



SÖKANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

Ombud: Advokaten Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPARTER

1. Mariestads kommun
Byggnadsavdelningen
542 86 Mariestad

2. Flyttbara Enheter Fly-Bo Aktiebolag, 556463-5794
Karlstadsvägen 41
681 37 Kristinehamn

SAKEN

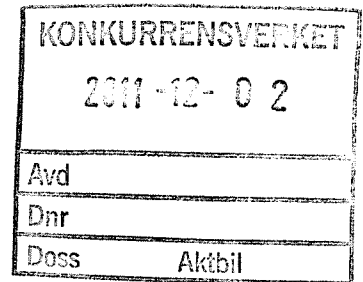
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Mariestads kommun genomför en upphandling, förenklat förfarande, som benämns Nybyggnad av offentlig toalett (Dnr: TN2011/0162). Upphandlingens syfte är att teckna kontrakt med en anbudsgivare avseende två offentliga toaletter inrymmande tillgänglighetsanpassad toalett med toalettutrymme 2,20 x 2,20 meter, urinoar och serviceutrymme. Kommunen har för avsikt att teckna kontrakt med den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna pris (60 po-



äng), leveranstid (20 poäng), kvalitet och miljö (10 poäng), samt gestaltning, materialval och funktion (10 poäng).

Av Mariestads kommuns **tilldelningsbeslut** framgår bl.a. följande. I upphandlingen har tre anbud inkommit. Samtliga anbud har bedömts uppfylla ställda ska krav. Vid anbudsutvärdering har Flyttbara Enheter Fly-Bo Aktiebolag (Flybo) erhållit 94,0 poäng, Danfo AB 92,1 poäng och TOAB miljö AB (Toab) 79,7 poäng. Avseende prisutvärderingen anmärks att för Flybo har utöver anbudspris medräknats kostnader för automatisk spolning av urinoar, skötbord, ytterbelysning, varmvatten, myntinkast, utslagsvask och fasad av lockpanel. Vad gäller utvärderingen av kriteriet gestaltning, materialval och funktion anmärks att lägre poäng för Flybo kan hänföras till gestaltning.

Sedan tilldelningsbeslutet fattats har Danfo ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Danfo yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering, varvid Flybos anbud ska förkastas. I andra hand yrkar Danfo att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Danfo bl.a. följande. Flybos anbud uppfyller inte samtliga ska-krav. Motstridiga uppgifter har lämnats i förhållande till förfrågningsunderlagets krav på att bottenbjälklaget ska vara i betong. Vidare kan kravet på att toaletten ska vara "vandalsäker" inte anses uppfyllt. Dessutom har Flybo efter anbudstidens utgång fått komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt. Slutligen uppfyller inte förfrågningsunderlaget de krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget innehåller bl.a. ett ska-krav på att toaletterna ska vara i "vandalsäkert" utförande, dock utan att begreppet "vandalsäkert" definieras. Vad gäller anbudsutvär-

deringen så saknas en tydlig beskrivning av vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av kriteriet gestaltning, materialval och funktion.

Flybos anbud

På sidan ett anges att golvbjälklaget är i prefabricerad träbjälklag. Längre ner på samma sida anges dock att det nedre bjälklaget är i betong. Danfo har inte fått del av någon uppgift om att kommunikation mellan kommunen och Flybo har ägt rum och hur denna i så fall dokumenterats. Vad gäller utförandet så framgår det av Flybos interiörbeskrivning att hållare för pappershanddukar är monterad på väggen och inte infälld i denna. En hållare som monterats på och sticker ut är mycket sårbar och kan under inga omständigheter sägas vara vandalsäker.

I Flybos anbud anges ”Toalett-pappershållare typ ”storformat” monterad infälld i vägg (vandalsäker) med integrerad papperskorg i rostfritt, tömning och påfyllning av papper från serviceutrymme. Pappershanddukshållare. 2 st klädkrok.”. Det finns inte någon uppgift i anbudet om att toalett-pappershållare, papperskorg, pappershanddukshållare m.m. skulle sitta ihop som en enhet. Inte heller i ritningen anges något sådant. Flybos nu angivna inställning är en efterhandskonstruktion.

Komplettering

Flybo har i sitt anbud räknat upp ett stort antal möjliga tillbehör, dock utan att ange något pris för dessa. Mariestads kommun har valt ut ett antal sådana tillval och efter anbudstidens utgång skickat en förfrågan om prisuppgift för dessa. Ingen annan anbudsgivare har tillfrågats om priser på tillval. Flybo har kunnat erbjuda ett lågt pris eftersom dess anbud avsett en betydligt mer primitiv toalettmodul än övriga anbudsgivare. Exempelvis har varmvatten varit ett tillval. Anbudet har inte nollställt för att kunna jämfö-

ras mot varandra. Således har Flybo tillåtits skraddarsy sin lösning utifrån preferenser som inte angivits i förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlaget

”Vandalsäkert” utförande är ett generellt begrepp. Danfo har bemödat sig om att offerera en toalett som är anpassad till den hårda förslitning och risk för vandalisering som föreligger. Detta har medfört att offerten blivit dyrare. Flybo har lösmonterade handduksställ som både är billigare och mindre hållbara. Konkurrenskraftiga och jämförbara anbud kan inte erhållas med en så generell beskrivning. Någon exemplifiering av vad som avses har inte gjorts i förfrågningsunderlaget. Det är inte riktigt, som kommunen påstår, att ”vandalsäkert” är ett i branschen allmänt vedertaget homogent uttryck. Därvid bör noteras att Danfo har varit marknadsledande leverantör av toalettlösningar i 40 år. Det påstås inte att uttrycket ”vandalsäkert” inte existerar eller inte används i inom branschen. Däremot är begreppet inte tillräckligt specificerat för att användas som ska-krav, och Flybos anbud uppfyller inte de krav som kan ställas enligt Danfos tolkning av begreppet.

Angående utvärderingskriteriet gestaltning, materialval och funktion anges att ”anbud som redovisar god gestaltning samt bra materialval och funktion” erhåller 7-10 poäng, ”anbud som redovisar sämre gestaltning samt sämre materialval och funktion” erhåller 3-6 poäng samt att anbud som vid utvärdering erhåller lägre än 2 poäng inte kommer att tas upp till prövning. Det anges dock inte vad bedömningen av de olika delkriterierna, d.v.s. ”gestaltning”, ”material”, och ”funktion”, bygger på. Poängen fördelas inte heller mellan delkriterierna, trots att det är fråga om tre olika bedömningar. Sammantaget innebär detta att objektiva bedömningskriterier saknas i denna del och att poängsättningen förefaller helt skönsmässig. Det bör beaktas att det skiljer mindre än 2 poäng mellan Danfos respektive Flybos anbud. Genom det skönsmässiga utrymme som förbehållits har kommunen kunnat välja vilken anbudsgivare som skulle antas.

Mariestads kommun anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan och anför bl.a. följande. Flybos anbud uppfyller ställda ska-krav, såväl avseende golvbjälklag som vandalsäker utformning. Inhämtningen av prisuppgifter går inte utöver vad LOU medger. Vidare uppfyller förfrågningsunderlaget de rättsliga tydlighetskraven. Eftersom det inte funnits grund för att förkasta Flybos anbud kan det ifrågasättas om skaderekvisitet är uppfyllt för Danfos del.

Flybos anbud

Det har inte förelegat någon tvekan om att Flybos anbud innefattar golvbjälklag i betong. Flybo har bekräftat denna uppgift. Offererad toalett, inbegripet handdukshållaren, är vandalsäker. Handdukshållaren är inbyggd och inte utanpåliggande som Danfo felaktigt påstår.

Komplettering

De uppgifter som kommunen inhämtat har inte påverkat resultatet av anbudsutvärderingen. Det bör också beaktas att det varit tillåtet att lämna alternativa anbud i upphandlingen. Det har således varit fritt att offerera toaletter i olika standardutföranden. Kommunen har till förvaltningsrätten gett in en alternativ poängberäkning. Av denna framgår att Flybo hade vunnit upphandlingen även om kommunen inte hade tagit med de tillval som kommunen valde att ta med. Vid bedömningen bör beaktas att tillvalen – såvitt nu är ifråga – endast betingar ett värde av 30 325 kr, att Flybos ursprungliga anbudssumma har höjts med detta belopp vid utvärderingen och att priset på tillvalen endast motsvarar åtta procent av det totala priset. Slutligen bör beaktas att när anbuderna gick till slutgiltig utvärdering innehöll varken Danfos eller Toabs anbud något som Flybo erbjudit som tillval och som kommunen har avstått från att välja. Flybo har således inte erbjudits att s.a.s. skraddarsy sitt anbud på ett sätt som missgynnat andra anbudsgivare.

Förfrågningsunderlaget

Begreppet "vandalsäker" är ett i branschen vedertaget begrepp som har använts under åtskilliga år. Innebörden ger ett visst tolkningsutrymme om man jämför med förhållandena inom mer exakta vetenskaper som t.ex. medicin eller kärnfysik. Utrymmet är dock så litet att det inte påverkar bedömningen av öppenhetskravet enligt LOU.

Vad gäller utvärderingskriteriet gestaltning, materialval och funktion omfattar bedömningen endast 10 av totalt 100 poäng. Vidare förstår var och en som är verksam i toalettbranschen att begreppet materialval är kopplat till slitstyrka och underhållsaspekter hos valt material. På motsvarande sätt förstår var och en att med begreppet funktion avses planlösningen, exempelvis om det är enkelt eller komplicerat att städa samt funktionaliteten i övrigt. Båda dessa kriterier är enkla att bedöma objektivt. Var och en som är verksam i toalettbranschen förstår också att med begreppet gestaltning avses en byggnads estetiska utformning. Att den bedömningen till viss del faller tillbaka på en subjektiv bedömning är oundvikligt. Det innebär dock inte att bedömningen är skönsmässig. Det har inte förekommit några som helst inslag av skönsmässig bedömning i kommunens bedömning.

Flybo anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan och anför bl.a. följande. Flybos anbud uppfyller samtliga ska-krav. I inledande text i teknisk beskrivning, som är en allmän text med beskrivning av byggnadernas uppbyggnad, står det visserligen "Golvbjälklag i prefabricerad träbjälk". Denna text är ofullständig och det skulle ha stått "prefabricerad träbjälklag/betongbjälklag". Detta då byggnader finns att erhålla i bägge utföranden. Dock följs alltid den inledande texten av en unik teknisk beskrivning för varje objekt. I Flybos klargörande och för objektet unika tekniska beskrivning framgår det på ett mycket noggrant sätt hur varje sektion är uppbyggd. Under rubriken "Nedre bjälklag (golv) STD" anges betongbjälklag

350/80 mm och vidare att golvbeklädnad är av klinker. Det finns inte någon motsvarande beskrivning avseende träbjälklag eller något annat bjälklag. Således har uppbyggnaden inte varit tveksam i detta fall.

Danfoss påståenden om att det framgår av Flybos interiörbeskrivning att hållare för pappershanddukar är monterad på väggen och inte infälld i den och att hållaren skulle vara s.a.s. lösmonterad är felaktiga. Istället framgår att både påfyllning och tömning av papper sker från serviceutrymmet. Papperhållaren är därmed infälld i vägg och utförandet är vandalsäkert.

DOMSKÄL

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 15 kap. 16 § ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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).

Flybos anbud

Enligt förfrågningsunderlaget ska toaletterna vara i "vandalsäkert" utförande med automatiska dörröppnare (med microbrytare), tidlås och bottenbjälklag i betong. Exteriör anpassad till Er produktion, fasadmaterial ska vara enkelt att klottersanera och lätt att renovera efter skadegörelse. Tak med bandfalsad plåt och dörrar i stål. Grundläggning redovisas. Vidare anges att anbud ska innehålla en detaljerad redovisning av byggnadens konstruktion och tekniska utrustning. Anbudens redovisning av gestaltning, materialval och funktion kommer att värderas enligt utvärderingskriterier.

I Flybos anbud finns endast en detaljerad redovisning av bottenbjälklag i betong. Det får anses uppenbart att denna detaljerade redovisning gäller framför en allmän uppgift om prefabricerat träbjälklag, som återfinns i en inledande text. Flybos anbud uppfyller därför kravet på bottenbjälklag i betong.

Parterna är oense huruvida begreppet "vandalsäker" har en genom branschsedvänja klart definierad innebörd. Det kan konstateras att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon definition eller annan klagörande beskrivning. Någon omständighet som klart utvisar att det finns en klart definierad innebörd i branschen har inte framkommit. Inte heller finns det någon hänvisning till branschstandard i förfrågningsunderlaget. Begreppet "vandal-

säker” får därför ges en vid innebörd vid tolkning av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav får Flybos anbud anses uppfylla förfrågningsunderlagets krav i denna del även om Flybos beskrivning av monteringen av hållare för pappershanddukar lämnar utrymme för olika tolkningar.

Komplettering

Enligt 2 kap. 24 § LOU avses med *förenklat förfarande* ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Av 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling samt att leverantören har möjlighet att lämna förslag på mer än ett alternativ.

Av Flybos anbud framgår att anbudspriset, beräknat utifrån teknisk beskrivning per den 27 juli 2007, uppgår till 331 700 kr/st exklusive mervärdesskatt. Under anbudspriset anges tillvalspriser för fasad av stående lockpanel och fasad av slät målad skiva. Den tekniska beskrivningen inleds med en allmän beskrivning, varefter utförandet specificeras i olika avseenden. Under flera rubriker redovisas det offererade utförandet följt av ett stycke i kursiv stil som inleds med ”*Möjligt tillval*” och följs av ett eller flera tillvalsalternativ. Något pris anges inte, varken för enskilda tillval eller samtliga redovisade tillval.

Som alternativ i förfrågningsunderlagets mening kan endast utföranden med prissatta alternativa fasader räknas. Flybo har efter anbudstidens utgång tillåtits komplettera sitt anbud med helt nya prisuppgifter på av upphandlande myndighet utvalda tillbehör, nämligen automatisk spolning av urinoar, skötbord, ytterbelysning, varmvatten, myntinkast och utslagsvask. Genom kompletteringen har poängsättningen vid utvärderingen av kriterierna pris samt gestaltning, materialval och funktion påverkats. En sådan komplettering kan inte ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Vad gäller bestämmelserna om förhandling kan noteras att det rör sig om väsentliga förändringar som medför risk för konkurrensbegränsning. Vidare har övriga anbudsgivare inte erbjudits möjlighet att på något sätt förändra eller i övrigt komplettera sina anbud. Inhämtningen av kompletterande uppgifter får därför även anses gå utöver vad som medges enligt bestämmelserna om förhandling.

Förfrågningsunderlaget

Ett visst mått av bedömning och värdering är nödvändigt vid användande av aktuellt tilldelningskriterium, d.v.s. det för den upphandlande myndigheten mest fördelaktiga anbudet. Det kan därför inte krävas att anbudsutvärderingen ska vara helt och hållet förutsägbar och i efterhand kontrollerbar. Dock krävs att det framgår vilka objektiva omständigheter som har varit av betydelse samt vilka omständigheter som varit viktigare än andra.

För att ett anbud ska prövas krävs enligt förfrågningsunderlaget bl.a. att offererade toaletter är i ett "vandalsäkert" utförande samt att, som det får förstås, minst tre poäng erhålls avseende kriteriet gestaltning, materialval och funktion. Som ovan sagts lämnar begreppet "vandalsäkert" ett inte obetydligt utrymme för tolkning. Någon närmare beskrivning av vad bedömningen av kriteriet gestaltning, materialval och funktion utgår ifrån, samt hur bedömningen går till, saknas helt. Den lägsta kvalitativa nivån hos föremålet för upphandlingen får därför anses oklar. Detsamma gäller

vilka kvalitetsaspekter som utgör grund för högre eller lägre poäng. Därvid noteras att utvärderingskriteriet kvalitet och miljö bygger på en värdering av förekommande kvalitets- och miljöledningssystem. Utförandet bedöms således i huvudsak under kriteriet gestaltning, materialval och funktion.

Ingripande med stöd av LOU

Förfrågningsunderlaget har varit bristfälligt då det varit oklart dels vad som krävts för att ett anbud ska prövas i sak, dels hur kvalitetsaspekter skulle bedömas. Dessa brister är så allvarliga att de krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU inte uppfylls. Vidare får bristerna anses ha påverkat Danfos möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och därmed vinna upphandlingen negativt. Danfo har därför lidit eller riskerar att lida skada i LOU:s mening. Vidare har Mariestads kommun inhämtat prisuppgifter från Flybo i strid med LOU:s bestämmelser. Det finns en beaktansvärd risk att detta påverkat Danfos möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen negativt. Även i denna del har Danfo därmed lidit eller riskerar att lida skada i LOU:s mening.

Då det finns brister i upphandlingens konkurrensuppsökande fas finns inte skäl för en mindre ingripande åtgärd än ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

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


Anders Poulsen

