



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2011-02-24
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
7949-10 E
Enhetschef 2

SÖKANDE

BLM Kyl & Storkök AB, 556616-2615
Skruvgatan 2
553 02 Jönköping

MOTPARTER

1. AB Bankerydshem, 556054-3877
Sjöåkravägen 18
564 31 Bankeryd

2. AB Grännahus, 556014-8883
Box 55
563 22 Gränna

3. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

4. Högskolefastigheter i Jönköping AB, 556284-1089
Gjuterigatan 3 B
553 18 Jönköping

5. Jönköping Airport Fastighets AB, 556790-5541
Flygplatsvägen
555 93 Jönköping

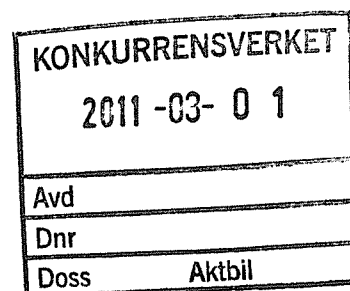
6. Jönköping Energi AB, 556015-3354
Mailbox 5150
551 40 Jönköping

7. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

8. Jönköpings kommuns förvaltnings AB, 556045-5551
Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

9. Jönköpings Kyrkliga Samfällighet, 252003-0905
Östra Storgatan 45
553 21 Jönköping

10. Logpoint AB, 556776-2058



Dok.Id 28756

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Östra Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Juneporten
551 89 Jönköping

11. Rosenlunds Fastighets AB, 556062-9205
Box 6077
550 06 Jönköping

Ombud för 1-6 samt 8-11: stadsjuristen Lars-Åke Svensson och upphandlingschefen Björn Isaksson
Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten
551 89 Jönköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen, såvitt avser ramavtalsområde 13 och det geografiska området hela Jönköpings kommun, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 februari 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

De som motparter upptagna parterna (motparterna) genomför gemensamt en upphandling, öppet förfarande, som benämns Byggnads- Anläggnings- och Installationsarbeten (ref. nr 10/71). Upphandlingen är uppdelad i 24 ramavtalsområden och ramavtal avses tecknas med minst tre leverantörer per område, förutsatt att det finns minst så många kvalificerade anbudsgivare. Vidare noteras att ett ramavtalsområde kan vara ytterligare indelat i geografiska områden. BLM Kyl & Storkök AB (bolaget) har lämnat anbud inom ramavtalsområdet 13. Avseende detta område har motparterna genom

tilldelningsbeslut tilldelat ramavtal till annan leverantör med högre rangordning än bolaget, som därefter har ansökt om överprövning.

Av **förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Jönköpings kommun avser att teckna ramavtal med entreprenörer för utförande av investeringar i form av ny-, om- och tillbyggnationer samt underhållsarbeten med successiva avrop när behov uppkommer i den löpande verksamheten. Ramavtalet omfattar hela Jönköpings kommun med angivna begränsningar. Arbetena utförs på fastigheter i det bestånd som Jönköpings kommun äger eller hyr. Ny-, om-, och tillbyggnadsarbeten omfattas inte av detta ramavtal för det fall de avser arbeten på fastigheter som är upptagna i Jönköpings kommuns verksamhets- och investeringsplan (s.k. VIP – fastigheter). Vidare omfattas inte drifts- och underhållsarbeten hänförliga till VA - verksamhetens inköp av process-el av denna upphandling. Avtalstiden är 2 år med möjlighet för den upphandlande myndigheten att förlänga avtalet med oförändrade villkor med upp till 1 + 1 år.

Angående anbudsutvärderingen framgår bl.a. följande av förfrågningsunderlaget. Anbudsutvärderingen inleds med en formell granskning i enlighet med LOU för att därefter följas av en prövning av anbudsgivarens ekonomiska förutsättningar. Sedan rättelse och nollställning skett kommer en prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar att följa. Denna prövning omfattar följande.

- Entreprenörer kan lämna anbud i förening eller hänvisa till annat företags kapacitet
- Organisation och kompetens
- Entreprenörens ombud
- Entreprenörens kvalitetsansvarige
- Entreprenörens miljöansvarige
- Kvalitetssäkringssystem

- Miljöledningssystem

Efter prövningen följer en kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter. Därvid ska anbudsgivaren uppge minst 3 referenser med kontaktuppgifter för varje ramavtalsområde som anbud lämnas på. I de fall fler referenser anges kommer dessa vid behov att kontaktas i angiven ordning till kontakt med minst 3 har uppnåtts. Referenserna ska avse likvärdiga uppdrag efter utgången av år 2005 som upphandlingen omfattar. Med likvärdiga uppdrag avses uppdrag på ramavtal – oavsett storlek – eller enskilda entreprenaduppdrag av den art som upphandlingen avser (områdena 1 – 24). Angivna referenser ska vara vidtalade och ska kunna besvara frågor angående likvärdiga uppdrag som upphandlingen omfattar.

Sedan den ovan utförda kvalificeringen genomförts kommer, för varje ramavtalsområde indelat i geografiska underområden, de tre anbud att antas som har lägst angivet timpris avseende ordinarie arbetstid.

Av Jönköpings kommuns **tilldelningsbeslut**, med tillhörande underlag, framgår bl.a. följande. Inom ramavtalsområdet 13, reparation/service stor-köksutrustning, har bolaget utsetts till 1:a leverantör inom det geografiska området Habo kommun och 2:a leverantör inom det geografiska området hela Jönköpings kommun. Som 1:a leverantör inom sistnämnda område har EMT i Jönköping AB (EMT) antagits. Anledningen till att EMT antagits som 1:a leverantör är att detta bolag efter rättelse/nollställning och kvalificering befunnits ha ett timpris avseende ordinarie arbetstid som understigit det som offererats av bolaget med 4 kr/tim.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt gäller ramavtalsområdet 13, inte får avslutas innan rättelse skett genom ny

utvärdering, varvid anbudet från EMT ska förkastas. EMT kan inte anses uppfylla förfrågningsunderlagets krav under rubrikerna prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar respektive kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter. Vidare kan ifrågasättas om EMT:s anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen, då det inte endast gäller timdebitering utan även avseende kostnader för reservdelar, specialkompetens och tillgänglighet. Grundförutsättningen borde vara att kommunen gör en transparent bedömning så att det totala priset blir så lågt som möjligt, inte endast timdebiteringen. En korrekt bedömning bör göras avseende det aktuella ramavtalsområdet. Därvid ska begreppen och kravet avseende likvärdiga uppdrag utredas och tolkas korrekt.

Prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar

Det kan ifrågasättas om någon prövning gjorts i denna del, vilket ska göras enligt förfrågningsunderlaget. Vidare har EMT inte någon utbildning avseende den typ av produkter som finns i kommunens verksamhet, t.ex. kokgrytor, granuldiskar, ångugnar m.m. Det är i och för sig riktigt att det i förfrågningsunderlaget inte ställts krav på utbildning. Däremot framgår att det föreligger ett kompetenskrav avseende den typ av uppdrag och den utrustning som är aktuell inom ramavtalsområdet. Detta kompetenskrav kan inte anses vara uppfyllt i EMT:s anbud.

Kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter

Enligt förfrågningsunderlaget ska referenser avse likvärdiga uppdrag som är av den art som upphandlingen avser. De referenser som EMT har angett kan varken anses avse likvärdiga uppdrag eller uppdrag av den art som upphandlingen avser. Föremålet för upphandlingen är uppdrag i Jönköpings kommuns storkök. Dessa innefattar produktionskök för att producera mat till äldreomsorgen, skolomsorgen, olika vårdinrättningar m.fl. Således avses en omfattande tillagningsprocess med användning av den typ av utrustning som krävs för ändamålet.

EMT har angivit McDonald's, Max hamburgerrestauranger och Multeral som referenser. Multeral är en leverantör som ger EMT uppdrag på snabbmatskedjor och som har huvudkontakten med McDonald's. Således avser alla EMT:s referenser utrustning som behövs för snabbmatsproduktion. Denna typ av utrustning återfinns inte i något av de storkök som ingår i Jönköpings kommuns bestånd. Hos McDonald's och Max hamburgerrestauranger används exempelvis fritöser, elektroniska stekbord, klämgrillar och glassmaskiner, varav flertalet är amerikanska specialmaskiner. Handhavandet av utrustning för snabbmatsproduktion och handhavandet av sådan utrustning som finns i kommunens produktionskök är helt annorlunda. Bolaget har kunskap om denna skillnad då det även utför service på snabbmatsutrustning. Då bolaget varit medvetet om att snabbmatsrustning och service av sådan inte är av den art som kommunen efterfrågat inom det aktuella upphandlingsområdet, som avser service på kommunens storköksutrustning, så har bolaget valt att inte lämna referenser som avser denna typ av uppdrag.

Med snabbmat avses enligt Nationalencyklopedin måltider som serveras eller hämtas på exempelvis restauranger, gatukök, smörgåsbarer eller pizzerior och som antingen är färdiglagad redan före beställning, kan förbeställas, eller som tillreds snabbt medan man väntar.

Med storkök avses enligt Nationalencyklopedin produktionsdelen i ett storhushåll, d.v.s. allt som krävs för att laga och servera mat i stora mängder till exempelvis skolor och sjukhus. Storkök omfattas av livsmedelslagstiftningen.

Med beaktande av skillnader som redovisats mellan snabbmatsproduktion och verksamhet i nu aktuell typ av storkök, kan de referenser som lämnats av EMT inte anses kunna styrka att kraven i denna del är uppfyllda. EMT:s

referenser kan inte heller styrka att kraven under förfrågningsunderlagets rubrik, Kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter, är uppfyllda.

Den tolkning av förfrågningsunderlaget som enligt bolagets mening bör tillämpas ger inte heller upphov till konkurrensbegränsning på sätt Jönköpings kommun gör gällande. Det finns ett hundratal bolag i Sverige som skulle kunna uppfylla kraven på referenser till likvärdiga uppdrag och som omfattar samma typ av utrustning som är aktuell i den förevarande upphandlingen. De exempel på utrustning som bolaget nämnt, kokgrytor, granuldiskar, ångungnar, kokerier m.m. utgör endast exempel på utrustning som förekommer i Jönköpings kommuns storkök och tar inte sikte på specifika modeller eller fabrikat. Exemplifieringen syftar till att tydliggöra vilken typ av utrustning som bör omfattas i referensuppdrag för att dessa ska anses vara ”av den art som upphandlingen avser”.

Motparterna anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Det finns inte något krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare ska ha ingått ramavtal, utan det är tillräckligt att referensen avser enskilda entreprenaduppdrag av den art som upphandlingen avser. Jönköpings kommun har ringt de av EMT angivna referenserna och funnit att McDonald's, Max hamburgerrestauranger och Multeral uppfyller förfrågningsunderlagets krav. McDonald's och Max hamburgerrestauranger utgör storkök och EMT utför service för Multerals räkning på storköksutrustning, varför referenserna uppfyller kraven på ”redovisning av enskilda entreprenaduppdrag av den art som upphandlingen avser (områdena 1-24)”.

Av förfrågningsunderlaget framgår att referenser efterfrågas avseende ”Reparation service storköksutrustning”. Det finns således inga begränsningar i förfrågningsunderlaget till en viss typ av storköksutrustning. Detta för att inte hämma konkurrensen. Att lämnade referenser avser vad som

kan betecknas som fastfood förändrar inte det faktum att det rör sig om storkök. Att ställa krav på att en leverantör ska kunna lämna referenser utifrån den utrustning och de modeller som finns i Jönköpings kommuns storkök skulle vara konkurrensbegränsande och uppenbart strida mot LOU. Bolagets tolkning begränsar begreppet storkök till att avse endast kök med viss teknisk utrustning, vilket inte är förenligt med LOU. McDonald's, Max hamburgerrestauranger och Multeral omfattas av gällande livsmedelslagstiftning och de lagar mat i stora volymer med hjälp av omfattande teknisk utrustning. Alltså utgör de storkök.

DOMSKÄL

Då upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 tillämpas 16 kap. LOU i sin lydelse före detta datum.

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har gjort gällande att EMT:s anbud borde ha förkastats då det inte uppfyllt samtliga ska-krav. De krav som bolaget gör gällande att EMT inte uppfyllt återfinns i förfrågningsunderlaget under rubrikerna prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar respektive kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter (se närmare under rubriken bakgrund i denna dom). Bolaget har vidare angivit att det ifrågasätter om EMT:s anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen, då

inte endast vad gäller timdebitering utan även avseende kostnader för reservdelar, specialkompetens och tillgänglighet. Hur detta ska tolkas är inte helt klart. Förvaltningsrätten återkommer till denna sistnämnda fråga nedan.

Uppfyllelse av ska-krav

Det kan konstateras att bolaget inte gjort gällande att förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav är felaktigt utformade. Förvaltningsrätten har därför endast att ta ställning till om motparterna tolkat kraven på ett korrekt sätt vid sin anbudsutvärdering.

Vad gäller förfrågningsunderlagets krav beträffande anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar så framgår genom hänvisning till förfrågningsunderlagets entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad bl.a. följande. Arbetsledning ska bedrivas under sakkunnig arbetsledning eller sakkunnig montör. Entreprenören ska tillhandahålla arbetskraft som har relevant utbildning och erfarenhet för i uppdraget förekommande arbetsuppgifter.

EMT har i sitt anbud bl.a. angivit följande i aktuellt hänseende. EMT har 12 personer anställda, 11 elektriker och en ekonom. Verksamheten är uppdelad i två områden. Det första omfattar elinstallationer i nybyggnation och service hos industri-, bostads-, byggföretag och privatpersoner. Det andra omfattar maskin- och teknisk service hos industri, restaurang, storköksmaskiner, billifftar, installation av dataprojektorer m.m. Två elektriker är utbildade storkökstekniker. EMT har ramavtal med Bostads AB Vätterhem gällande elarbeten på Österängen och City sedan 2007. Vidare har EMT samarbete med McDonald's Sverige och Max hamburgerrestauranger gällande service av restaurangmaskiner i Småland, Östergötland och Skaraborg. EMT har även samarbete med Mediacenter gällande installationer av digitala projektorer på skolorna i Jönköping.

Vad gäller förfrågningsunderlagets krav beträffande kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter framgår att uppgivna referenser fått svara ja eller nej enligt följande: ”Anser referenterna att anbudsgivaren besitter de förmågor och erfarenheter som erfordras för att utföra uppdraget?”

Förvaltningsrätten finner att de aktuella ska-kraven inte kan bedömas isolerat utan måste bedömas samlat såsom syftande till att säkerställa att vinnande anbudsgivare har det yrkeskunnande och de resurser i övrigt som är nödvändiga för att fullgöra inom ramavtalsområdet förekommande uppdrag. Enligt förvaltningsrättens mening är kraven inte tillräckligt tydligt utformade för att deras innebörd ska kunna fastställas otvetydigt. En samlad bedömning får därför göras av vad som i målet framkommit för att fastställa den innebörd som ligger närmast till hands. Denna innebörd får sedan anses vara den i upphandlingen gällande.

Såvitt framkommit förväntas uppdragstagaren kunna arbeta självständigt utan mer omfattande stöd och styrning från upphandlande myndigheter. Upphandlingen måste också bedömas med beaktande av dess ändamål. Bolaget har gjort gällande, såsom det får förstås, att arbetet i snabbmatskök till betydande del sker med amerikanska specialmaskiner som inte förekommer hos motparterna. Vidare har bolaget gjort gällande att handhavandet av utrustning för snabbmatsproduktion och handhavandet av den utrustning som finns i kommunens produktionskök är helt annorlunda. Dessa uppgifter har inte bestritts av motparterna och motsägs inte heller av vad som i övrigt framkommit. Dessa förhållanden talar med styrka för att förfrågningsunderlagets formulering ”Med likvärdiga uppdrag avses uppdrag på ramavtal – oavsett storlek – eller enskilda entreprenaduppdrag av den art som upphandlingen avser (områdena 1 – 24). Angivna referenser ska vara vidtalade och ska kunna besvara frågor angående likvärdiga uppdrag som upphandlingen omfattar” ska tolkas så att referenser till uppdrag i kök av snabbmatskaraktär inte får förekomma. Mot bakgrund av upphandling-

ens syfte och ramavtalets omfattning ligger det vidare närmast till hands att uppdrag av den art som upphandlingen avser ska förstås som kök där allsidig matlagning sker i större omfattning. Vidare får förfrågningsunderlaget förstås så att erfarenhet av och kunskap om sådan typ av utrustning som faktiskt används inom ramavtalsområdet är ett krav.

Upphandlande myndighet har en viss frihet att välja vilka krav som ställs på en anbudsgivare att i anbudet visa att ställda krav uppfylls. Om en leverantör visar på omständigheter som gör det sannolikt att annan leverantör inte uppfyller ställda krav så åligger det upphandlande myndighet att föra fram utredning som visar att myndigheten haft grund för att anta denna andra leverantör.

Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget gjort sannolikt att vinnande anbudsgivare inte uppfyller samtliga ska-krav med den tolkning av dessa förvaltningsrätten gjort ovan. Vad motparterna anfört medför inte att de kan anses ha haft grund för att ändå anta EMT:s anbud. De upphandlande myndigheterna har därför brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att anta EMT:s anbud i första hand. Då bolagets anbud antagits i andra hand och då det inte gjorts gällande att bolagets anbud skulle brista i uppfyllelse av ställda ska-krav, får bolaget anses ha lidit eller kunna komma att lida skada i LOU:s mening.

Bolagets ifrågasättande

Bolaget har angivit att det ifrågasätter om EMT:s anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen, då inte endast vad gäller timdebitering utan även avseende kostnader för reservdelar, specialkompetens och tillgänglighet. Enligt förvaltningsrättens mening får detta ifrågasättande anses innefatta omständigheter som bolaget grundar sin talan på.

Upphandlande myndigheter är inte skyldiga att pröva vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt utan kan välja lägsta pris som enda tilldelningskriterium. Vad bolaget åberopat får dock anses ge vid handen att motparterna tilldelat ramavtal på felaktig grund.


Lägsta pris som tilldelningskriterium kan inte ta sikte på enskilda delar av ett anbudspris utan måste grunda sig på en bedömning av anbudspriset i dess helhet. I detta fall föreskrivs uttryckligen i förfrågningsunderlaget att endast lägst angivet timpris avseende ordinarie arbetstid kommer att utvärderas. Detta tilldelningskriterium är inte förenligt med LOU. Detta då tillämning av ett sådant kriterium inte säkerställer att den anbudsgivare som erbjuder det lägsta totala anbudspriset, d.v.s. med beaktande av samtliga kostnader, tilldelas ramavtal i första hand.

Vid sådant förhållande gäller även i denna del att då bolagets anbud antagits i andra hand och då det inte gjorts gällande att bolagets anbud skulle brista i uppfyllelse av ställda ska-krav, får bolaget anses ha lidit eller kunna komma att lida skada i LOU:s mening.

Ingripande med stöd av LOU

Förvaltningsrätten har ovan funnit att ramavtal har tilldelats på felaktig grund i form av ett felaktigt utformat tilldelningskriterium. Då det således föreligger ett fel som är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om, såvitt avser ramavtalsområde 13 och det geografiska området hela Jönköpings kommun, inte komma i fråga.

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


Kjell Johansson

