



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 2

DOM
 2017-02-10
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 11739-16
 11756-16
 11757-16

SÖKANDE

Dahl Sverige Aktiebolag, 556287-0229
 Box 11076
 161 11 Bromma

Ombud:
 Martin Göransson och Mikael Rendahl
 Prosent AB
 Kungsgatan 13 B
 352 31 Växjö

KONKURRENSVERKET	
2017-02-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Trollhättans kommun
461 83 Trollhättan
2. Trollhättans Tomt Aktiebolag, 556008-8535
Box 953
461 29 Trollhättan
3. Vänersborgs kommun
462 85 Vänersborg

Ombud för 1-3:
 Paul Åkerlund
 c/o Trollhättans Stad
 461 83 Trollhättan

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Trollhättans kommuns, Trollhättans Tomt Aktiebolags och Vänersborgs kommuns upphandling *VS & VA-material 2016-2018, dnr KS 2016/00519*, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering avseende delområdet *VA-material*.

Dok.Id 456114

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Trollhättans kommun, Trollhättans Tomt Aktiebolag och Vänersborgs kommun (nedan de upphandlande myndigheterna) genomför en upphandling *VS & VA-material 2016-2018, dnr KS 2016/00519*.

Upphandlingen är uppdelad i två delar, VS-material och VA-material.

Av tilldelningsbeslut av den 26 oktober 2016 framgår att Ahlsell Sverige AB (nedan Ahlsell) har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Dahl Sverige Aktiebolags talan:

Dahl Sverige Aktiebolag (nedan Dahl) ansöker om överprövning såvitt avser delområdet VA-material och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på sådant sätt att en ny utvärdering görs där anbudet från Ahlsell inte får beaktas. Dahl anför i huvudsak följande.

Tidpunkt och sätt att visa att produkterna är likvärdiga

De upphandlande myndigheterna har hänvisat till specifika produkter genom angivande av s.k. RSK-nummer i prisformuläret. Förkortningen står för *Rörbranschens standard katalog*, som är en gemensam produktkatalog som VVS-branschen har tagit fram för att underlätta inköp av VA- och VVS-material. Genom att ange RSK-nummer framgår det vilken typ av produkt som efterfrågas och vilka material, tekniska egenskaper och funktioner produkten ska ha. Hänvisningen till RSK-nummer innebär att de upphandlande myndigheterna har abgivit prestanda- och funktionskrav med hänvisning till en standard enligt 6 kap. 2- 3§§ LOU. Av 6 kap. 5 § samma

lag framgår att anbudsgivaren redan i anbudet ska visa att en offererad produkt är likvärdig – någon annan tidpunkt har inte heller angivits i förfrågningsunderlaget. Ett lämpligt sätt att visa likvärdighet kan enligt artikel 23.4 i direktiv 2004/18/EG vara att tillhandahålla teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

Bedömning av likvärdighet utifrån uppgifterna i Ahlsells anbud

Det framgår av myndigheternas begäran om förtydligande och Ahlsells komplettering att Ahlsell inte har visat i anbudet att de alternativa produkter som bolaget har offererat är likvärdiga efterfrågade produkter. Ahlsell har endast hänvisat till andra RSK-nummer i sitt anbud för att visa att produkterna är likvärdiga, vilket inte är tillräckligt (se Kammarrättens i Sundsvall dom den 28 januari 2013 i mål nr 2263-12). Om Ahlsell ska anses ha visat att produkterna är likvärdiga har det skett först efter anbudstidens utgång och sedan offererade produkter har bytts ut och uppgifter i anbudet har rättats.

Förutsättningar för rättelse, förtydligande eller komplettering

Det kan inledningsvis noteras att Ahlsell, genom att ange ett nytt artikelnummer på position 131, har offererat en annan artikel än den som angavs i anbudet. Varken denna brist eller övriga påtalade brister har kunnat läkas genom en rättelse eftersom möjligheten till rättelse förutsätter att de upphandlande myndigheterna skulle ha kunnat inse att uppgifterna varit felaktiga och förstätt vad som avsetts.

Beträffande möjligheten till förtydliganden och kompletteringar kan konstateras att det endast är fråga om att konkretisera redan lämnade uppgifter (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling- en kommentar s. 269 f.). Det finns ingen möjlighet att låta en anbudsgivare komplettera eller förändra sitt anbud i syfte att uppfylla de skall-krav som har angivits i förfrågnings-

underlaget. Det är inte tillåtet att låta en anbudsgivare komplettera sitt anbud med produktinformation efter anbudstidens utgång (se Kammarrättens i Sundsvall dom den 7 december 2011 i mål nr 2147-11). Det bör dessutom noteras att förfrågningsunderlaget saknar föreskrifter om att underlag i form av produktblad eller dylikt kan eller ska ges in på anmodan. Det rör sig sammanfattningsvis om en regelrätt förändring av Ahlsells anbud, vilket innebär att anbudsgivarna inte har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Med hänsyn till att Dahl har givit in ett fullständigt och korrekt anbud som har kunnat utvärderas skulle bolaget ha antagits som leverantör om inte Ahlsell hade fått komplettera sitt anbud. Det går följaktligen inte att hävda att kompletteringen inte skulle medföra risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Bedömning av likvärdighet efter förändringarna i Ahlsells anbud

För det fall förvaltningsrätten finner att Ahlsells komplettering är förenlig med LOU har bolaget i vart fall offererat produkter som inte är likvärdiga efterfrågade produkter. Det kan noteras att de upphandlande myndigheternas tolkningsfrihet att avgöra vad som är likvärdigt inte får medföra en fri prövningsrätt där det ges utrymme för godtyckliga bedömningar. Ställda produktkrav ska därvid upprätthållas vid utvärderingen.

På position 76 i prisformuläret har de upphandlande myndigheterna efterfrågat en produkt med RSK-nummer 7037041. Vid en sökning i RSK-databasen framgår att en sådan produkt ska ha en slit-/dämpring. På den positionen har Ahlsell i stället offererat en produkt med RSK-nummer 7037116. Vid kontroll i RSK-databasen framgår att produkten saknar slit-/dämpring. En slit-/dämpring är en fastsatt packning som inte går att ta bort med handkraft. Packningen förhindrar att gjutyterna i locket och ramen slår emot varandra, vilket ger en tystare gatumiljö. Den medför även mindre slitage på lock och ram, vilket ökar livslängden. Slutligen minskar packningen risken för att lock och ram fryser fast. Ahlsells produkt saknar

helt packning och kan därför inte anses likvärdig. För det fall Dahl hade känt till att produkter utan sådan packning skulle godtas hade bolaget kunnat offerera en billigare produkt än den efterfrågade. Det kan vidare noteras att Ahlsell på ett flertal positioner har offererat alternativa produkter med mindre förpackning eller mängd, vilket står i strid med skall-kraven och medför att anbuden inte blir jämförbara. Detta gäller exempelvis position 190 där de upphandlande myndigheterna har efterfrågat 500 gram och Ahlsell har offererat 400 gram. Avvikelsen är av väsentlig betydelse och produkten kan därmed inte anses vara likvärdig.

Skada

Dahl har rangordnats som nummer två. För det fall Ahlsells anbud förkastas kommer Dahl att antas som leverantör. Dahl lider följaktligen skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Det finns därför förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

De upphandlande myndigheternas talan:

De upphandlande myndigheterna anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Förutsättningar för rättelse, förtydligande eller komplettering

I samband med begäran om förtydligande har Ahlsell upptäckt att bolaget har angivit ett felaktigt artikelnummer. Det har saknats grund att ifrågasätta Ahlsells uppgift om felskrivning och referensgruppen har därför tillåtit rättelsen. Den aktuella rättelsen har gjorts utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det har inte heller i övrigt bytts ut eller tillkommit några artiklar. Det kan noteras att Ahlsells alternativa erbjudande om ersättningsartiklar har lämnats utan avseende eftersom det skulle ha inneburit en otillåten komplettering som hade medfört en risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ahlsell har sammanfattningsvis

inte givit in någon komplettering, utan endast en begäran om rättelse och ett förtydligande. Det är förenligt med LOU och syftet med ett förtydligande att bifoga en produktbilaga.

Bedömning av likvärdighet

I den aktuella upphandlingen har de upphandlande myndigheterna efterfrågat en varukorg och till stor del hänvisat till Dahls artikelnummer och beskrivning. Detta skulle kunna stå i strid med likabehandlingsprincipen om andra anbudsgivare inte tillåts offerera likvärdiga artiklar och ges möjlighet att påvisa att de är likvärdiga. Frågan om en artikel kan anses vara likvärdig efterfrågad artikel med dess funktionalitet ligger i första hand hos de upphandlande myndigheterna eftersom de står för förfrågningsunderlagets utformning utifrån de behov och önskemål som finns på myndigheterna. Att kräva att en offererad artikel ska vara av ett specifikt märke eller exakt som en referensartikel vore att agera i strid med LOU. Detta skulle utestänga leverantörer och därmed försämra konkurrensen i en upphandling. Inkomna anbud i denna upphandling har prövats av en utsedd referensgrupp som har tagit ställning till om offererade artiklar ska anses vara likvärdiga. Samtliga anbudsgivare har fått möjlighet att förtydliga sina offererade artiklar. Bedömningen har därefter baserats på anbuderna och egen erfarenhet.

Skada

Dahl har inte lidit eller riskerat att lida skada då bolaget inte har konkretiserat på vilket sätt det vinnande anbudets artiklar inte skulle anses vara likvärdiga och därför inte skulle ha utvärderats. Det har stått Dahl fritt att offerera likvärdiga artiklar och bolaget har haft samma förutsättningar som alla andra anbudsgivare att påverka sitt varukorgsvärde och vinna upphandlingen. En förutsättning för detta har dock varit att Dahl har haft samtliga efterfrågade artiklar och lägst pris, vilket inte har varit fallet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts och ersatts av lag (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

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 (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag.

Av punkten 4.1. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudspris ska lämnas i det bifogade anbuds/utvärderingsunderlaget (varukorgen).

I formuläret har de upphandlande myndigheterna angivit namn och artikelnummer på ett stort antal produkter. De upphandlande myndigheterna har genom hänvisningar till RSK-nummer uppställt ett antal krav på de efterfrågade produkternas egenskaper.

Av punkten 1.14 i förfrågningsunderlaget framgår att likvärdiga produkter kan offereras.

Dahl har bl.a. anfört att den produkt som Ahlsell har offererat på position 76 saknar slit-/dämpning och redogjort för hur detta påverkar produktens funktion. Dahl har även gjort gällande att det resulterar i en dyrare produkt. De upphandlande myndigheterna har i huvudsak gjort gällande att frågan om en artikel kan anses vara likvärdig efterfrågad artikel med dess funktionalitet i första hand ligger hos de upphandlande myndigheterna och att det inte är möjligt att kräva att en offererad artikel ska vara precis som en referensartikel.

Uppfattningen att det är den upphandlande myndigheten som i första hand har att bedöma om leverantören har visat att produkterna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna vinner stöd av uttalanden i förarbetena (se prop. 2006/07:128 s. 346). Detta innebär dock

inte att det står den upphandlande myndigheten helt fritt att bedöma vad som är likvärdigt – bedömningen måste fortfarande vara förenlig med de grundläggande principerna i LOU.

Förvaltningsrätten noterar att de upphandlande myndigheterna varken har invänt mot Dahls beskrivning av på vilket sätt skillnaden mellan de offererade produkterna är väsentlig eller närmare har utvecklat varför den offererade produkten ändå ska anses vara likvärdig. Dahl får mot denna bakgrund ha anses visat att den offererade produkten inte är likvärdig.

Dahl har vidare anfört att Ahlsell bl.a. har offererat en mindre mängd glidmedel på position 190 än vad som har efterfrågats.

Det har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit något som visar på vilket sätt 400 ml glidmedel av ett visst märke kan anses vara likvärdigt med 500 ml glidmedel av ett annat märke. Dahl får därför anses ha visat att de upphandlande myndigheterna inte har haft fog för bedömningen att den offererade produkten kan godtas.

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Dahl har visat att Ahlsell – oavsett svaret på begäran om förtydligande – har offererat vissa produkter som inte har kunnat godtas. Förvaltningsrätten anser därför att det inte finns skäl att närmare pröva i vilken utsträckning de upphandlande myndigheterna har kunnat beakta vad Ahlsell har angivit efter anbudstidens utgång.

Det är uppenbart att Dahl har lidit – eller i vart riskerat att lida – skada på grund av de upphandlande myndigheternas agerande. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på sådant sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom en ny anbudsutvärdering avseende delområdet VA-material.

Förvaltningsrätten finner avslutningsvis anledning att anteckna att rätten med hänsyn till domens utformning inte anser att Ahlsell har ställning som part i målet (jfr bl.a. HFD 2011 ref. 29, HFD 2011 ref. 85 och Kammarrättens i Sundsvall beslut den 21 september 2016 i mål nr 2130-16).

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



Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



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.