



SÖKANDE

Sandahls Entreprenad AB, 556378-5525
Speditörvägen 1
331 51 Värnamo

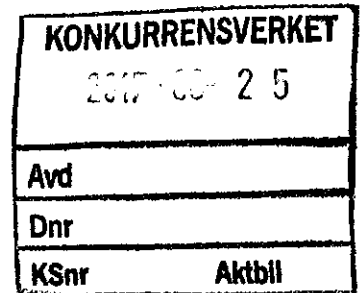
Ombud: Advokat Eilert Andersson och Advokat Karin Bernmar
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Ljungby kommun
341 83 Ljungby

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Sandahls Entreprenad AB:s anbud ska utvärderas.

YRKANDEN M.M.

Ljungby kommun (kommunen) genomför upphandling av olika renhållningstjänster (AVT 2016-0071). Upphandlingen sker genom öppet förfarande och med utvärderingsgrunden lägst pris. Sandahls entreprenad AB (Sandahls) diskvalificerades från vidare utvärdering då det vid kontakter med Sandahls framkommit att de använder sig av Barkfors som kommunikationssystem, vilket kommunen inte godkänner eftersom systemet inte motsvarar de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Genom tilldelningsbeslut den 22 februari 2017 antogs SUEZ recycling AB som entreprenör.

Sandahls ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att kommunen vidtar rättelse på så sätt att ny utvärdering av inkomna anbud ska äga rum varvid även Sandahls anbud ska utvärderas.

Kommunen bestrider bifall till Sandahls ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR*Sandahls*

Upphandlande myndigheter får som utgångspunkt i tekniska specifikationer inte hänvisa till visst specifikt varumärke. Endast om det inte går att genom beskrivning av önskad funktionalitet är det undantagsvis, och om det bedöms vara nödvändigt, tillåtet att hänvisa till specifikt varumärke vid utformandet av tekniska specifikationer i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndigheter måste emellertid godta likvärdig produkt eller lösning som det hänvisade varumärket, vilket följer av 6 kap. 4 § LOU.

Kommunen har i den tekniska specifikationen avseende den tjänst som upphandlas, i den del som avser krav på hur datakommunikation och IT-stöd ska fungera, angivit följande:

”Entreprenören ska använda EDP-mobile, eller likvärdigt system som är anpassat till EDP-Future samt systemets handdatorer, för att kommunicera med verksamhetssystemet EDP-Future”.

Bakgrunden till att kommunen i förfrågningsunderlaget hänvisar till EDP-mobile och EDP-Future är att kommunen, i likhet med vad som verkar vara en övervägande majoritet av alla kommuner, använder kundregister/verksamhetssystemet EDP-Future, eller annat av EDP-consult AB utvecklat verksamhetssystem. Sandahls har idag flera kommuner som kunder vilka, i likhet med Ljungby kommun, använder sig av EDP-Future som verksamhetssystem för hantering av abonnentregister m.m. Sandahls har således erfarenhet av att via det utvecklade fordonskommunikationssystemet från Barkfors utbyta information med EDP-Future. För detta har utvecklats nödvändiga gränssnitt i förhållande till de krav som ställts av ifrågavarande kommuner. Merparten av de krav som kommunen ställt har även utgjort krav i avtalen med Sandahls tidigare kunder. Av intyg utfärdade av dessa kommuner framgår att Sandahls verksamhetssystemlösning för de funktioner som omfattats av aktuella avtal fungerat utan anmärkning. Av intyg från Barkfors framgår även att de krav kommunen ställt uppfylls i Barkfors system.

De ifrågavarande kraven på datakommunikationssystemets funktionalitet är krav som utgör avtalsvillkor. Det finns inte i förfrågningsunderlaget uppställt något krav på att anbudsgivarna i anbudet ska beskriva eller tillhandahålla information om vilken datakommunikationslösning som anbudsgivaren avser använda sig av. Innebörden av att de aktuella kraven avseende datakommunikation utgör avtalsvillkor är att dessa behöver vara uppfyllda först i samband med leverans av tjänsten. Huruvida avtalsvillkor eller särskilda kontraktvillkor är uppfyllda vid anbudstidpunkten saknar i princip relevans i överprövningsmål. Detta skiljer denna typ av villkor från obligatoriska krav på att anbudsgivaren ska ha viss ekonomisk ställning eller obli-

gatoriska krav avseende anbudets form. Syftet med särskilda kontrakts- eller avtalsvillkor är att den upphandlande myndigheten vid leverans ska erhålla den vara eller tjänst som efterfrågats. Det föreligger inte något hinder för att anbudsgivaren, i mellantiden mellan anbudsgivning och avtalsstart, utvecklar den vara eller tjänst som ska levereras. Om det vid leverans visar sig att en vara eller tjänst inte uppfyller uppställda avtalsvillkor utgör detta ett avtalsbrott som får regleras i enlighet med de påföljder som följer av avtalsrätten och parternas kontrakt.

I samband med att kommunen gått igenom anbuderna har kommunen valt att ställa frågor till Sandahls om vilket verksamhetssystem för datakommunikation som Sandahls avsett att använda sig av. Sandahls har redovisat att man har för avsikt att använda sig av system från Barkfors och att leveransen kommer ske i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget när kontraktstiden inleds. Sandahls har vidare förtydligat att det ska säkerställas att leveransen till EDP-Future kommer ske på ett korrekt sätt samt förtydligat att det faktum att Sandahls avser att använda system från Barkfors inte kommer innebära några merkostnader för kommunen. Sandahls har också, efter tilldelningsbeslutet, redogjort att man kan tänka sig använda system från EDP-Future, om det mot förmodan, senare skulle visa sig att kommunens kravspecifikation inte till fullo skulle beskriva kommunens rätta behov.

Om utvärderingen genomförts på ett korrekt sätt hade Sandahls anbud inte förkastats, utan Sandahls anbud skulle rätteligen ha utvärderats till lägsta pris jämte övriga kvalificerade anbud. Sandahls måste därmed anses lida sådan skada som avses i 16 kap. LOU, eftersom en korrekt genomförd utvärdering av anbuderna skulle medfört att Sandahls istället hade rangordnats som nummer ett i upphandlingen.

Kommunen

Sandahls anbud har inte diskvalificerats i strid mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och förutsägbarhet samt i strid mot upphandlingslagstiftningens krav på godtagande av likvärdiga produkter eller lösningar. Kommunen har i förfrågningsunderlaget utförligt beskrivit vilka krav som ställs på kommunikationssystemet. Det system som Sandahl uppgett att de ska använda sig av lever inte upp till de krav som uppställs och därför har Sandahls anbud diskvalificerats.

Avseende upphandlingslagstiftningens krav på godtagande av likvärdig produkt eller lösningar anser kommunen, att beslutet inte stridit mot dessa krav då systemet som Sandahls har uppgett att man ska använda sig av inte är likvärdigt. Sandahls anför att kommunen uteslutit Sandahls med hänvisning till att Sandahl ska leverera tjänsten med stöd av annan mjukvaruleverantör. Detta är felaktigt då kommunen inte hänvisat till något annat varumärke när Sandahls anbud har diskvalificerats. Kommunen har inte heller hänvisat till särskilt varumärke för datakommunikationslösningen då det står ”eller likvärdig produkt”. Kommunen anser att 6 kap. 4 § LOU har följts eftersom hänvisningar får förekomma i specifikationerna om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Kommunen har inte heller handlat i strid mot upphandlingslagstiftningens krav på godtagande av likvärdig produkt eller lösning då Barkfors system inte är likvärdigt. Det är inte ett oproportionerligt krav att kräva att systemet som anbudsgivaren avser att använda kan kommunicera med ett befintligt system som kommunen redan använder sig av.

Kraven på datakommunikationssystemets funktionalitet utgör inte enbart ett avtalsvillkor. Det är också ett krav på tjänsten vilket framgår av förfrågningsunderlaget. En symbol i ett förfrågningsunderlag står inte över vad som står i klartext, vilket i detta fall är krav på tjänsten.

Kommunen använder och ska fortsättningsvis använda den senaste versionen av EDP-Future och därför ska entreprenörens system kunna kommunicera med kommunens. Kommunen gjorde i anbudsutvärderingen en grundlig undersökning av Barkfors system och dess funktioner. Kommunen bedömer att Barkfors inte uppfyller kraven. Under anbudsutvärderingen har kommunen kontaktat samtliga anbudsgivares referenser. Utifrån de svar kommunen fått görs bedömningen att Barkfors system inte uppfyller de krav på datakommunikation som finns i förfrågningsunderlaget. Sammantaget står det klart att kommunen haft rätt att förkasta Sandahls anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att LOU gäller för en upphandling som påbörjats före den 1 januari 2017. För den aktuella upphandlingen är således LOU tillämplig.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Av 1 kap. 9 § LOU följer 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Av upphandlingsprotokollet framgår att Sandahls diskvalificerats från vidare utvärdering då det vid kontakter med Sandahls framkommit att bolaget kommer att använda sig av Barkfors som kommunikationssystem, vilket kommunen inte godkänner eftersom systemet inte motsvarar de krav som ställs i upphandlingen i kapitel 5.4 datakommunikation.

Sandahls anför att det aktuella kravet är att anse som ett krav som behöver vara uppfyllt först vid avtalsstart.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsprotokollet framgår att samtliga anbudsgivare har uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och därför gått vidare till utvärdering. I förfrågningsunderlaget under punkt 5.1 allmänna krav framgår bl.a. följande: "Vid entreprenadens start ska alla krav på tjänsten vara uppfyllda eller kunna uppfyllas". Det aktuella kravet avseende datakommunikation återfinns under punkten 5.4.1. Förvaltningsrätten anser därför att det i målet aktuella kravet avseende datakommunikation inte utgör ett kvalificeringskrav som måste vara uppfyllt redan vid anbudslämnandet.

Om ett krav är utformat så att det måste uppfyllas först vid utförandet av tjänsten behöver anbudsgivaren endast bekräfta att denne kommer att uppfylla kravet senare (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6247-12).

Med hänsyn till hur kravet har formulerats i förfrågningsunderlaget kan det, enligt förvaltningsrätten, inte tolkas på annat sätt än att det är ett krav som måste vara uppfyllt först vid utförandet av det aktuella uppdraget. Innan tilldelningsbeslut, men efter anbudslämnandet, har kommunen valt att ställa frågor till Sandahls gällande vilket datakommunikationssystem bolaget av-

ser att använda sig av. Sandahls har förklarat att bolaget använder Barkfors som kommunikationssystem samt uttryckt att leveranser kommer ske till det av kommunen använda systemet på ett tillfredställande sätt. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är visat att Sandahls motsätter sig att uppfylla detta krav vid fullgörande av uppdraget. Att systemet från Barkfors under den inledande anbudsutvärderingen inte bedömdes kunna kommunicera med EDP-Future medför ingen annan bedömning.

Sandahls gör gällande att man med hänsyn till lägst anbudssumma måste anses lida sådan skada som avses i 16 kap. LOU på grund av beslutet. Kommunen har inte invänt häremot. Sandahls får därmed anses ha lidit eller komma lida skada. Det föreligger därför skäl för beslut om rättelse. Sandahls ansökan ska därför bifallas och upphandlingen ska rättas på så sätt att Sandahls anbud ska utvärderas.

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

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Paul Svensson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.