Sandå inte vet under vilka år avtalen kommer att löpa finns ingen möjlighet att kalkylera för kostnaden gällande lön och material som revideras varje år. Förfrågningsun-

derlaget är därför inte kalkylerbart för anbudsgivarna. Det påverkar anbudsgivaren eftersom man inte vet prisnivån för löner och material. Vid årsskiftet revideras löner och materialkostnader.

Det är inte heller möjligt att utläsa vad Byggebo kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen och hur poängsättningen kommer att göras. Det framgår inte vilka kriterier som måste uppnås för att få högsta poäng. Det framgår inte om alla anbudsgivare kan få högsta poäng för ett visst område eller om en relativ bedömning kommer att ske. Det framgår inte heller hur bedömningen sker om fler anbudsgivare än antalet områden inkommer till. Förfrågningsunderlaget är inte transparent och strider mot likabehandlingsprincipen. Sandå har genom Byggebos agerande lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom felet är i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Byggebo bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Föremålet för upphandlingen är måleriarbeten och inte leverans av enbart tapeter. Byggebos hänvisning till Eco Decorama Easy Up är avsedd att underlätta för anbudsgivaren att förstå vad som efterfrågas. Angivande av kvalitet och tapetens prisnivå hjälper anbudsgivarna att prissätta referensytorna på måleriarbetena. Hänvisningen är således ingen teknisk specifikation som avses i 9 kap. 6 § LOU. Även om förvaltningsrätten skulle bedöma att hänvisning av varumärke har skett har orden ”eller likvärdigt” angetts. En beskrivning av tapetens egenskaper och utförande skulle varit förenat med en omfattande genomgång innefattande bl.a. material, tjocklek, stil, mönster, ljusäktethet, tvättbarhet, passning m.m. En sådan omfattande beskrivning skulle lett till att förfrågningsunderlaget brustit i transparens. Tapeter kan kosta allt från 59 kr till flera tusen kronor per meter. Detta beroende på bl.a. kvalitet och mönster. Den aktuella hänvisningen har förenklat för anbudsgivarna att förstå vad som förväntas i såväl prisnivå som kvalitet och kollektion. Det har inte varit möjligt att göra en tillräckligt preciserad beskrivning på annat sätt.

Hänvisningen har underlättat för anbudsgivarna att förstå vad Byggebo har efterfrågat. Därmed har möjlighet funnits att utforma konkurrenskraftiga anbud. Det föreligger därför en sådan undantagssituation som innebär att Byggebos hänvisning till visst varumärke varit tillåten. Dessutom har Sandå inte lidit skada av hänvisningen. Med undantag för posterna sovrum 12 m², sovrum 7 m², vardagsrum och kök har Sandå tilldelats högst poäng på samtliga utvärderingsposter som berör tapetsering. Om Sandå skulle tilldelats högst poäng på dessa poster skulle utfallet av den totala poängsättningen i stället ha varit 28,9 poäng till Lundblads respektive 27,8 poäng till Sandå. Även efter en sådan justering skulle Lundblads således fått högst poäng i utvärderingen. Det är riktigt att Tassoglas i likhet med andra leverantörer använder sig av benämningarna G100, G135 och Microlith för att beskriva strukturen på väven. Avseende angivna vävsättningar är benämningarna allmänt vedertagna begrepp inom branschen och är inte knutna till en speciell leverantör. Exempelvis använder sig Byggmax, Biltema och Vägghmaterial AB av benämningarna. Dessutom har underlåtits att tillämpa varumärkeshänvisningen (®). Även om domstolen skulle finna att hänvisningen utgör ett varumärke är ändå inte bestämmelserna om hänvisning i de tekniska specifikationerna tillämpliga. Hänvisningen är inte hänförlig till något krav på de efterfrågade måleriarbetenas egenskaper.

Byggebo har inte angett avtalsstart i upphandlingsdokumentet. Detta medför inte bristande transparens. Orsaken är att Byggebo kalkylerat med eventuella överprövningar. Det har därför inte varit möjligt att överblicka avtalsstarten. Av AFB 33 framgår att anbudens giltighetstid är 90 dagar. Vid en överprövning förlängs detta med ytterligare 90 dagar. Byggebo avser således att ingå kontrakt senast inom 180 dagar från sista dag för ingivande av anbud. I AFC anges att kontraktstiden är två år med möjlig förlängning i ett + ett år. Som framgår av AFB 14 gäller redovisade priser utan indexreglering under avtalsperioden och den eventuella förlängningen. Det avser alltså ett kontrakt med upp till fyra års avtalstid. Det måste därför vara möjligt att

lämna ett konkurrenskraftigt anbud även om exakt tidpunkt för avtalsstart inte angetts. Detta eftersom priserna inte är föremål för indexreglering och att samtliga anbudsgivare därför har att beakta ett tidsspänn på fyra år. I AFB 51 anges att det anbud antas som är mest förmånligt med hänsyn till pris, påbörjandetid och kvalitet. De tre entreprenörer som ger lägst pris i område 1,2 och 3 samt kortaste påbörjandetid och redovisat kvalitetssystem kommer att ges poäng. Med påbörjandetid avses tid efter beställning då arbetena kan påbörjas på plats. I den tekniska beskrivningen som ansluter till bilaga 1 anges på s. 16 ff. vad anbudsgivarna ska prissätta i område 1-3. I underlaget finns ett prisformulär för angivande av påbörjandetid (område 4) respektive kvalitetsledningssystem (område 5). De tre anbud som i område 1-3 har lägst priser får högst poäng. Anbudet med näst lägst pris får näst lägst pris o.s.v. I område 4 premieras kortast påbörjandetid. Anbudet med kortast påbörjandetid tilldelas högst poäng o.s.v. I område 5 sker poängsättning med 1 poäng för certifiering enligt ISO 9001/14001, 0,5 poäng får kvalitetssystem som följer ISO 9001/14001 samt 0,25 poäng får egna kvalitetsledningssystem. Utvärderingsmodellen har inte på något sätt lämnat öppet för godtycke. I vart fall är inte systemet behäftat med brister av sådan karaktär att principen om transparens har åsidosatts. Bristerna medför inte heller att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska

rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kontraktet

Av förfrågningsunderlaget framgår inte från när avtalet är tänkt att gälla. I de administrativa föreskrifterna anges att kontraktstiden är 2 år med 2 års möjlig förlängning. Sista dagen för anbudets inlämnande är angiven samt att anbudstidens giltighet ska vara 90 dagar. Även om kontraktets start- och slutdatum inte är angett anser förvaltningsrätten att informationen ändå är tillräckligt tydlig för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Sandå har därmed inte förmått visa att Byggebo agerat i strid mot LOU vid angivandet av kontraktstiden.

Det är inte lagreglerat på vilket sätt priserna regleras under avtalstiden. Detta innebär att myndigheten kan ställa krav på att samma pris gäller under hela avtalet. Anbudsgivaren får vid lämnandet av anbudet kalkylera med detta. Vad Sandå har angett visar inte att det varit omöjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud med det villkoret.

Utvärderingskriterierna

Sandå har synpunkter på utvärderingskriterierna och anser att de är otydliga. Av AFB 51 i de administrativa föreskrifterna framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. De tre leverantörer som lämnat lägsta priserna i område 1,2 och 3 samt kortaste påbörjandetid samt redovisat kvalitetssystem kommer att ges poäng. I prisformuläret anges maximala poängen för varje område. Poängen som fördelas i område 1 är per enhet 1; 0,5 och 0,1. Område 2 kan ge 4; 1 eller 0,5 poäng. Område 3 ger 0,5; 0,15 eller 0,1 poäng. Område 4 ger 2; 1 eller 0,5 poäng. Område 5 kan ge 1; 0,5 eller 0,25 poäng. De offererade prisuppgifterna leder därför till poängsättningen, vilket får anses vara tillräckligt tydligt angett i förfrågningsunderlaget. Vad Sandå

har anfört visar således inte att Byggebo agerat i strid mot LOU på den punkten.

Angivande av varumärke för tapet i upphandlingsområde 1

I förfrågningsunderlaget under arbetsbeskrivningen i administrativa föreskrifterna anges att tapeten ska vara Eco Decorama Easy Up, eller likvärdig. Annat har inte framkommit än att detta är ett varumärke, med följd att 9 kap. 6 § LOU är tillämplig. Av nämnda bestämmelse framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisning till varumärke, patent, typ, ursprung, eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter eller hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Enligt Byggebo har varumärket angetts i en bransch med många olika tapetalternativ för att visa vilken kvalitet och prisklass som avsågs. Hänvisningen har därför syftat till att underlätta för anbudsgivaren. En sådan hänvisning framstår som motiverad. Sandå har därmed inte förmått visa att Byggebo agerat i strid mot LOU vid angivandet av ett specifikt varumärke.

Angivande av varumärke för väv i anbudsområde 1

I förfrågningsunderlaget under arbetsbeskrivningen i de administrativa föreskrifterna anges att väv som sätts upp ska vara ”G 135”, ”G 100” samt ”Microlit”. Beskrivningen åtföljs inte av orden ”eller likvärdigt”. Byggebo gör gällande att Tassoglas förvisso har dessa benämningar på sina produkter, men det är inte att anse som varumärken utan allmänt hållna begrepp inom branschen. Som stöd för detta åberopas saluföring av liknande varor hos andra leverantörer. Sandå har genom vad som anförts inte förmått visa att de aktuella benämningarna uteslutande använts av Tassoglas. Bolaget har

inte visat att Byggebo använt sig av ett specifikt varumärke i strid mot LOU. Förvaltningsrättens samlade bedömning är att Sandå inte har visat att Byggebo har agerat i strid mot LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05).

Magnus Hansson
rådman

föredragande: Helene Larsson



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller 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.

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.

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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.