


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden U Åsberg

DOM

2011-06-03

Meddelad i
HärnösandMål nr
610-11E**SÖKANDE**

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm

Ombud: Erika Togö
c/o Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-06-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Ahlsell Sverige AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen VA-material, dnr 10-44F, inte får avslutas innan rättelse gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att en ny kvalificering och anbudsprövning ska göras och ett nytt tilldelningsbeslut fattas varvid bolagets anbud ska anses uppfylla skall-kraven avseende punkterna likvärdiga produkter, offererade enheter och tydligt markerade avvikelser.

Dok.Id 18097

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför upphandling av VA-material, dnr 10-44F. I tilldelningsbeslut den 31 januari 2011 angav kommunen att avtal skulle tecknas med Ahlsell Sverige AB. I nytt tilldelningsbeslut den 9 februari 2011 angav kommunen att anbudet från Ahlsell Sverige AB ska förkastats eftersom det inte uppnår krav under förfrågningsunderlagets punkt 2.8 då produkterna inte är likvärdiga och alternativt inte har offererats. Vidare angav kommunen att avtal ska tecknas med Dahl Sverige AB.

Ahlsell Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut och att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny kvalificering och utvärdering ska göras av anbuderna varvid bolagets anbud ska anses kvalificerat för utvärdering. Bolaget anför därvid i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Samtliga de av bolaget offererade likvärdiga artiklarna uppfyller de krav som kommunen genom angivande av artikelnummer, fabrikat och RSK-nummer får anses ha uppställt i förfrågningsunderlaget. Värt att notera angående certifikat och standarder inom VA-material är att olika material kan anses uppfylla samma standard, det vill säga att ett visst material inte behöver användas för att få en produkt certifierad eller godkänd enligt en viss standard. Det krav som upphandlande myndighet ställer på efterfrågad produkt genom att hänvisa till ett visst fabrikat, som uppfyller en viss standard, kan alltså inte tolkas som att endast det ingående materialet i just den produkten kan godkännas som likvärdig vara. Om kommunen avsett att endast vissa material kunde uppfylla kommunens krav på funktion, handhavande och livslängd borde kommunen i så fall tydligt ha angett dessa krav i förfrågningsunderlaget.

En likvärdig produkt är en produkt som med minsta möjliga avsteg uppfyller samma funktion som den efterfrågade. När det gäller tekniska produkter så som de efterfrågade framställs kraven på produktionens funktion med hjälp av angivande av artikelnummer för en tidigare inköpt produkt. Utifrån artikelnumret för den angivna produkten kan anbudsgivare få fram information om vilka krav upphandlande myndighet ställer på den offererade produkten. Kraven kan utläsas från märkningar, standarder och certifikat som produkten godkänts för. Om en produkt som anbudsgivaren saluför uppfyller samma märkningar, standarder och certifikat som den angivna produkten, samt inte avviker markant i handhavande, är produkten likvärdig. Om en upphandlande myndighet utöver detta har ytterligare specifika skall-krav på en viss produkt, vilket endast den i förfrågningsunderlaget angivna produkten kan uppfylla, måste detta specificeras i förfrågningsunderlaget. Eftersom kommunen inte utöver artikelnummer/RSK-nummer specificerat några särskilda användningsområden för efterfrågade artiklar har anbudsgivarna inte haft kännedom om utifall ytterligare specifika krav på konstruktion eller funktion har avsetts av kommunen och bolaget anser att det var tillräckligt att bevisa likvärdigheten hos offererade artiklar med angivande av artikelnummer/RSK-nummer.

Då de av bolaget offererade produkterna uppfyller samma standarder, märkningar och certifikat som de efterfrågade produkterna är det orimligt att förkasta bolagets anbud på grund av skillnader i konstruktion eller material som inte påverkar användningen av produkten. Att ställa ytterligare krav på konstruktionen av en vara, utöver de konstruktionskrav som är nödvändiga för att uppfylla den efterfrågade funktionen, strider mot både principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen. De av bolaget offererade produkterna uppfyller kommunens krav såsom dessa krav uppställts i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därför inte haft grund för att förkasta bolagets anbud.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och anför därvid följande. Bolagets ansökan om överprövning bör avvisas då bolagets anbud förkastats med anledning av att de inte uppfyllt de enligt förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven och därmed inte lidigt någon tydlig och betydande skada. Bolaget har brustit i uppställda skall-krav och har inte offererat likvärdiga artiklar på ett antal positioner. Dessutom har bolaget offererat fel enhet, offererat meterpris istället för styckepris, och i vissa fall offererat fel längd. Detta kan inte ses som något skrivfel utan anbudet visar många tydliga fel i både längd och enhet vilket påverkar anbudets slutsumma i hög grad. Bolaget har endast letat "likvärdiga" artiklar utan att se ett sammanhang med de i förfrågningsunderlagets prisbilaga efterfrågade artiklarna. Detta har medfört att vid bedömningen av likvärdighet har kommunen, förutom rena materialegenskaper, även tagit hänsyn till olika artiklars "kompabilitet", dvs. hur de passar ihop och eventuella tillsatser som krävs för att få ihop artiklarna. Kommunen har också sett till framtida drift och underhåll samt tagit hänsyn till att flera olika artiklar i så fall måste lagerföras. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare tydligt ska markera avvikelser från prisbilagan, vilket bolaget inte har gjort. Det är inte tydligt att byta ut artiklarna med RSK-nummer och text. Slutligen har kommunen förbehållit sig rätten att avgöra artiklarnas likvärdighet, vilket också tydligt framgår av förfrågningsunderlaget.

Bolaget har i yttrande anført bland annat följande. Vid anbudsgivningen har bolaget tagit hänsyn till likvärdigheten. Även om det inte uttryckligen stått angivet i förfrågningsunderlaget att offererade artiklar ska vara kompatibla med andra artiklar i anbudet har bolaget tagit hänsyn till detta och använt vedertagna branschenheter, standarder och krav. I anbudet har tydligt markerats avvikelser genom att aktuell position har bytts ut till av branschen vedertaget RSK-nummer och även benämningen har bytts till den benämning som gäller för RSK-numret, med undantag för positionerna 415 och 417 där det finns ett uppenbart skrivfel på benämningen men pro-

duktnummer, pris, antal och totalpris är rätt varför slutsumman inte har påverkats. Det finns inte någon enhet angiven i förfrågningsunderlaget och därför har bolaget använt den enhet som är vedertagen i branschen. Även anbudet från den vinnande leverantören innehåller sådana enhetsfel vilket kommunen har ansett ska betraktas som uppenbara skrivfel. Det strider mot likabehandlingsprincipen att godta uppenbara skrivfel i ett anbud och för ett annat anbud anse att detta är grund för att förkasta anbudet.

De i prisbilagan angivna positionerna som bolaget och kommunen särskilt argumenterat kring redovisas nedan tillsammans med vad som i huvudsak anförts härom.

Position	Bolaget	Kommunen
79	Produkten är enligt RSK-databasen körbar 40 ton.	Den offererade produkten är godkänd som 25 ton men inte 40 ton som den i förfrågningsunderlaget efterfrågade.
85-87 och 109	<p>Samma märkningar och standarder som uppfylls av de släta PVC rör som kommunen efterfrågat också uppfylls av de Pragma-rör som offererats. Släta och strukturerade rör har samma egenskaper. Pragma innebär likvärdighet avseende ringstyvhet, rördelsutbud, anslutningsmöjligheter till brunnar. Skillnaden i innerdiameter är några millimeter vilket inte kan ha någon betydelse för funktionen eftersom den aldrig beräknas på 100 procent. Rörens innerdiameter kan också variera något varför man i standarderna anger innermåttan plus/minus någon millimeter.</p> <p>Vidare framgår inte av förfrågningsunderlaget vilket befintligt ledningsmaterial som finns och därför har bolaget offererat likvärdigt material gentemot det i förfrågningsunderlaget efterfrågade.</p> <p>Om kommunen hade ansett att med likvärdiga artiklar avsågs endast artiklar som direkt (utan anslutningsmaterial) var kompatibla med</p>	Det är inte en likvärdig produkt med avseende på handhavande och funktion om det rör som offererats kräver ytterligare rördetaljer för att anpassa förlängningen till det befintliga ledningsmaterialet. Pragma-röret har en mindre innerdiameter än det efterfrågade röret, vilket inte bedöms som likvärdig produkt med avseende på funktion.

	<p>befintligt nät, hade kommunen i förfrågningsunderlaget varit tvungen att ange vilka fabrikat som kommunen idag har i befintliga installationer samt att endast artiklar direkt kompatibla med befintliga installationer skulle anses som likvärdiga artiklar.</p>	
88	<p>Kommunen har efterfrågat rör i PP-plast och bolaget har offererat likvärdiga rör i PVC-plast. PVC-rören uppfyller samma märkningar och standarder som PP-plast rören. Dessa artiklar har samma användningsområde och ser lika ut. PVC som material är helt kompatibelt med PP. PVC innehöll tidigare bly och av bland annat miljöskäl förbjöds kommunerna att använda materialet. Idag är blyet borttaget ur råvaran vid tillverkningen och därmed kan man fortsätta att använda materialet.</p>	
110-114, 116-117, 119-120, 126-127, 129-130	<p>Kommunen har efterfrågat rör i PVC medan bolaget har offererat rör i PP-plast. PVC och PP släta markrördeklar är exakt lika i dimensionerna dn 110-400 och har samma användningsområde. Rören passar ihop med varandra.</p>	
162-163 och 417	<p>Bolaget har offererat betäckning från annan tillverkare än den efterfrågade, vilket är till fullo en ersättare för efterfrågade modeller och har likvärdiga egenskaper. Båda utförs enligt SS EN 124 standarden och klarar klass D400.</p> <p>Betäckningen av avvinklingsbar till fem grader. Livslängden på gjutjärn kontra segjärn finns inte dokumenterat, utan är bara ett påstående från kommunen. Påståendet att kommuner har haft problem med PE-rör som deformerats finns inte verifierat och är inte heller angivet i förfrågningsunderlaget. Betäckningen har tillräckligt stor enhetsarea för att enligt standarden anses likvärdig med en betäckning med låsanordning.</p>	<p>Den offererade beteckningen uppfyller inte kravet på låsbart lock och den är av materialet gråjärn/gjutjärn och har således inte samma materialegenskaper som den efterfrågade. Gjutjärnsbetäckningar har inte samma livslängd som en segjärnsbetäckning. Dessutom väger den betydligt mer. De efterfrågade betäckningarna är avvinklingsbara vilket saknas hos de offererade betäckningarna. Den offererade produkten har en tunn PE som man bultar fast på röret med två bultar. Den efterfrågade produkten är ett tjockväggigt PE-rör som inte deformerar vid återfyllning.</p>
176 och 416	<p>Både den efterfrågade och den offererade betäckningen uppfyller klass</p>	

	D400.	
254-255	<p>Bolaget har offererat PE-rör av annat fabrikat än det efterfrågade, vilka har likvärdiga egenskaper och uppfyller samma märkningar och standarder. Det offererade röret erbjuder ett likvärdigt skydd mot grova återfyllningsmassor och har likvärdiga egenskaper avseende vattentryck. Svetsning av röret är likvärdig både vid stum- som elsvetsning. Båda rören har samma användningsområden och egenskaper. Enligt RSK-databasen framgår att rören är kompatibla samt uppfyller samma standard och tryckklass.</p> <p>Det måste räknas som ett uppenbart skrivfel då rör om sex meter är normal lagervara och har en logistisk fördel. Det offererade röret finns även i 12 meter och pris, meterantal och totalpris blir detsamma för både sex meter och 12 meter.</p>	<p>Det offererade PE-röret har inte samma materialegenskaper som det efterfrågade. Dessutom är de av en annan rörlängd vilket innebär ökade material- och arbetskostnader i form av sammanfogning.</p>
350-354, 355, 362-365, 378-382	<p>De alternativa produkter som offererats kan levereras med en adapter och kan användas både med och utan.</p>	<p>De offererade slussventilerna passar inte ihop med offererade garnityr. Här behövs en platsadapter som inte är med i anbudet. Detta innebär att produkterna inte bedöms som likvärdiga när det gäller handhavande.</p>

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Med hänsyn till tidpunkten för upphandlingens påbörjande ska LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 tillämpas i målet.

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

2.2 Fast pris

Anbudspriser **skall** anges netto, exkl. mervärdesskatt och i Svensk valuta.

2.7 Fabrikat

Anbudsgivare får lämna anbud på annat likvärdigt fabrikat än vad som (i vissa fall) angivits i prisbilagan. Anbudsgivare **skall** tydligt markera avvikelser från ställda krav. Beställaren äger rätt avgöra om produkten är likvärdig.

2.8 Sortiment

Leverantörer **skall** offerera samtliga i prisbilagan angivna artiklarna.

Av den prisbilaga som bifogats förfrågningsunderlaget framgår för varje position den efterfrågade produktens RSK-nummer och benämning samt hur många som anbudet ska omfatta.

Av utvärderingsprotokoll 2, i samband med kommunens omprövning av tilldelningsbeslutet, framgår följande. En ny utvärdering är gjort efter att det konstaterats att bolaget inte offererat produkter enligt förfrågan. Detta uppmärksammades inte då kravet på tydlig markering av sådana produkter knappast kan vara uppfyllt eller är mycket bristfälligt. Avvikande positioner är 28, 29, 30, 79, 80, 82, 85, 87, 162, 163, 417, 231, 253, 254, 255, 414, 415, 416 m.m. Positionerna 334-301 har fel enhet vilket gör att totalpriset blir fel.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet har kommunen gjort gällande att bolagets ansökan om överprövning ska avvisas på grund av att bolaget inte lidit någon tydlig och betydande skada. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att så kan vara fallet om ett bolag *rätteligen* förkastats i kvalificeringsfasen.

Fråga uppkommer då om bolagets anbud rätteligen bort förkastats på den grunden att bolaget inte uppfyllt samtliga skall-krav.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 9 § LOU ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jämför RÅ 2002 ref. 50). Det finns inte några principiella hinder mot att myndigheten uppställer krav på att en produkt ska ha vissa tekniska minimispecifikationer. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare (jämför till exempel mål C-243/89, kommissionen mot Danmark).

Förvaltningsrätten finner att de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav på pris, produkt och tydlighet vid markering av avvikelser är tillräckligt utformat för att uppfylla de krav på transparens som uppställs i LOU.

Kommunen har förkastat bolagets anbud då bolaget inte uppfyllt skallkravet på likvärdiga produkter. Vidare har kommunen anfört att skallkravet på tydligt markerat avvikelser inte uppfyllts liksom kravet på pris per meter och i vissa fall att fel längd offererats.

Huruvida de uppställda kraven har uppfyllts måste läsas mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud får lämnas på sådan produkt som anges i prisbilagan, eller annan likvärdig produkt. I prisbilagan anges produktens RSK-nummer och benämning samt hur många som anbudet ska omfatta. Förvaltningsrätten konstaterar att RSK är en gemensam produktkatalog för hela VVS-branschen, vilken här har tjänat som anbudslämnarnas enda ledning beträffande kommunens krav på de efterfrågade produkterna. Det framkommer inte några ytterligare specifika krav på material, konstruktion eller funktion av förfrågningsunderlaget. Det finns heller ingen beskrivning av kommunens befintliga nät eller några uppställda krav på kompatibilitet.

Utifrån de krav som kan utläsas av de efterfrågade produkternas RSK-nummer finner förvaltningsrätten att de avvikande produkter som bolaget offererat är att anse som likvärdiga, oaktat att kommunen förbehållit sig rätten att avgöra produkternas likvärdighet. Därmed uppfyller bolaget det skallkrav på likvärdiga produkter som uppställts i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av den genomgång kommunen behövt göra av samtliga inlämnade anbud, däribland ifyllda prisbilaga, anser förvaltningsrätten vidare att det sätt på vilket bolaget markerat avvikande produkter är tillräckligt tydligt för att uppfylla det uppställda skallkravet.

Kommunen har anfört att bolaget inte offererat rätt enhet utan har pris per meter istället för per styck. Förvaltningsrätten finner emellertid att det av förfrågningsunderlaget inte framkommer annat krav för redovisning av pris än att det är nettopris som ska redovisas. Bolaget har således uppfyllt det

krav på pris som angetts i förfrågningsunderlaget. Den felaktighet att produktens längd i anbudet angetts till sex meter istället för rätteliga 12 meter får, enligt förvaltningsrättens mening, betraktas som uppenbara skrivfel särskilt mot bakgrund att det inte kommer att inverka på varken pris, meterantal eller totalpris.

Mot bakgrund av ovan anförda finner förvaltningsrätten att Örnsköldsviks kommun inte bort förkasta bolagets anbud och att bolaget således får anses ha lidit skada. Vad kommunen åberopat föranleder inte någon annan bedömning. Förutsättningar föreligger därför att bifalla bolagets ansökan om överprövning.

Med hänsyn till att det går att rätta det felaktiga upphandlingsförfarandet genom att bolagets anbud tas med i utvärderingen kan rättelse ske på så sätt att en ny kvalificering och anbudsprövning ska göras och ett nytt tilldelningsbeslut fattas varvid bolagets anbud ska anses uppfylla skall-kraven avseende punkterna likvärdiga produkter, offererade enheter och tydligt markerade avvikelser.

Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 10 § första stycket LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).



Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.