



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2016-03-11
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
5403-15 E



Ankomstdatum
2016-03-11

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud:

Advokat Maria Pedersen
Jur.kand. Stephanie Konac
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

AB Hallstahem, 556046-4421

Ombud:

Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Jur.kand. Martin Bogg
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 174872

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

AB Hallstahem (Hallstahem) har genomfört en upphandling benämnd ”Totalentreprenad – Inre och Yttre Målningsarbeten”. Hallstahem har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Lönnbergs Måleri AB.

YRKANDEN M.M.

Sandå Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att den görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Det annonserade förfrågningsunderlaget brister i både transparens- och proportionalitetshänseende och strider därför bl.a. mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har härvid lidit eller riskerar att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU.

Det annonserade förfrågningsunderlaget innehåller otydlig information, bl.a. avseende förutsättningar som anbudsgivarna ska ta hänsyn till vid utformningen av sina anbud. Otydligheterna har lett till att bolaget inte har beretts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud avseende priser. Eftersom bolaget har hamnat på andraplats har bolaget lidit skada.

I de administrativa föreskrifterna AFD.13 ställs ett antal skall-krav upp. Det framgår bl.a. att entreprenören ska räkna med att arbetena ibland måste utföras etappvis i uppgörelse med hyresgästen. Vidare måste skrivningen förstås som att det är samtliga i anbudsformuläret efterfrågade arbeten som omfattas av detta krav. Hur lång tid som kan bli aktuell att förflyta mellan varje etapp framgår dock inte av förfrågningsunderlaget, vilket innebär en otydlighet i hur anbudsgivarna ska räkna avseende offererade priser. De efterfrågade priserna i anbudsformuläret efterfrågas som enhetspriser. Denna omständighet tillsammans med ovanstående krav innebär att det är oklart avseende när en anbudsgivare får fakturera för en utförd del av arbetet, om anbudsgivaren får lov att fakturera för en del av arbetet, eller om anbudsgivaren kan komma att få invänta flera månader på att få färdigställa arbetet

p.g.a. kvarvarande hyresgäster och inte får fakturera Hallstahem före denna tidpunkt. Det Hallstahem anför, att en entreprenör får fakturera för enskilda rum och att fakturering ska ske inom tre månader efter att arbetet godkänts av beställaren, går inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget.

I AFD.13 stadgas även att leverantören ska ansvara för att levererade varor och produkter motsvarar utfästelserna i varorna och produkterna. Detta krav är oproportionerligt eftersom Hallstahem har föreskrivit att Hallstahem kommer att lämna godkännande avseende material och produkter som leverantören får använda, men ändå ska leverantören vid en felaktighet i själva varan ansvara för denna felaktighet. Ett sådant fel kan visa sig exempelvis efter att ett helt rum är färdigmålat. Anbudsgivaren måste ta höjd för detta i lämnade priser, vilket i princip är omöjligt att göra utan att riskera att hamna på platser som är konkurrensmässigt ofördelaktiga. Att entreprenören ska ansvara för utfästelserna till varorna är inte samma sak som att entreprenören kan rikta anspråk mot försäljaren/tillverkaren av produkterna. Det ska understrykas att vilken vara som helst kan vara behäftad med ett fel, trots att en entreprenör har förtroende för varan.

Vidare framgår av avsnitt AFB.13 att anbudsgivaren ska lägga stor vikt vid bästa möjliga miljöval beträffande färger och arbetsmetoder. Vad gäller kravet avseende bästa möjliga miljöval måste detta krav anses vara i strid med transparensprincipen och proportionalitetsprincipen, eftersom kravet inte specificeras tillräckligt mycket för att en anbudsgivare ska kunna utläsa vilken nivå avseende miljöval som utgör godtagbar gräns. Om anbudsgivarna förutsätts att tillhandahålla det absolut bästa möjliga miljövalet som finns på marknaden och/eller specifika miljömärken innebär detta extra kostnader för anbudsgivarna, som anbudsgivarna måste ta höjd för avseende bl.a. prissättningen. Dessutom är kravet tillämpligt på samtliga efterfrågade priser i anbudsformuläret. Kravet är därför oproportionerligt. Eftersom kravet inte är tillräckligt specificerat måste kravet även anses vara i strid med 6 kap. 7 § LOU och transparensprincipen. Oklarheten innebär även att olika anbudsgi-

vare kan tolka kravet på olika sätt, vilket innebär att anbudsgivarna inte beräknar enligt samma förutsättningar avseende prissättning. Kravet är inte tillräckligt specificerat. Anbudsgivare är helt beroende av att krav specificeras i ett förfrågningsunderlag. Om det finns risk för tolkningsutrymme finns det även en risk för att anbudsgivare kommer att tolka kravet på det strategiskt bästa sättet för just den anbudsgivaren. Kravet är oproportionerligt eftersom anbudsgivare måste ta höjd för kravet i sina lämnade priser, dvs. prissättningen påverkas av kravet på ett oproportionerligt sätt. Även om bolagets målsättning är att alltid välja material som påverkar miljön så litet som möjligt ser bolaget ändå en risk att det kan förekomma situationer där bolagets syn på produkter/material som ”påverkar miljön så litet som möjligt” inte är samma sak som vad Hallstahem menar med samma begrepp. Eftersom det inte är närmare preciserat förefaller risken stor att anbudsgivarna tolkat samma begrepp på olika sätt. Även bolagets val av underleverantörer påverkas av kravet eftersom dessa inte per automatik har samma målsättning avseende miljö.

Vidare ska påpekas att Hallstahem härutöver även har uppställt krav på att arbetsmetoden också ska påverka miljön så litet som möjligt, varför Hallstahems påstående angående bolagets målsättning endast rör materialvalet. Kravet strider mot transparensprincipen eftersom begreppet ”arbetsmetod” inbegriper så mycket att det till slut hamnar på den enskilde anbudsgivaren att själv avgöra dels vad ”arbetsmetod” ska innefatta, dels vad ”bästa möjliga arbetsmetod avseende miljö” ska innebära. Hallstahem har inte säkerställt att anbudsgivarna tolkar kravet på samma sätt och därmed räknar på samma förutsättningar avseende prissättning. Dessutom påverkas bolagets underleverantörer eftersom dessa inte per automatik har samma målsättning som bolaget avseende miljö, varför kravet måste specificeras.

I bilagan ”Måleribeskrivning” anges att samtliga produkter ska uppfylla kraven enligt kriterierna i den senaste versionen för märkning enligt märkena ”Svanen” eller ”EU Ecolabel”. Vidare anges att andra bevis än märk-

ning på att kriterierna är uppfyllda också godtas. I beskrivningen saknas en specifikation över vilka kriterier som avses omfattas av kravet. Vidare saknas en specifikation över vilka produktgrupper i Svanenmärkningen som kravet omfattar. Detta måste därför förstås så att det är samtliga kriterier och även samtliga produktgrupper i Svanenmärkningen eller i EU Ecolabel som måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska uppfylla skall-krav i upphandlingen. För att kriterierna ska vara tillåtna måste de dock vara proportionerliga. Hallstahem har inte på ett tydligt sätt specificerat vilka miljökriterier som ska ligga till grund för kravuppfyllelse. Om det är samtliga kriterier som ingår i Svanenmärkningen och i EU Ecolabel måste detta tydligt anges i upphandlingen enligt 6 kap. 7 § LOU. Eftersom Hallstahem inte tydliggjort kriterierna måste detta tolkas som att Hallstahem faktiskt ställer ett krav på en Svanenmärkning eller en EU Ecolabel-märkning. Ett sådant krav på en miljömärkning är i strid med de EU-rättsliga principerna och i strid med LOU. EU-domstolen har i mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (MAX HAVELAAR), uttalat att tekniska specifikationer ska vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och att de bör anges så tydligt att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten fastställt omfattar. I domen anges vidare att kravet på att den upphandlande myndigheten i detalj ska ange de miljöegenskaper som den kräver är nödvändigt för att göra det möjligt för de potentiella anbudsgivarna att hänvisa till en enda officiell handling, som kommer från den upphandlande myndigheten själv, vilket således kan ske utan att de behöver utsätta sig för risken att söka information och eventuella förändringar över tiden av kriterierna för något miljömärke. Vidare anges i domen att det är otillåtet att ställa krav på att vissa varor ska ha visst miljömärke istället för att använda de tekniska specifikationerna som fastställts för detta miljömärke. Enligt bolagets uppfattning är kravet att samtliga kriterier i de aktuella märkena ska vara uppfyllda oproportionerligt. Eftersom det endast allmänt hänvisas till kriterierna är kravet också otydligt. Eftersom det är samtliga kriterier i respektive miljö-

märke som måste uppfyllas är ett sådant krav på miljömärkning i strid med de EU-rättsliga principerna och i strid med LOU. I vart fall är det uppställda kravet otydligt och i strid med transparensprincipen eftersom Hallstahem i förfrågningsunderlaget endast hänvisar till ”kriterierna” utan att närmare specificera vilka kriterier Hallstahem avser med sin skrivning. Detta innebär att olika anbudsgivare kan tolka kravet på olika sätt, vilket innebär att kravet är icke-transparent. Vad Hallstahem senare anfört i målet går inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Vidare är det både inre och yttre målningsarbeten som upphandlas. Hallstahem anför inte vilka kriterier som anbudsgivare ska uppfylla avseende yttre målningsarbeten. Bolaget vill också understryka att de kriterier som täcks av miljömärken givetvis inte endast avser ingredienser som kan föranleda cancer, fosterskador eller genetiska skador. Dessutom påverkas bolagets underleverantörer eftersom dessa inte per automatik har samma målsättning som bolaget avseende miljö. Det förevarande kravets utformning säkerställer inte att samtliga anbudsgivare lämnar anbud på samma villkor. Att bolaget har tolkat kravet på ett visst sätt har föranlett att bolaget har försatts i en sämre konkurrenssituation. Den stora skillnaden i prisbild i upphandlingen har således kunnat föranledas av Hallstahems underlåtelse att specificera sina uppställda skall-krav.

Av bilagan ”Måleribeskrivning” framgår att beskrivningen ansluter till AMA Hus 14 samt att det är föreskrifterna i AMA Hus 14 som ska följas i upphandlingen. Trots detta hänvisar Hallstahem i rubrikerna ”Latexfärg, latexlackfärg”, ”Klarlack, olja, bets, lasyrfärg” och ”Oljefärg, oljealkydfärg, alkydfärg, alkydlackfärg” till AMA Hus 11 och föreskrifter i AMA Hus 11. Denna otydlighet innebär att det är oklart om det är föreskrifterna i AMA Hus 14 eller AMA Hus 11 som anbudsgivare ska tillämpa vid föreskrivande av kraven. Otydligheten har påverkat bolagets möjlighet att tillgodogöra sig relevant information från upphandlingen.

De administrativa föreskrifterna i upphandlingen ansluter till AMA AF 12 och där angivna koder och Hallstahem anger i avsnitt AFD Entreprenadföre-

skrifter vid totalentreprenad att ABT 06 ska gälla för upphandlingen, med de ändringar och tillägg som följer av de administrativa föreskrifterna. Hallstahem har i de administrativa föreskrifterna gjort ändringar i ABT 06 avseende bestämmelsen i kap 6 § 19 i ABT 06. Vidare har preskriptionen avseende entreprenörens fordringar ändrats från sex månader till att endast omfatta tre månader. Ändringen har dock inte förts in i kod AFD.111, vilket är en förutsättning för att den ska vara giltig. Det föreligger således en otydlighet i förfrågningsunderlaget avseende bestämmelsen. Det har också betydelse för frågan hur entreprenören ska fakturera utfört arbete som sker etappvis, vilket som framgått ovan är aktuellt i upphandlingen. Det ska understrykas att Hallstahems ändring av ABT i kod AFD.624 är ogiltig och att det är sex månaders preskriptionstid som gäller. Oavsett detta har bolaget inte vetat i vilken utsträckning bolaget skulle ha tagit höjd för bl.a. kravet avseende preskriptionstid i sina lämnade priser. Eftersom Hallstahem anför att det är de ändrade villkoren i AFD.624 som gäller, innebär detta att det är en risk att Hallstahem ändå kommer att tillämpa villkoren, trots att de är felaktiga, i strid med förfrågningsunderlaget. Det finns även en inkonsekvens i de uppgifter som Hallstahem lämnat om preskriptionstiden under processen i förvaltningsrätten, vilket starkt påvisar att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen.

Hallstahems metod att efterfråga priser i anbudsformuläret är för otydlig och ospecificerad för att en anbudsgivare ska kunna lämna konkurrenskraftiga priser. I anbudsformuläret anges nämligen avseende exempelvis målning av hall/passage att anbudsgivare ska kunna prissätta posterna 1 och 2 ”Hall/Passage (mindre än 6 kvm) och ”Hall/Passage (större än 6 kvm)”. Den senare posten innebär att en prissättning ska ske för i princip en obegränsat angiven yta utan en maxgräns. Flera poster i anbudsformuläret är av denna typ såsom rum mindre än 11 kvm, rum större än 22 kvm (utan maxgräns), kök/kokvrå mindre än 10 kvm, kök/kokvrå större än 10 kvm (utan maxgräns). Av förfrågningsunderlaget kod AFA.22 framgår att upphandlingen

avser arbeten för lägenheter, lokaler och övriga utrymmen i fastigheter i Hallstahammars kommun. Av förfrågningsunderlaget framgår att det även är ett betydande antal lokaler (över 300 stycken) och ”övriga utrymmen” som omfattas av upphandlingen. Storlek avseende dessa utrymmen kan därför inte per automatik likställas med en lägenhetsyta. Det måste anses som icke-transparent och oproportionerligt att en anbudsgivare måste räkna med en obegränsat stor yta för målning utan maxgräns, som ska likställas med priset för en mycket mindre yta. Nuvarande upphandling går inte att likställa med kontraktet som bolaget erhållit vid förra upphandlingen. I tidigare kontrakt har bolaget enbart utfört uppdrag på löpande räkning för Hallstahem enligt timpenning eller procent på ackordsräkning.

Bolaget har ingen skyldighet enligt LOU att ställa frågor avseende underlaget under anbudstiden. Det saknas regler i LOU avseende preklusionsfrister vid överprövning. En leverantör har rätt att ansöka om överprövning av en upphandling fram till och med avtalsspärrs sista dag oavsett vilken typ av brist i upphandlingen som talan avser. Om bolaget ställt frågor under anbudstiden hade, med hänsyn till den otydlighet som fortfarande kvarstår, detta heller inte med nödvändighet föranlett någon ändring från Hallstahems sida. Bolaget vill också understryka att den skilda prisbilden samt de olika anbudsgivarnas uppfattningar av förfrågningsunderlaget har visat sig först efter att tilldelningsbeslut meddelats.

Otydligheten i förfrågningsunderlaget samt de uppställda oproportionerliga kraven har lett till att bolaget inte har beretts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud bl.a. avseende priser. Förfrågningsunderlagets utformning avseende dessa omständigheter har bl.a. medfört att det har varit okänt för bolaget vad bolaget skulle ha räknat med samt vilka förutsättningar som skulle ligga till grund för utformningen av anbudet och vilken prissättning bolaget skulle tillämpa. Detta har lett till att bolaget inte haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud bl.a. avseende priser och således frångåtits möjligheterna att vinna kontraktet. Om

otydligheterna i förfrågningsunderlaget inte hade förelegat i upphandlingen hade bolaget lämnat lägre priser i upphandlingen. Eftersom bolagets anbud har placerats på en andraplats i upphandlingen har bolaget därvid lidit eller riskerat att lida skada.

Hallstahem bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande.

Hallstahem har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Hallstahem har i alla delar genomfört upphandlingen helt i enlighet med LOU och har under upphandlingens alla faser iakttagit samtliga principer i 1 kap. 9 § LOU. Grund för ingripande saknas därmed.

När det gäller frågan om krav på etappvis utfört arbete kan det konstateras det aktuella kravet endast avser de arbeten som utförs i lägenheter där hyresgästen bor kvar och att arbetena då ska utföras efter uppgörelse i samförstånd mellan hyresgästerna och leverantören. Hallstahem kan därför inte specificera tiden i förfrågningsunderlaget. Det är parterna, dvs. leverantören och hyresgästen, som ska komma överens om en tidplan som fungerar för båda parter. Det är även så det fungerar i branschen i övrigt, t.ex. på den privata marknaden.

Fakturering ska ske enligt administrativa föreskrifterna p. AFD.624 inom tre månader efter att arbetet, i detta avseende liktydigt med enskilt avrop, godkänts till beställaren genom att faktura översänds med upptagande av samtliga fordringar avseende utfört arbete. Det är fullt möjligt att göra enskilda avrop per rum och när målningen är klar fakturera för detta enskilda rum. För arbeten, i detta fall liktydigt med enskilt avrop, som beställaren ej besiktigar och tar ställning till godkännande, gäller att faktura på ovanstående villkor ska inkomma efter fyra månader efter arbetets färdigställande. Eftersom fakturering kan ske efter utfört arbete kan leverantören fakturera för endast ett rum och behöver således inte invänta hela lägenhetens färdig-

ställande. Bolaget har inte ens försökt att förklara på vilket sätt dess förutsättningar för att lämna anbud har påverkats av den påstådda otydligheten. Eftersom något avtal inte är ingånget kan det inte föreligga någon ogiltig ändring. Att ändringen ska införas i AFD.111 är endast en formaliafråga som kommer att rättas till innan avtalstecknande sker med vinnaren i upphandlingen. Det kan även konstateras att bolaget inte ställt någon fråga avseende dessa påstådda otydligheter som, enligt vad bolaget anför, ska ha haft en helt avgörande betydelse för bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Mot denna bakgrund framstår bolagets invändningar som en ren efterhandskonstruktion och ska lämnas utan avseende.

Att bolaget ska ansvara för de produkter som bolaget väljer att använda sig av kan inte anses oproportionerligt utan som en självklarhet. Om bolaget inte har förtroende för de produkter som bolaget väljer att använda bör bolaget rimligen inte använda sig av dessa produkter. Bolaget kan vidare rikta anspråk mot det inköpsställe där bolaget inhandlat produkterna och därifrån få ersättning, vilket är en möjlighet som Hallstahem saknar. Att bolaget gentemot Hallstahem ska ansvara för produkterna är således helt naturligt – annars har Hallstahem inga rättsliga möjligheter att få ersättning för bristfälliga produkter. Det kan vidare konstateras att Hallstahem inte kommer att lämna något formellt godkännande av produkterna ifråga. Ett formellt godkännande ska endast ske enligt de administrativa föreskrifternas p. AFD.21 för det fall att leverantören under avtalsperioden vill byta ut de produkter som offererades i anbudet. Kravet är detsamma för samtliga anbudsgivare som deltagit i upphandlingen. Att ett krav är kostnadsdrivande innebär inte att det är oproportionerligt. Kravet är också som sådant tydligt.

Kravet på att entreprenören ska lägga stor vikt vid bästa möjliga miljöval beträffande färger och arbetsmetoder är inte oproportionerligt. För Hallstahem är miljön och yrkesmålarnas hälsa mycket viktigt, varför Hallstahem är berett att betala mer för att säkerställa detta. Anbudsgivarna får höja sina priser för de merkostnader som detta kan innebära. Hallstahem har rätt att

ställa de krav på miljö som Hallstahem önskar. Ingen anbudsgivare har utslutits med hänvisning till kravet i fråga, varför kravet omöjligen kan vara oproportionerligt. Inte heller kan det anses vara oproportionerligt att värna om miljön. Vidare kan det konstateras att det är tämligen enkelt för en anbudsgivare att beräkna vad det skulle kosta att i möjligaste mån välja den produkt som är bra för miljön – det är endast att titta på produkternas respektive listpriser, t.ex. miljömärkta produkter. Det kan avslutningsvis nämnas att det på bolagets hemsida anges att bolagets miljöarbete bl.a. består i att bolaget väljer material som påverkar miljön så lite som möjligt.

Det finns inte någon otydlighet avseende kriterierna för miljömärkena Svanen och EU Ecolabel. Det finns inte någon skyldighet för Hallstahem att klippa in samtliga kriterier i förfrågningsunderlaget utan det räcker med en hänvisning till den hemsida där kraven ingår. Samtliga kriterier finns i detalj på respektive märkes hemsidor. Vidare ska naturligtvis en viss produkt, t.ex. inomhusfärg, endast uppfylla kraven för just inomhusfärg och inte för någon annan produktgrupp. För att uppfylla kriterierna för t.ex. inomhusfärg eller lack får bl.a. inte ingredienser användas som kan ge cancer vid inandning, fosterskador eller genetiska skador. Det är vetenskapligt klarlagt att yrkesmålare löper en högre risk för att utveckla cancer. Hallstahem har rätt att avgöra vilka miljökrav som Hallstahem önskar uppställa i sina upphandlingar. Det finns inte heller någon otydlighet. Att t.ex. utomhusfärg ska uppfylla de krav som gäller utomhusfärg är tämligen uppenbart. Vilka krav som gäller för utomhusfärg vad gäller Svanen framgår av Svanens hemsida. På bolagets hemsida anges att bolaget i första hand väljer produkter som är märkta med Svanen eller EU-blomman.

När det gäller hänvisningen till AMA Hus 11 är det endast ett uppenbart skrivfel eftersom det tydligt anges att beskrivningen ansluter till AMA Hus 14. Någon påverkan för anbudsgivarnas vidkommande föreligger dock inte eftersom AMA Hus 11 och AMA Hus 14 är identiska för de avsnitt där

felhänvisning skett. Bolagets möjligheter att förstå förfrågningsunderlaget kan mot denna bakgrund omöjligen ha påverkats.

Bolaget menar även att metoden att efterfråga priser i anbudsformuläret är otydlig eftersom vissa prisposter avser rum utan angivande av maxtak på storlek. Av förfrågningsunderlagets områdeskarta framgår dock att det rör sig om sedvanliga flerfamiljshus med lägenheter av sedvanlig storlek. De rum som t.ex. är större än 22 kvm är med något undantag endast 1–2 kvm större. Vidare kan konstateras att bolaget är Hallstahems nuvarande leverantör och har varit så i flera år. Bolaget är således den leverantör som har bäst kännedom i Sverige av hur lägenheterna är beskaffade. Mot denna bakgrund kan bolagets möjligheter att lämna anbud omöjligen ha påverkats negativt av förfrågningsunderlagets utformning i denna del.

Avslutningsvis ska det betonas att när en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för sin upphandling har den stor frihet. Myndigheten kan t.ex. ta miljöhänsyn genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav beträffande produktens miljöegenskaper (6 kap. 3 § LOU), se RÅ 2010 ref. 78. Det har inte heller för någon rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare i branschen förelegat några svårigheter att förstå innebörden av de krav som uppställts i upphandlingen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 3 juli 2009, mål nr 3014-09 och Konkurrensverkets yttrande i samma mål). Dessutom har bolaget, liksom alla övriga anbudsgivare, haft möjlighet att ställa frågor till Hallstahem under anbudstiden. Några frågor har dock inte inkommit. Bolagets invändningar i ansökan framstår istället som en efterhandskonstruktion.

Förfrågningsunderlagets utformning brister således inte i transparens eller proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har därmed inte lidit, eller riskerat att lida, skada.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot Hallstahems upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Förvaltningsrättens utgångspunkter

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU 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 har gjorts.

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som har att ange de omständigheter som man vill åberopa till stöd för att förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (RÅ 2009 ref. 69). För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas krävs att det sökande bolaget visar att det lidit skada eller kunnat komma att lida skada (HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har anfört att det föreligger ett antal fel i upphandlingen vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Bolaget har därvid gjort gällande att förfrågningsunderlagets krav brister i transparens och proportionalitet.

I upphandlingen inkom sex anbud. Tilldelningsgrund var lägsta pris.

Det vinnande anbudet uppgick till 3 767 654 kr. Bolagets anbud, som rankades till andraplats, uppgick till 4 211 446 kr. Övriga anbud uppgick till 4 303 650 kr, 4 346 990 kr, 4 803 570 kr och 4 824 017 kr.

Det sökande bolaget måste, för att vinna bifall, både visa att det föreligger fel i förfrågningsunderlaget och att bolaget till följd av detta riskerat att lida

skada. Eftersom de fel som påstås föreligga i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, måste det inte visas, såsom då fråga är om rättelse av upphandling, att bolagets anbud sannolikt skulle ha antagits. Det måste däremot framgå att bolaget hindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det kan konstateras att det föreligger en betydande prisskillnad mellan den vinnande leverantörens anbud och övriga leverantörers anbud, däribland bolagets. Den betydande prisskillnaden mellan det sökande bolagets anbud och vinnande anbud utesluter därför att bolaget skulle kunna vinna bifall endast på grund av påvisade smärre felaktigheter i förfrågningsunderlaget. Bolaget måste, med hänsyn till den betydande prisskillnaden i förhållande till det av Hallstahem antagna budet, göra sannolikt att det förelegat omfattande felaktigheter i förfrågningsunderlaget, vilka förhindrat bolaget från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sitt förfrågningsunderlag (RÅ 2010 ref. 78) och det ankommer på myndigheten att avgöra vilket behov den har samt vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att dessa är affärsmässiga och att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (RÅ 2002 ref. 50).

Krav på etappvis utfört arbete, frågor om preskription, frågor om tillämpliga avtalsbestämmelser m.m.

Bolaget har anmärkt på att det i de administrativa föreskrifterna ställs krav på att entreprenören ska räkna med att arbetena måste utföras etappvis med hänsyn till hyresgästen. Bolaget har anfört att kravet leder till en oklarhet ifråga om när fakturering kan ske. Bolaget har vidare anfört att det finns en oklarhet när det gäller preskriptionstider. Slutligen har bolaget anfört att det finns oklarheter när det gäller tillämpliga avtalsbestämmelser, dels om det är

föreskrifterna i AMA Hus 11 eller AMA Hus 14 som ska tillämpas, dels om förändringar som följer av administrativa föreskrifter avseende bl.a. preskriptionstider genomförts på ett sätt att de kan anses giltiga enligt tillämpliga entreprenadföreskrifter.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har inte bolaget konkretiserat hur de anförda oklarheterna skulle ha påverkat bolagets möjligheter att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Hur länge en leverantör kan tvingas ha utestående kundfordringar kan möjligtvis ha en viss prishöjande effekt. Frågor om preskriptionstidernas längd torde inte ha någon större effekt på prissättningen. Det har heller inte framkommit hur den påstådda oklarheten när det gäller förhållandet mellan AMA Hus 14 och AMA Hus 11 skulle försämrat bolagets möjligheter att lägga konkurrenskraftigt anbud. Hallstahem har anført att det över huvud taget inte föreligger någon skillnad beträffande de föreskrifter som skulle bli aktuella om föreskrifterna från AMA Hus 11 skulle tillämpas istället än de från AMA Hus 14. Inte heller har det konkretiserats hur frågan om giltigheten av vissa förändringar som följer av administrativa föreskrifter skulle ha påverkat bolagets anbudsgivning.

För att det ska vara möjligt för förvaltningsrätten att ingripa mot Hallstahems upphandling på grund av de av bolaget påstådda upphandlingsfelen krävs att bolaget kan visa att det på grund av det påstådda felet förhindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har inte konkretiserat hur de påstådda bristerna försämrat dess möjlighet att konkurrera i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens bedömning är det över huvud taget tveksamt om de här anförda bristerna i förfrågningsunderlaget skulle kunna hindra någon leverantör från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och det kan i så fall även ifrågasättas att de påtalade oklarheterna skulle kunna anses strida mot transparensprincipen i LOU. I vart fall kan den betydande prisskillnaden mellan bolagets anbud och den vinnande leverantörens anbud i föreliggande upphandling inte förklaras utifrån tolkningssvårigheter av förfrågningsun-

derlaget när det gäller ovanstående punkter. Bolaget har således inte visat att det lidit, eller riskerat att lida, skada.

Krav på att leverantören ska ansvara för levererade produkter

Bolaget har vidare anfört att det är oproportionerligt av Hallstahem att kräva att leverantören ska ansvara för att levererade varor och produkter motsvarar utfästelserna avseende de levererade produkterna.

Förvaltningsrätten gör reflektionen att det i affärlivet bör vara vanligt att leverantörer på olika sätt och i olika hög utsträckning bär ansvar för de produkter som levereras till en beställare. Att såsom Hallstahem föreskriva en riskfördelning mellan beställaren Hallstahem och leverantören där leverantören i stor utsträckning får bära kostnaderna av att produkter levererats som visats behäftade med fel, får anses vara proportionerligt och helt ligga inom ramarna för vad en upphandlande myndighet har rätt till. Villkoret har varit lika för samtliga leverantörer. Det får normalt sett inte heller förväntas vara alltför kostnadsdrivande för en leverantör i bolagets situation att bära ett sådant ansvar och därvid påverka bolagets möjlighet att konkurrera i upphandlingen. Bolaget har således heller inte, såvitt framkommit, förhindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud till följd av kravet.

Miljökrav

Hallstahem har i upphandlingen ställt upp miljökrav, som enligt bolagets uppfattning strider mot LOU och som har hindrat bolaget från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Hallstahem har ställt upp ett allmänt krav på att leverantören ska lägga stor vikt vid bästa möjliga miljöval beträffande färger och arbetsmetoder. Bolaget har anfört att även om dess målsättning är att alltid välja material som påverkar miljön så litet som möjligt ser bolaget ändå en risk att det kan förekomma situationer där bolagets syn på produkter/material som ”påverkar miljön så litet som möjligt” inte är samma sak som vad Hallstahem menar

med samma begrepp. Eftersom det inte är närmare preciserat förefaller risken stor att anbudsgivarna tolkat samma begrepp på olika sätt. Även bolagets val av underleverantörer påverkas av kravet eftersom dessa inte per automatik har samma målsättning avseende miljö. Bolaget har även invänt mot kravet på arbetsmetod eftersom det finns oklarheter vad som avses med ”arbetsmetod” och ”bästa möjliga arbetsmetod avseende miljö”. Enligt bolaget har inte Hallstahem säkerställt att anbudsgivarna räknar på samma förutsättningar avseende prissättning. Dessutom påverkas bolagets underleverantörer eftersom dessa inte per automatik har samma målsättning som bolaget avseende miljö, varför kravet måste specificeras. Enligt bolagets uppfattning strider kravet både mot transparensprincipen och proportionalitetsprincipen.

Bolaget har också gjort en motsvarande invändning mot Hallstahems krav på miljömärken då Hallstahem inte preciserat vilka miljökriterier som måste vara uppfyllda. Det har endast allmänt hänvisats till kriterierna i miljömärkena ”Svanen” och ”EU Ecolabel”. Att bolaget har tolkat kravet på ett visst sätt har föranlett att bolaget har försatts i en sämre konkurrenssituation. Den stora skillnaden i prisbild i upphandlingen har således kunnat föranledas av Hallstahems underlåtelse att specificera sina uppställda skall-krav. Att samtliga kriterier i de aktuella märkena ska vara uppfyllda är oproportionerligt och eftersom det endast allmänt hänvisas till kriterierna är kravet otydligt.

Såvitt gäller kravet på bästa möjliga miljöval beträffande färger och arbetsmetoder anser förvaltningsrätten att det inte strider mot proportionalitetsprincipen. Såsom Hallstahem påpekat har en upphandlande myndighet rätt att ställa sådant krav på miljöhänsyn. Rätten finner vidare att bolaget inte visat hur det skulle strida mot transparensprincipen. Kravet är allmänt hållet och det har inte i målet konkretiserats hur det skulle ge upphov till gränsdragningssvårigheter för anbudsgivaren.

Frågor om miljömärken är reglerade genom 6 kap 7 § LOU, som är en implementering av art. 23.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG. I bestämmelsen anges följande. Om en upphandlande myndighet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som ska upphandlas, kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och märkena är tillgängliga för alla berörda parter. Den upphandlande myndigheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget men ska godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

När det gäller kravet på att uppfylla kriterierna för aktuella miljömärken kan konstateras att Hallstahem, såsom påpekats av bolaget, hade bort ta med underliggande kriterier direkt i förfrågningsunderlaget för att säkerställa att en utformning av underlaget gjorts i enlighet med LOU. Genom att endast hänvisa till miljömärkenas hemsidor finns nämligen bl.a. risken att kriterierna uppdateras och ändras under upphandlingen (se EU-domstolens avgörande mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna [MAX HAVELAAR], punkt 67). Bolaget har dock inte visat att det i realiteten i den aktuella upphandlingen förelegat någon svårighet för en normalt informerad anbudsgivare i branschen att bilda sig en uppfattning om vilka krav som gäller. Det har inte framkommit att det skulle ha förelegat några sådana svårigheter för bolaget, som dessutom i sin verksamhet använder produkter med den aktuella märkningen. Det har inte framkommit att kravet i övrigt brister i tydlighet. Det har inte heller visats att kravet på att uppfylla kriterierna för miljömärkena varit oproportionerligt.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att bolaget endast i allmänna ordalag anfört att dess konkurrenssituation försämrats genom de uppställda kraven. Bolaget har dock inte konkretiserat hur väsentliga kostnadsbesparingar

skulle ha kunnat göras genom att offerera mindre miljövänliga produkter på ett sådant sätt att bolaget kunnat konkurrera effektivt med vinnande leverantör. Bolaget har inte påstått att vinnande leverantör skulle ha offererat produkter som svarat mot lägre miljökrav än bolagets eller övriga leverantörers produkter. Det har över huvud taget inte framgått av bolagets ansökan vilken del av kostnaden för entreprenaden som utgörs av det offererade materialet. Det får med hänsyn till de uppgifter som lämnats i målet anses som ovisst i vilken utsträckning bolaget över huvud taget kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud i förhållande till den vinnande leverantören om förfrågningsunderlagets krav på offererade produkter formulerats annorlunda. Hallstahem har pekat på att det är tämligen enkelt för en anbudsgivare att beräkna vad det skulle kosta att välja den produkt som är bäst för miljön, nämligen genom att göra beräkningar utifrån listpriser. Det kan konstateras att det i målet inte förekommit några närmare uppgifter om eller uppskattningar av hur mycket miljökraven varit prisdrivande. Förvaltningsrätten finner sammantaget att bolaget inte gjort sannolikt att det vid avsaknad av aktuella krav kunnat lägga ett anbud som varit konkurrensmässigt med vinnande leverantörs anbud i dess nuvarande utformning.

När det gäller frågan om oklarhet i kravet på arbetsmetod har det inte framgått hur den påstådda oklarheten i realiteten skulle ha påverkat bolagets möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det har inte konkretiserats på vilket sätt kravet skulle ha drivit upp priset för anbudet. Bolaget har inte heller här visat skada.

Otydlighet ifråga om rumsstorlek

Bolaget har slutligen anfört att det föreligger en oklarhet när det gäller omfattningen av uppdraget, eftersom det inte angetts maximal storlek på vissa rum. Hallstahem har invänt att det genom förfrågningsunderlagets områdeskarta står klart att det är fråga om rum i bostadslägenheter, att det med något undantag endast är upp till två kvadratmeter som skiljer rummen åt i de

aktuella bostäderna och att bolaget är väl införstått med hur rummen ser ut eftersom bolaget är Hallstahems nuvarande leverantör.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att den påstådda otydligheten i förfrågningsunderlaget inte kan verka till bolagets nackdel, eftersom det är en liten skillnad mellan rummen och bolaget har en ingående kunskap om de objekt som upphandlingen avser. En sådan oklarhet skulle i så fall snarare inverka negativt på andra leverantörer, som skulle kunna utgå från en större skillnad mellan rummen. Bolaget är väl införstått med såväl hur området ser ut som hur bostäderna ser ut inuti. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte heller på denna punkt visat att bolaget kunnat lida skada.

Sammanfattning och slutsats

Förvaltningsrätten har funnit att det inte har visats att det genom Hallstahems förfrågningsunderlag förelegat upphandlingsfel som orsakat att bolaget kunnat lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.