



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
 Mattias Håkansson  
 Föredragande

**DOM**  
 2011-09-02  
 Meddelad i  
 Falun

Mål nr  
 3374-11  
 Enhet 2

**SÖKANDE**

Helmark Fastighet KB, 916525-1068  
 Hyltevägen 25  
 285 32 Markaryd

**MOTPART**

Sandvikens kommun  
 811 80 Sandviken

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bestämmer att Sandvikens kommuns upphandling avseende "Mobil förskola" med ärendenummer IE2011/37 ska göras om.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 10 augusti 2011.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-09-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

### BAKGRUND

Sandvikens kommun (i det följande Kommunen) genomför en upphandling avseende "Mobil förskola" med ärendenummer IE2011/37. I upphandlingsföreskrifterna anges att upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande och att anbud ska vara Inköpskontoret tillhanda senast den 10 augusti 2011.

### YRKANDEN M.M.

**Helmark Fastighet KB** (i det följande Bolaget) begär överprövning och anför följande. (1) Tidsrymden 18 månader och kravet på minst 3 referenser, sammantaget med volymen på marknaden för mobil förskola, innebär att konkurrensutsättning inte kan ske. Detta eftersom det endast finns en anbudsgivare på den svenska marknaden som kan uppfylla kraven. Marknaden för denna typ av buss är mycket liten och hittills har de flesta bussarna levererats av samma leverantör. Därtill kommer kravet under punkten A1 i Kravspecifikationen att utförandet ska motsvara "de i marknaden vanligast förekommande förskolebussarna". Därmed är det helt utsiktslöst för fler än en aktör att uppfylla kravet på referenser. Kommunen bryter därför mot den grundläggande principen om att utnyttja konkurrensen på marknaden. (2) Det är inte naturligt att ställa krav på att utbildning i pedagogik ska ingå. Detta utesluter i stort sett alla aktiva företag utom ett. Kravet på 3 referenser kan inte uppfyllas av någon annan leverantör. Därmed utgör det ett åsidosättande av konkurrensutsättningen. Utbildning i mobil pedagogik bör upphandlas separat från fordonet. (3) Kommunen har angett att utvärderingen kommer att ske inte bara mot i förfrågningsunderlaget angivna kriterier utan även vid eventuella sammanträden, vid eventuella besök hos anbudsgivare, vid eventuella besök hos lämnade referenser och efter eventuell förhandling med anbudsgivarna. Denna skrivning strider mot principen om ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Upphandlingen brister därför i transparens och förutsebarhet.

**Kommunen** motsätter sig Bolagets ansökan och anför följande. (1) Upphandlingen har publicerats via TED och vänder sig därför till hela EU-marknaden. Att begära 3 referenser är rimligt då objektet för upphandlingen är mobil förskola där Kommunen måste kunna garantera barnens säkerhet och förskolans funktionalitet. (2) Enligt kravspecifikationen finns inga krav på genomförda utbildningar i mobil pedagogik. Däremot erhålls full poäng vid utvärderingen för momentet utbildning när anbudsgivaren kan erbjuda utbildning i mobil pedagogik. Anbudsgivare som endast erbjuder utbildning i handhavandet av fordon blir inte utesluten, men erhåller inte full poäng avseende utbildning. (3) Bolaget har angett att utvärderingen inte kommer att ske mot i anbudet angivna kriterier. Formuleringen i punkten 7.2 är otydlig och kan tolkas som Bolaget angett. Kommunen kommer därför att skicka en komplettering till samtliga anbudsgivare. Anbudstiden har förlängts till den 23 augusti 2011 för att upphandlingen ska kunna genomföras på ett korrekt sätt.

Den 17 augusti 2011 har Kommunen gett in en handling benämnd ”Frågor och svar samt förtydliganden i upphandling av mobil förskola, dnr IE2011/37”. Enligt Kommunen har denna skickats ut till anbudsgivarna den 16 augusti 2011.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den parten som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla

leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Vad gäller kravet på referenser har Bolaget hävdade att tidsrymden och antalet referenser, sammantaget med volymen på marknaden, innebär att en konkurrensutsättning inte kan ske. Detta förstärks enligt Bolaget genom kravet på att utförandet ska motsvara de i marknaden vanligast förekommande förskolebussarna. Vidare har Bolaget anfört att utbildning i mobil pedagogik bör upphandlas separat från fordonet. Enligt Bolaget gynnar kraven en av anbudsgivarna på ett sätt som strider mot principen om att utnyttja konkurrensen på marknaden.

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget inför en upphandling. Förfrågningsunderlaget måste emellertid stå i överensstämmelse med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för upphandlingslagstiftningen. Enligt förvaltningsrätten har Bolaget inte visat att de aktuella kraven innebär ett otillbörligt gynnande av en presumtiv anbudsgivare eller att Bolaget på ett otillbörligt sätt missgynnas av kraven. Bolaget har därmed inte heller visat att det till följd av hur kraven är utformade riskerar att lida skada.

Bolaget har även gjort gällande att punkten 7.2 "Utvärdering" brister i transparens och förutsebarhet.

I en handling benämnd "Frågor och svar samt förtydliganden i upphandling av mobil förskola, dnr IE2011/37" har Kommunen lämnat förtydliganden avseende hur utvärderingen ska ske. Efter lämnat förtydligande framgår att utvärderingen ska ske mot i förfrågningsunderlaget angivna kriterier samt att eventuell förhandling med anbudsgivarna kan komma att ske då LOU tillåter detta.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen sker genom öppet förfarande enligt LOU (punkten 2.0). Vid öppet förfarande är det inte tillåtet att, innan en vinnande leverantör utsetts, förhandla med anbudsgivarna. Ett förfarande som en upphandlande myndighet har valt att använda och som annonserats ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen (jfr EU-domstolen i rättsfallet C-87/94 Kommissionen mot Belgien). Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsebarhet på ett sådant sätt att anbudsgivarna saknar tillräcklig möjlighet att förutse vad som kommer att ligga till grund för anbudsutvärderingen. Bristen får anses innebära en sådan risk för skada för Bolaget att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristen i upphandlingsförfarandet är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Karin Forslund Johansson

rådman