



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet Jönköping  
 Ulf Nordberg

**DOM**  
 2010-05-12  
 Meddelad i  
 Jönköping

Mål nr  
 3013-10 E  
 Rotel 1:2

**SÖKANDE**

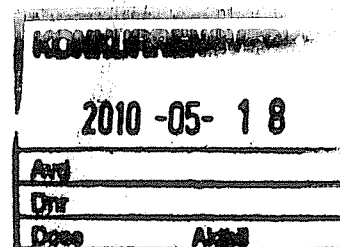
Dinair Ekonomifilter AB, 556224-2221  
 Box 120  
 592 22 Vadstena

**MOTPART**

Jönköpings kommun  
 Rådhuset  
 551 89 Jönköping

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 18 mars 2010 gäller inte längre.

Förvaltningsrätten erinrar om att då det interimistiska beslutet upphör att gälla börjar ny tiodagarsfrist för tecknande av kontrakt att löpa enligt 16 kap. 1 § LOU. Detta bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Jönköpings kommun genomför en upphandling av luftfilter och filtertillbehör, handlagd som ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Dinair Ekonomifilter AB (bolaget) tilldelats kontrakt. Upphandlingen avser följande upphandlande myndigheters löpande behov av luftfilter och luftfiltertillbehör. Jönköpings kommun, Jönköpings Kyrkliga Samfällighet, Jönköping Energi AB, Jönköping Energi Nät AB, Hög-

Dok.Id 6045

**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

skolefastigheter i Jönköping AB och Bostads AB VätterHem. Sedan Bolaget ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 18 mars 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte ska få avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering, varvid vinnande anbud ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Jönköpings kommun motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

Av förfrågningsunderlaget framgår i för målet relevanta delar bl.a. följande.

#### Utvärdering av filter

De tre standardfilter som anges i bilaga 2 Livscykelkostnad (LCC) kan komma att begäras in för utvärdering. En grupp bestående av fem sakkunniga personer kommer att utvärdera begärda filter. Följande punkter kommer att utvärderas och poängsättas.

- ramar
- filtermedia
- tätningslist
- skyddsutrustning
- förpackning/emballage
- märkning

Frågorna poängsätts mellan 1-5, där 1 är lägsta poäng och 5 är högsta poäng. Ett testprotokoll upprättas per person och filter. Ett medelvärde räknas ut (antal givna poäng per filterklass/5=genomsnittlig poäng per filterklass). För uppgift om hur frågorna poängsätts hänvisas till ”Testprotokoll luftfilter”.

### Miljö

Leverantören ska bifoga en fordonsförteckning över de fordon som kommer att användas för denna upphandling, med redovisning av biltyp, årsmodell och drivmedel. De upphandlande myndigheternas mål är att antagen leverantör bör kunna leverera varorna med fordon som kan drivas med förnybara bränslen under avtalsperioden. Leverantören ska härvid besvara frågan om denne klarar att leverera varor med fordon som drivs med förnyelsebara bränslen genom att ange ett av följande svarsalternativ. Fordon anskaffas under första halvåret. Fordon anskaffas under avtalets två första år. Vi klarar inte detta krav.

### Kontraktsvillkor

Aktuell jämställdhetsplan enligt 13 § jämställdhetslagen (gäller endast om säljaren är skyldig att ha jämställdhetsplan). Brott mot antidiskrimineringsparagrafen föreligger om säljaren senast tre månader före avtalstidens utgång inte inger en jämställdhetsplan som uppfyller lagens krav.

**Bolaget** anför bl.a. följande.

### Jämställdhetsplan

Vinnande anbud uppfyller inte ställt ska-krav om ingivande av jämställdhetsplan. Den aktuella punkten i förfrågningsunderlaget är markerad med utropstecken, vilket enligt symbolförklaringen i förfrågningsunderlaget betyder att texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas. Utropstecknet återfinns på flera ställen i förfrågningsunderlaget, bl.a. vid punkten anbudets innehåll. Vidare talar den omständigheten att Jönköpings kommun noterat i utvärderingsrapporten att alla, utom vinnande anbudsgivare, har bifogat en jämställdhetsplan till sitt anbud för att det rör sig om ett ska-krav: Kommunen har de facto beaktat om jämställdhetsplan bifogats. Slutligen kan också argumenteras för att det faktum att alla övriga anbudsgivare har bifogat en jämställdhetsplan innebär att texten inte kan tolkas som

något annat än ett ska-krav som ska vara uppfyllt vid anbudsgivning, d.v.s. den naturliga tolkningen är att det är fråga om ett ska-krav.

#### Otillåten komplettering

Ett byte av referens, eller att ge in en ny referens, efter anbudstidens utgång är att betrakta som en otillåten komplettering av anbudet. En upphandlande myndighet får därför varken begära, eller acceptera, att en anbudsgivare ger in en ny referens efter anbudstidens utgång. En av vinnande anbudsgivares referenser, Ulf Lindbom, har bedömts vara jävig som referens för leverantören. Däremot har han inte ansetts jävig för uppgiften att vara sakkunnig vid anbudsutvärderingen. Att göra skillnad på Ulf Lindboms opartiskhet i dessa båda situationer är både märkligt och felaktigt. Kommunens begäran om en ny referens istället för Ulf Lindbom och vinnande anbudsgivares ingivande av sådan referens bör anses utgöra en otillåten komplettering. I anledning av denna bör vinnande anbud förkastas.

#### Poäng för skyddsutrustning och fel vid utvärderingen

Vinnande anbudsgivare har felaktigt fått poäng för skyddsutrustning då denne inte lämnat in handskar och ansiktsmask utan endast returpåse som inte utgör skyddsutrustning. Vidare har returpåsen beaktats både under punkten skyddsutrustning och under punkten förpackning/emballage. Därigenom har bolaget, som fått en mindre fördelaktig bedömning av sin returpåse, fått för låg poäng vid utvärderingen. Felets betydelse har dessutom förstärkts av att returpåsen beaktats tre gånger (en gång för varje filter) under punkten skyddsutrustning (trots att den inte borde beaktas alls under denna del).

#### Bilar på förnyelsebara drivmedel

Ett biogasdrivet fordon kommer enligt vinnande anbudsgivare att användas. På deras fordonsförteckning finns endast dieseldrivna fordon. Det

finns därför anledning att ifrågasätta hur vinnande anbudsgivare ska kunna leverera med bilar drivna på förnyelsebara drivmedel.

#### Prisskillnad

Differensen mellan totalkostnaderna på nettoprislistan mellan bolaget och vinnande anbudsgivare är 192 000 kr. Att i det läget välja den dyrare leverantören är inte i linje med LOU:s bakomliggande tanke.

**Jönköpings kommun** anför bl.a. följande.

#### Jämställdhetsplan

Enligt diskrimineringslagen som trädde i kraft den 1 januari 2009 gäller skyldigheten att upprätta jämställdhetsplan inte arbetsgivare som vid det senaste kalenderårsskiftet sysselsatte färre än 25 arbetstagare. Vinnande anbudsgivare har nio anställda. Förfrågningsunderlaget stadgar skyldighet att lämna jämställdhetsplan endast under förutsättning att säljaren är skyldig att ha jämställdhetsplan enligt jämställdhetslagen. Således är förfrågningsunderlagets krav uppfyllda.

#### Otillåten komplettering

Det föreligger ingen jävssituation och kraven på objektivitet är uppfyllda. Vidare ligger det i begreppet förtydliga och komplettera att det redan finns uppgifter som kan förtydligas eller kompletteras. Byte av referens har därför inte inneburit någon särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det har således inte gjorts någon otillåten komplettering.

#### Poäng för skyddsutrustning och fel vid utvärderingen

Det är inte något ska-krav för anbudsgivare att tillsammans med anbudet leverera skyddsutrustning; Skyddsutrustning består av ansiktsmask och handskar. Returpåsar utgör inte skyddsutrustning utan används för retur av använda filter. De fem sakkunniga har i respektive bedömning tagit hänsyn

till att vinnande anbudsgivare inte skickat med skyddsutrustning genom att från maximalpoäng minska vinnande anbudsgivare med ett antal poäng. Produkterna handskar, andningsmask och returpåse har värderats på olika sätt och värderingen har skett i enlighet med vad som i förfrågningsunderlaget stadgas under punkten krav filter, utbildning, förpackningar m.m. (inte samma punkt, utvärdering filter, som bolaget hänvisar till, förvaltningsrättens anm.) Det kan även noteras att samtliga anbudsgivare fått del av testprotokollet och att ingen av dessa ställt frågor till kommunen. Vidare bör noteras att även om det i testprotokollet genomgående satts lägsta möjliga poäng för vinnande anbudsgivare avseende skyddsutrustningen hade det inte påverkat utgången av upphandlingen. Slutligen bör beaktas att de tre olika filtren är differentierade genom olika täthet/finhet i filtermedian. Då filtren är likadant konstruerade, förpackade, märkta m.m. har det i utvärderingen blivit samma poäng.

#### Prisskillnad

Under punkten det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet framgår att den upphandlande myndigheten kommer att ta hänsyn till flera olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet enligt en bifogad viktningsrapport. Det är således inte endast priset som varit avgörande för utvärderingen.

#### Skada

Vad bolaget anför saknar helt betydelse för utgången av upphandlingen. Även om allt som bolaget anför skulle beaktas vid utvärderingen hade det endast medfört att bolaget i bästa fall erhållit 21 medelpoäng medan vinnande anbudsgivare i sämsta fall erhållit 24 medelpoäng. Det har således inte funnits någon risk för att bolaget skulle lida skada eller kunna komma att lida skada.

## 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 6 kap. 13 § LOU får en upphandlande myndighet ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor ska anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår följande. 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 vidare 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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris.

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 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

#### Jämställdhetsplan

I denna del rör det sig om ett sådant särskilt kontraktsvillkor som avses i 6 kap. 13 § LOU. Ett sådant villkor får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar att han inte kan eller vill iaktta uppställda särskilda villkor för fullgörandet (jmf prop. 2006/07:128 s. 352 f.).

Vinnande anbudsgivare har i detta fall inte förklarat att han inte kan eller vill iaktta det uppställda villkoret utan får istället anses ha accepterat villkoret. Grund för att förkasta vinnande anbud föreligger därför enligt förvaltningsrättens mening inte på denna grund.

#### Otillåten komplettering

En komplettering efter anbudstidens utgång är tillåten om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I detta fall har vinnande anbudsgivare innan anbudstiden gått ut lämnat referenser på i förfrågningsunderlaget föreskrivet sätt. Det har inte funnits något hinder i förfrågningsunderlaget mot att ange Ulf Lindbom som referens. Jönköpings kommun har däremot efter anbudstidens utgång valt att begära att vinnande anbudsgivare skulle komplettera sitt anbud med ny referens eftersom Ulf



Lindbom skulle fungera som en av fem sakkunniga vid anbudsutvärderingen. Vid sådana förhållanden har det enligt förvaltningsrättens mening inte funnits risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Grund för att förkasta vinnande anbudsgivare föreligger därför inte heller på denna grund.

### Skada

Innan förvaltningsrätten kan ta ställning till övriga av bolaget anförda grunder för ingripande med stöd av LOU är det nödvändigt att pröva om bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada. De aktuella grunderna hänför sig nämligen i huvudsak till brister i förfrågningsunderlaget och utvärderingen. De går således inte ut på att vinnande anbud ska förkastas utan att bolaget skulle erhålla en mer förmånlig bedömning om vissa felaktigheter inte skulle ha förekommit. För att förvaltningsrätten ska kunna ta ställning till dessa grunder i sak krävs att de av bolaget åberopade felaktigheterna påverkat utgången i upphandlingen på sätt som inneburit att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada.

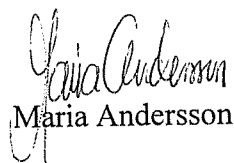
Av utredningen i målet framgår att bolaget inte vunnit upphandlingen eftersom det fått väsentligt lägre poäng vid den utvärdering av luftfilter som genomförts av Jönköpings kommuns fem sakkunniga. Eftersom grunden för utvärderingen har varit att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och inte att det anbud som innehåller det lägsta priset ska antas har det varit godtagbart att även andra faktorer än pris har påverkat utvärderingen. Jönköpings kommun har bl.a. anført att även om allt som bolaget anför skulle beaktas vid utvärderingen (av luftfilter, förvaltningsrättens anm.) hade det endast medfört att bolaget i bästa fall erhållit 21 medelpoäng (jämfört med 16,20 poäng, förvaltningsrättens anmärkning) medan vinnande anbudsgivare i sämsta fall erhållit 24 medelpoäng (jämfört med 25,60 poäng, förvaltningsrättens anm.). Det har således enligt Jönköpings kommun inte funnits någon risk för att bolaget skulle lida skada eller kun-

na komma att lida skada. Bolaget har inte bestritt kommunens invändning. Förvaltningsrätten finner även att det inte förekommit andra omständigheter som talar mot detta påstående. Därvid finner förvaltningsrätten även att det är godtagbart att utvärdera de tre vanligaste typerna av filter på sätt Jönköpings kommun gjort. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten således att bolaget inte lidit skada eller kunnat komma att lida skada till följd av de av bolaget angivna bristerna i utvärdering och förfrågningsunderlag.

Sammantagen bedömning

Det saknas grund för ingripande med stöd av LOU i anledning av de omständigheter bolaget åberopat. Med beaktande av vad Regeringsrätten har uttalat i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 saknas det anledning att pröva om det finns annan, inte åberopad, omständighet som skulle kunna föranleda ingripande med stöd av LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

  
Maria Andersson