



SÖKANDE

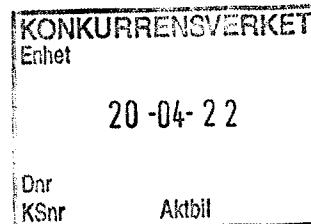
Högsby Rostfria AB, 556250-5163

MOTPART

Kalmar kommun

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) genomför upphandlingen ”Totalentreprenad Pårydsbadet, renovering av utebad”, vilken avser renovering av badbassänger som är placerade utomhus. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 28 november 2019 att anta ett anbud som lämnats av en annan anbudsgivare än Högsby Rostfria AB (bolaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Det har inte varit möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eftersom specifikationen av de tekniska egenskaper som upphandlingsobjektet ska ha är otydligt formulerad. Det finns inte några uppgifter om hållfastheten hos den befintliga betongkonstruktionen, vilket är avgörande för om den nya bassängen behöver vara självbärande i sig eller om den befintliga betongen kan användas som stöd. Detta påverkar priset eftersom en självbärande konstruktion kan likställas med en nytillverkad bassäng. Det måste därför tillföras dokumentation avseende tidigare utförda inspektioner och besiktningar

av bassängerna. Det finns inte heller tillräckliga uppgifter om vilka krav som ställs på kvalitet, tjocklek, ytfinhet och halksäkerhet när det gäller den rostfria inklädnaden av bassängen. Det finns inte uppgifter om cirkulationsflödet i bassängen, vilket behövs för att kunna dimensionera in- och utlopp. Det finns inte heller uppgifter om vilken temperatur som ska användas i bassängen eller vilka kemikalier som används för desinfektion av badvattnet. – De administrativa föreskrifterna saknar avsnittet AFB.25 som anger hur kommunens svar på frågor från anbudsgivare ska hanteras under anbudstiden. För att få fram korrekt information i de väsentliga delarna i upphandlingen har man varit tvungen att kommunicera muntligt, vilket gör att korrekt information kan utebli och att inte alla i upphandlingen får ta del av den.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Upphandlingen har utförts i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling. Upphandlingen avser en totalentreprenad där övergripande och mer specifika krav framgår av upphandlingsdokumenten. Upphandlingsdokumenten innehåller en uttalad skyldighet för anbudsgivare att besöka anläggningen för att skapa sig en egen bild av upphandlingsobjektets omfattning. Detta har också skett. Det har i enlighet med LOU funnits möjlighet att ställa frågor och få svar under anbudstiden för att undanröja eventuella oklarheter kring upphandlingsdokumenten. Dock har det inte ställts några frågor under anbudstiden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantörerna 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 (20 kap. 6 § LOU).

Det är den part som gör gällande att den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelserna i LOU som, på ett klart och tydligt sätt, ska ange vilka omständigheter som ligger till grund för talan. Domstolens prövning är sedan begränsad till de åberopade grunderna (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att de tekniska specifikationerna i form av funktionskrav för bassängrenoveringen är otydligt utformade eftersom det saknas uppgifter om vissa tekniska egenskaper som hänför sig till både den befintliga bassängkonstruktionen och slutkonstruktionen.

Utgångspunkten är att kommunen har en stor frihet att utforma upphandlingsdokumenten och ställa de krav som denne anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen. I det aktuella fallet har kommunen ställt upp följande funktionskrav.

1. Renovering till fungerande bad- och simskolebassäng.
2. Rostfri invändig halkfri inklädnad av hela bassängerna. Den stora simbassängen ca.12,5-14,5m x 25,0m djup ca.0,7-1,9m, 3 stegar, trappa/ramp och den lilla barnbassängen ca.4,0m x 8,0m djup ca 0,35m.
3. Samtliga rörledningar runt, till och från bassängerna utbytes till nytt. Kopplingspunkt i ny nedstigningsbrunn i marken intill teknikrummet i servicehuset.
4. Ev. ny vattenutjämningsstank i mark utanför teknikrummet.
5. Marknivåutjämnning runt omkring, om förändrad bassängvattennivå efter renoveringen.
6. Målning av markeringslinje, tvärs över i botten och på sidor vid övergången från grunt till djup lutning.

7. Infästningspunkter i väggar för flytande banavskiljare, 6 banor och en avskiljning tvärs vid övergången till djup lutning.
8. Befintlig bassängtäckning skall kunna användas igen som energibesparing.
9. Ge utbildning till 3st personal, som beställaren anvisar, för drift och underhåll av renoverad utebadanläggning. 2tim vid två tillfällen.
10. Anbudsgivare skall besöka anläggningen och bilda sig en uppfattning av omfattningen.

Det konstateras att kommunen har valt en mer allmänt hållen, snarare än detaljorienterad, utformning av de tekniska specifikationerna. Utgångspunkten är att de uppställda funktionskraven kan godtas så länge som det klart och tydligt framgår vad som efterfrågas och att det inte finns utrymme för olika tolkningsalternativ (se 9 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket LOU samt RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Det framgår av första och andra punkten i funktionskraven att den slutprodukt som kommunen efterfrågar är en fungerande bad- och simskolebassäng med rostfri inklädnad som är halkfri. Förvaltningsrätten anser att detta på ett klart och tydligt sätt, om än allmänt hållet, anger vilken slutprodukt det är som efterfrågas. Visserligen gör den allmänna utformningen att anbudsgivarna får en större valfrihet när det kommer till det faktiska utförandet av renoveringsarbetet, vilket även påverkar utformningen av anbudet. Dock är detta ett förhållande som är lika för alla anbudsgivare, vilket gör att utformningen av funktionskraven är förenlig med principen om likabehandling. Förvaltningsrätten bedömer även att samtliga anbudsgivare har möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eftersom det ställs krav på att en anbudsgivare ska besöka anläggningen för att få en uppfattning om renoveringsarbetet omfattning (tionde punkten). Detta gör att utformningen av funktionskraven även är förenlig med principen om transparens. Upphandlingsdokumenten bedöms därför inte innehålla sådana brister som motiverar ett ingripande mot upphandlingen.

Bolaget gör även gällande att samtliga anbudsgivare inte har kunnat ta del av sådan information som kommunen har lämnat muntligen till en enskild anbudsgivare. Detta till följd av att upphandlingsdokumentet inte har innehållit det standardiserade avsnittet AFB.25 som berör hur den upphandlande myndigheten ska hantera frågor från leverantörer under anbudstiden. Dock finns det inte några bestämmelser om att ett upphandlingsdokument ska innehålla ett sådant avsnitt. Den omständighet som bolaget har anfört saknar därför betydelse för prövningen i målet.

Däremot finns det bestämmelser om hur kommunikationen under ett upphandlingsförfarande ska gå till. Huvudregeln är att kommunikationen ska ske med elektroniska medel, vilket gör att muntlig kommunikation enbart får användas när det inte gäller de väsentliga delarna av en upphandling (12 kap. 1 och 5 §§ LOU). Det ligger i sakens natur att upphandlingsdokumentet utgör den väsentligaste delen av en upphandling och därmed aldrig bör vara föremål för muntlig kommunikation mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Detta följer även av kravet på att kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumentet måste kommuniceras skriftligen med samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen (12 kap. 11 §§ LOU). Bolaget har inte anfört några omständigheter om talar för att kommunikationen under upphandlingsförfarandet har varit i strid med de angivna bestämmelserna.

Bolaget har inte i någon del anfört omständigheter som utgör grund för att bestämmelserna i LOU har överträtts inom ramen för den aktuella upphandlingen. Det finns därmed inte förutsättningar att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magdalena Albin
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Jonatan Palade



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

