



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2013-03-04
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Sida 1 (7)

Mål nr
6608-12
Enhetschef 2

SÖKANDE

Camfil Svenska AB, 556088-1327
Kryptongatan 2
431 53 Mölndal

MOTPART

Borås Stad, Lokalförsörjningsförvaltningen
501 80 Borås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-03-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Borås stad genomför genom sin lokalförsörjningsförvaltning (den upphandlande myndigheten benämns fortsättningsvis LFF) en upphandling, förenklat förfarande, benämnd Ramavtal – Ventilationsfilter. Syftet med upphandlingen är att tillgodose förvaltningens behov av ventilationsfilter. LFF har för avsikt att teckna ett treårigt avtal med möjlighet till ett års förlängning. Upphandlingsvärdet beräknas till en miljon kronor per år. Avtal avses tecknas med flera leverantörer, dock maximalt tre stycken. Avrop kommer att ske efter rangordning på så sätt att nummer ett tillfrågas först. Vid anbudsutvärdering har LFF för avsikt att anta de kvalificerade anbud som har lägst utvärderingspris, beräknat i enlighet med bilagt anbudsformulär.

Genom tilldelningsbeslut har LFF antagit andra leverantörer än Camfil Svenska AB (bolaget). Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar

Dok.Id 93173

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

framgår bl.a. att åtta leverantörer lämnat anbud och att samtliga anbud ansetts kvalificerade. De antagna anbuden har åsatts lägre utvärderingspriser än bolaget. Sedan tilldelningsbeslutet meddelats har bolaget ansökt om överprövning.

I förfrågningsunderlagets avsnitt U3.1, Anbuds form och innehåll, anges bl.a. följande. Alla i anbudet offererade ventilationsfilter ska uppfylla standarden för ventilationsfilter EN 799:2012, vara av, i bilaga 3, angiven filterklass (F8) samt vara av högsta möjliga energieffektivitetsklass (klass A). Intyg härom ska på LFF:s begäran kunna företes för varje, av anbudsgivaren offererad, ventilationsstorlek. För det fall:

- Anbudsgivaren inte kan leverera efterfrågat ventilationsfilter kan ventilationsfilter av högre filterklass offereras. Lägsta efterfrågade filterklass får dock inte underskridas.
- Ventilationsfilter i den efterfrågade filterklassen eller högre inte kan levereras ska detta anges med "SAKNAS" i ventilationsfilterlistan samt priset sättas lika med högsta förekommande priset i ventilationsfilterlistan.

Förfrågningsunderlagets avsnitt A1 Kravspecifikation, underavsnittet A1.3 Material, innehåller en hänvisning till avsnitt U3 (se ovan).

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering, varvid anbuden från andra anbudsgivare än bolaget och Nufilter Skandinavia AB (Nufilter) ska förkastas.

LFF anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: De övriga anbudsgivarna, inte bolaget och Nufilter, har lämnat felaktiga uppgifter avseende de krav som följer av avsnitt U3.1 i förfrågningsunderlaget. Andra luftfilter än de standardfilter som testats med ett luftflöde på 3 400 kubikmeter per timme (0,944 kubikmeter per sekund) går inte att energi- och effektivitetsklassificera enligt den europeiska standarden inom den europeiska branschorganisationen Eurovent PG04B och Eurovent Certification Company. Testerna utförs i en standardiserad testtrigg enligt den europeiska standarden EN779:2012. I testerna används frontdimensionen 592 x 592 mm. Vidare har man rätt att relatera ett antal andra dimensioner med samma påslängd och relativ filterarea som tillhör s.a.s. familjen av storlekar. Dessa s.a.s. familjemedlemmar har frontdimensionerna 490x592, 287x592, 287x287, 592x287 och 592x490 mm samt har samma påslängder och relaterade filterareor. Alla övriga dimensioner som återfinns i offerterna är helt omöjliga att energiklassificera och faller helt utanför den europeiska standard som Eurovent tagit fram. Det är därför helt oacceptabelt att LFF accepterar uppgifterna om att samtliga varianter från ett antal leverantörer är A-klassificerade. Vid bedömningen av dessa uppgifter bör beaktas att bolagets vice VD sedan flera år är ordförande i den europeiska branschorganisationen Eurovent PG04B (produktgrupp luftfilter inom Eurovent) där de tagit fram dokumentet Eurovent 4/11, den beräkningsmodell som ligger till grund för Eurovent Certification:s Energi- och Effektivitetsklassificering.

LFF: I förfrågningsunderlagets anbudsformulär anges att leverantören genom sin underskrift bekräftar lämnade priser och intyg samt att ställda skrav uppfylls. Sex av de totalt åtta anbudsgivarna har lämnat priser på samtliga efterfrågade ventilationsfilter. De två övriga, bolaget och Nufilter, har angivit "Saknas" för de ventilationsfilter de inte kunnat leverera och följaktligen åsatts de högsta förekommande priserna i de egna anbuden för

dessa poster. LFF har inte anledning att ifrågasätta någon anbudsgivares bekräftelse på att ställda krav uppfylls. Om misstanke skulle uppstå under avtalsperioden om att erhållna filter inte uppfyller kraven har LFF rätt att kräva att intyg företes. Det blir då civilrättslig fråga om avtal och inte en upphandlingsrättslig fråga.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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.

I Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12 anges bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett

inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma om och - i förekommande fall - hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella ska-krav är uppfyllda. Den omständigheten att en upphandlande myndighet valt att i förfrågningsunderlaget inte uppställa särskilda krav i aktuella hänseenden, innebär dock inte att myndigheten överlämnat till anbudsgivaren att avgöra om ska-kraven är uppfyllda eller inte (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 28 oktober 2010 i mål nr 2449-10). I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Enligt kammarrättens uppfattning gäller detta även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen. (jfr Kammarrättens i Göteborg dom 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Med ledning av det ovan sagda får LFF:s beslut att kvalificera samtliga anbudsgivare anses korrekt. Under överprövningsprocessen har dock bolaget framfört omständigheter som ger anledning att ifrågasätta om samtliga anbudsgivares anbud uppfyller samtliga ska-krav. Denna fråga måste prövas med beaktande av de uppgifter som nu kommit fram. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget förmått göra sannolikt att det endast varit möjligt att offerera ventilationsfilter med energieffektivitetsklass A i de fall filtret är enligt standard med frontdimensionen 592 x 592 mm eller s.k familjemedlemmar med samma påslängder och relaterade filterareor och frontdimensionerna 490x592, 287x592, 287x287, 592x287 och 592x490 mm. Således har sex av åtta anbudsgivare trots uppgift härom, såsom bolaget gjort gällande, sannolikt inte uppfyllt ska-kravet att endast offerera ventilationsfilter med energieffektivitetsklass A, eftersom det i en del fall inte är möjligt. Kommunen har därmed brutit mot LOU genom att inte förkasta dessa anbud. Detta har påverkat utgången i upphandlingen, varför bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Bolaget har tillämpat förfrågningsunderlaget på ett felaktigt sätt, vilket medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Ett beslut om att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett ligger därför nära till hands. Det har dock framkommit att förfrågningsunderlaget förutsätter att ventilationsfilter med energieffektivitetsklass A kan offereras i betydligt vidare mån än vad som visat sig vara möjligt. Ett beslut om att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett är därför inte tillräckligt ingripande i detta fall. Det följer av de omständigheter som bolaget har angivit att förfrågningsunderlaget är bristfälligt och att det således finns en avgörande brist i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Grund för att besluta om att upphandlingen ska göras om föreligger därmed.

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

Kjell Hammarborg



