



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelnings 32

DOM
 2015-07-15
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 9812-15

SÖKANDE

Dahl Sverige AB, 556287-0229
 Box 11076
 161 11 Bromma

Ombud: Martin Göransson och Mikael Rendahl
 Prosent AB
 Kungsgatan 13 B
 352 31 Växjö

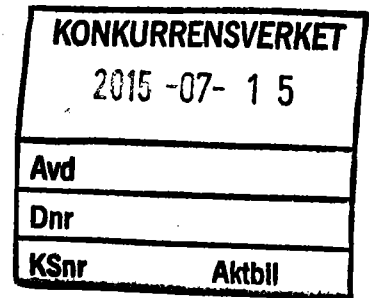
MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 556499-5909
 Box 5199
 121 18 Stockholm

Ombud: Åsa Sundqvist Olsson
 Box 5199
 121 18 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

- Förvaltningsrätten bifaller ansökan delvis och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att Husbyggnadsvaror HBV Förening vidtar en ny prövning av anbuden i enlighet med vad som framgår av denna dom.
- Förvaltningsrätten avslår Dahl Sverige AB:s yrkande om edition.

Dok.Id 609220

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

BAKGRUND

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) genomför en upphandling av ramavtal avseende rörmaterial för HBV:s medlemmar och övriga anmälda till upphandlingen. Upphandlingen omfattar hela Sverige och genomförs med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tre anbudsgivare kvalificerade sig till utvärdering. I tilldelningsbeslut den 28 april 2015 antogs Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) som leverantör då HBV bedömde att Ahlsell lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dahl Sverige AB:s (bolaget) anbud placerades som nummer två.

Förvaltningsrätten har i beslut den 10 juni 2015 avslagit bolagets yrkande om editionsföreläggande avseende Ahlsells bilaga 6.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar

- att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att anbudet från Ahlsell vid en ny utvärdering ska påföras belastningspris för positionerna 45, 46 och 47, istället för där angivna priser,
- att förvaltningsrätten ska besluta att rättelse även ska ske på så sätt att bolagets anbudspris ska sänkas med 584 500 kr vid en ny utvärdering och
- att förvaltningsrätten förelägger HBV att omgående överlämna Ahlsells bilaga 6 i den del som avser positionerna 45-47.

HBV bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER OCH OMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Ska-krav beträffande likvärdiga produkter och belastningspris

HBV har brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att inte påföra Ahlsells anbud belastningspriser avseende positionerna 45,46 och 47, trots att Ahlsell inte uppfyllde kraven på likvärdig produkt för dessa positioner. Ahlsells anbud borde rätteligen påförts belastningspriser, vilket leder till att bolaget lämnade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ska antas som leverantör. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada.

Av instruktionerna till bilaga 6 varukorg framgår följande "Om alternativ produkt har offererats och denna ej når upp till likvärdighet eller att produktdata ej översänds enligt tid ovan så används istället produktens belastningspris vid utvärdering". Det har på möte med HBV den 7 maj 2015 kommit till bolagets kännedom att Ahlsell för positionerna 45-47 inte offererat en produkt som når upp till kraven på likvärdig produkt och att HBV på eget initiativ bytt ut Ahlsells offererade produkter på dessa positioner mot en annan produkt från Ahlsells sortiment som HBV själva tagit fram och som HVB anser vara likvärdig. Enligt uppgift från tillverkaren har Ahlsells offererade kopparrör 6-värt krom och inte 3-värt krom. Det står direkt i strid med likabehandlings-principen som bär upp LOU, att som HVB byta ut produkter som inte uppfyller kraven mot andra produkter ur anbudsgivarens sortiment, istället för att påföra belastningspris i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget gör gällande att de produkter som Ahlsell offererat på positionerna 45-47 inte är likvärdiga. HBV har som skäl för att de av Ahlsell offererade kopparrören är likvärdiga anfört att Ahlsells offererade kopparrör fyller samma funktion som efterfrågad produkt. Av förfrågningsunderlagets bilaga 3, Föreskrifter

punkt C. Särskilda miljökrav framgår följande ”Antagen leverantör ska om inte annat anges vid beställning leverera förkromade kopparrör med 3-värt krom”. Detta krav är ett obligatoriskt ska-krav och ska därmed uppfyllas av anbudsgivaren för att antas. Formuleringen innebär att endast om det framgår att kopparrör med 6-värt krom accepteras får sådana rör levereras. Att fullgörelse ska ske vid ett senare tillfälle innebär inte att anbudsgivare kan offerera kopparrör med 6-värt krom. Det är de artiklar som anbudsgivaren offererat som ligger till grund för kommande avrop. I bilaga 6, varukorg, har HBV angivit produkternas artikelnummer, s.k. RSK-nummer. Förkortningen står för Rörbranschens Standard Katalog, som är en gemensam produktkatalog framtagen av VVS-branschen för att underlätta inköp av VVS-material. Genom att ange RSK-nummer framgår vilken typ av produkt som efterfrågas och vilka material, tekniska egenskaper och funktioner denna produkt ska ha. När det gäller varukorgens positioner 45-47 har HBV angett vissa RSK-nummer. För position 45 har HBV angett RSK-nummer 8564158, för position 46 har HBV angett RSK-nummer 8564162 och för position 47 har HBV angett RSK-nummer 8564165. Vid en sökning i RSK-databasen framgår att vad som avses är 3-värt krom. Den efterfrågade produkten ska således vara av 3-värt krom. Ahlsell har dock för positionerna 45-47 offererat kopparrör med 6-värt krom. Den omständigheten att det anges under rubriken ”Övrig info” i RSK-databasen medför inte att det kan vara 6-värt krom, utan det är likväl ett krav att det ska vara 3-värt krom. Med anledning av detta skulle det stå i direkt strid med ett obligatoriskt ska-krav att godta Ahlsells kopparrör. HBV har ingen frihet såsom HBV angett att välja om ska-krav ska upprätthållas eller inte. Ett sådant synsätt står i direkt strid med 1 kap. 9 § LOU. Att offerera en artikel som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget ska anses som en reservation. Reservationer mot ska-krav får inte göras i ett anbud. Frågan som är relevant för upphandlingen är om utformningen av anbudet stämmer i förhållande till de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. HBV har som framgår

ovan ställt upp ett miljökrav på de kopparrör som offereras. Oavsett om Ahlsells kopparrör har samma funktion innebär det inte att det går att bortse från miljökravet som anges i förfrågnings-underlaget. Det är en avsevärd skillnad mellan 3-värt krom respektive 6-värt krom. 6-värt krom är sämre för miljön och medför hälsorisker som kan vara livshotande. Exponering kan orsaka cancer, allergi och irritation på ögon och hud. Det är svårt att hävda att en produkt som är sämre för miljön och personers hälsa är likvärdig i förhållande till en produkt som inte är det och att det skulle vara av oväsentlig betydelse. Miljöegenskaper omfattas enligt 6 kap. 3 § LOU av begreppen prestanda och funktion. Det kan inte hävdas att upprätthållande av miljökrav med de konsekvenser som 6-värt krom medför, innebär att en annan bedömning avseende prestanda och funktion ska göras. Att det inte är hänförligt till prestanda och funktion som HBV påstått är därmed felaktigt. Av den information som bolaget fått på mötet den 7 maj 2015, är det väsentlig skillnad mellan Ahlsells offererade pris och belastningspriset, vilket för det fall Ahlsell får belastningspris skulle resultera i att bolaget har lägst anbudspris. Frågan i målet är således om Ahlsells produkter är likvärdiga. Frågan i målet är inte vilken grad av hårdhet som en bedömning av likvärdig artikel ska ha, utan huruvida ett kopparrör som har 6-värt krom istället för 3-värt krom uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kraven och kravet på likvärdighet. Det är uppenbart att HBV:s bedömning av likvärdighet inte är objektiv. Det kan inte anses oskäligt att HBV ska kontrollera alla artiklar var för sig. HBV borde ha utrett saken närmare eftersom det framkommit omständigheter som gett anledning att ifrågasätta om de offererade alternativa kopparrören skulle vara likvärdiga efterfrågade kopparrör. För det fall det skulle vara tillåtet att offerera kopparrör med 6-värt krom anser bolaget att förfrågningsunderlaget varit otydligt och oförutsägbart, vilket står i strid med 1 kap. 9 § LOU. HBV:s synsätt på om bolaget lider skada är felaktigt eftersom om en upphandlande myndighet i överprövningsmål kan påstå att en helt annan bedömning för vissa krav kommer att göras vid

en ny utvärdering skulle det medföra att leverantörer endast i sällsynta fall skulle anses lida skada. Ahlsells offererade priser för position 45-47 är totalt 1 355 500 kr. Belastningspriset för positionerna 45-47 är totalt 2 569 000 kr. Ahlsells anbudspris ska därmed höjas med 1 213 500 kr. Av utvärderingsrapporten framgår att bolagets anbudspris är ca 910 000 kr högre än Ahlsells. En ny utvärdering där Ahlsells får belastningspris resulterar därför i att bolagets totala anbudspris blir ca 300 000 kr lägre än Ahlsells, varför bolaget kommer att antas som leverantör.

HBV:s invändningar mot bolagets alternativa produkter vid ny utvärdering

Bolaget anser att HBV:s påstående om likvärdighet för bolagets offererade produkter, ska lämnas utan avseende. För det fall rätten avser att pröva om bolagets offererade produkter är likvärdiga, bestrider bolaget HBV:s påstående.

Beträffande rättelse att bolagets anbudspris ska sänkas

Det är i och för sig korrekt att HBV inte har en skyldighet att rätta uppenbara fel i ett anbud. Bolaget gör gällande att bolagets anbudspris vid ny utvärdering ska sänkas med 584 550 kr. Vissa av de RSK-nummer som HBV angett avser 10-pack, varför bolaget lämnat pris på 10-pack. Ahlsell har lämnat pris per styck. Vid utvärderingen har bolagets pris för 10-pack jämförts med Ahlsells priser per styck utan att ta hänsyn till hur många som priset avser. En direkt jämförelse ger därmed inget rättvisande resultat. Det gäller två produkter i Bilaga 7b; positionerna 581 (med RSK-nummer 8242347, produktnamn STRÅLSAM RCM BASIC M24) och 591 (med RSK-nummer 8242330, produktnamn KULLED RCM M22XM22). För en tredje position har HBV redan korrigerat på begäran från bolaget. De två ovan nämnda positionerna återstår fortfarande. Det är anmärkningsvärt att HBV valt att justera en av tre positioner där

omständigheterna är identiska. För det fall att rätten anser att pris skulle lämnas per styck, är det ett uppenbart fel som kan korrigeras utan att bolagets anbud ändras i sak. Den valfrihet som HBV har gällande att rätta uppenbara fel innebär inte att HBV kan välja vilka fel som ska rättas och vilka som inte ska rättas, samt i vilka anbud det ska göras. För det fall HBV väljer att rätta uppenbara fel ska det ske genomgående. Eftersom HBV valt att endast justera en position istället för samtliga tre har det inte skett på ett transparent sätt. Med anledning av det anförda har HBV brutit mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att välja vilka pris för 10-pack som skulle rättas och vilka som inte skulle rättas. Att det är ett uppenbart fel framgår redan av den omständigheten att HBV upptäckt det. Vidare får det anses vara uppenbart att ett pris som är 10 gånger (1 000%) högre än marknadspris är ett uppenbart fel. HBV har full klarhet i vad marknadspriset är för de aktuella artiklarna. HBV har ännu inte justerat bolagets anbudspris enligt ovan. Bolagets totala anbudspris blir lägre om bolagets priser för 10-pack justeras i enlighet med vad bolaget redogjort för, vilket kan leda till att bolaget, trots att bolaget under någon position skulle få belastningspris, kan bli vinnande leverantör. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada.

HBV anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Bolaget har inte visat att HBV brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de unionsrättsliga principerna. Utvärderingen har skett helt enligt förfrågningsunderlaget och i vart fall har bolaget inte lidit skada av eventuella brister eftersom en ny utvärdering i enlighet med vad bolaget yrkar inte skulle innebära att bolaget placerar sig på högre plats i rangordningen.

I första hand gör HBV gällande att samtliga ifrågasatta produkter både från bolaget och Ahlsell är att anse som likvärdiga de efterfrågade produkterna i

enlighet med den bedömning som gjorts i utvärderingen för tilldelningsbeslutet. I andra hand gör HBV gällande att en striktare bedömning av likvärdiga produkter i enlighet med vad bolaget anför, inte skulle förändra rangordningen – varför bolaget inte lidit eller riskerar att lida skada.

HBV:s invändningar mot bolagets alternativa produkter vid ny utvärdering

Den ursprungliga utvärderingen är korrekt. HBV har bedömt samtliga i målet ifrågasatta alternativa produkter som likvärdiga eftersom det inte framkommit något som visar att aktuella produkter inte skulle fylla samma funktion som efterfrågad produkt. Emellertid är det för frågan om bolaget har lidit eller riskerat lida skada av en eventuell brist i utvärderingen av Ahlsells alternativa produkter relevant att undersöka huruvida bolagets anbud vid en rättad utvärdering i enlighet med bolagets yrkande skulle placerat sig högre i rangordning. Vid en ny utvärdering skulle bolaget påföras belastningspris för ett antal positioner. Vid en ny utvärdering skulle således fortfarande Ahlsells totala anbudspris fortfarande vara det lägsta och vid denna utgång har bolaget således inte lidit skada av de anförda bristerna i utvärderingen av likvärdiga produkter. En ny utvärdering skulle således ge samma resultat som den ursprungliga utvärderingen.

Ska-krav beträffande likvärdiga produkter och belastningspris

Påståendet att HBV skulle ha bytt ut produkter i utvärderingen saknar helt grund då HBV inte har gjort något utbyte av produkter i utvärderingen. HBV har i utvärderingen funnit att Ahlsell har offererat likvärdiga produkter för aktuella positioner eftersom offererade produkter fyller samma funktion som efterfrågad produkt. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika i detta avseende. Den ursprungliga utvärderingen är korrekt. Utvärderingen omfattar ca. 850 st. produktpositioner, varav många

offererats som alternativa produkter. Enligt HBV vore det varken ändamålsenligt eller effektivt att tillämpa en alltför strikt och noggrann bedömning av huruvida var och en av produkterna är likvärdiga så länge funktionen framstår vara densamma. Det finns heller inte anledning att göra en långtgående kontroll när det inte framkommit några särskilda omständigheter som ger anledning att ifrågasätta om en offererad alternativ produkt skulle vara likvärdig efterfrågad produkt.

Av punkten "D. Särskilda tekniska krav" i Bilaga 3 Föreskrifter – Rörmaterial, framgår att det vid bedömningen av "likvärdig" produkt generellt gäller att alternativ produkt ska uppfylla motsvarande funktionskrav som efterfrågad produkt har enligt RSK-databasen. Vid sökning i RSK-databasen framgår diverse olika fakta om produkten exempelvis tillverkare/leverantör, dimension, längd på rör, förpackningsstorlek och om rör är förkromade. Som "övrig information" anges även vilken typ av förkromningsprocess som använts vid tillverkningen. Härvid vill HBV poängtera att de brister bolaget gör gällande avseende Ahlsells offererade alternativa produkter hänförs till "övrig information" i RSK-databasen. Bedömningen av om en alternativ produkt är likvärdig tar sikte på själva produktens funktion. Skillnaden mellan 3-värt respektive 6-värt krom utgörs av tillverkningsprocessen. Positionerna 45-47 avser förkromade kopparrör som består av ett kopparrör med en yttre beläggning av först nickel sedan krom. Kromet på röret är metalliskt, dvs. nollvärt krom Cr(0). Vid tillverkningen av dessa rör passerar kopparrören ett bad med kromsyra normalt bestående av 3-värt krom Cr(III) eller 6-värt krom Cr(VI). Oberoende av vilken kromsyra som använts är det en metallisk krom som bildar beläggning på rören. Slutprodukten är alltså identisk, dvs. samtliga metalliska krombeläggningar, oavsett om de förkromats med 3-värt eller 6-värt krom, är 0-värt krom. Det finns dock inga rester av 6-värt krom i slutproduktens krombeläggning. De påstådda hälsorisker som bolaget anför framstår

varken som vederlagda eller väsentliga, eftersom inget försäljningsförbud finns. Enligt uppgifter från såväl bolaget som Ahlsell, utgår dessutom förkromningsprocessen alltid från 6-värt krom som sedan, vid förkromning med 3-värt krom, reduceras till 3-värt krom. Således används 6-värt krom som grundråvara även vid förkromningsprocessen för 3-värt krom. Vidare har produkter förkromade med 6-värt krom bättre färgbeständighet jämfört med produkter förkromade med 3-värt krom, eftersom produkter med 3-värt krom med tiden mörknar. Produkter med förkromad yta utgör i sig ingen miljö- eller hälsorisk. Fråga om 3-värt krom eller 6-värt krom medför alltså ingen skillnad på produktens funktion och därmed kan inte produkter anses icke likvärdiga med mindre än att något särskilt föreskrivits i förfrågningsunderlaget avseende tillverkningsprocessen. På samma sätt som vid tillverkningsprocessen för förkromade produkter kan det finnas många andra efterfrågade produkter där tillverkningsprocessen skiljer sig i liknande avseenden men där produktens funktion är den samma.

Beträffande särskilda miljökrav är det ostridigt att det av punkten ”C. Särskilda miljökrav” i Föreskrifterna, framgår att antagen leverantör vid beställning och om inte annat anges ska leverera förkromade kopparrör med 3-värt krom. Kravet tar således sikte på tidpunkten när en beställning görs, dvs. vid ett avrop, och utgör därmed ett så kallat tillkommande kontraktsvillkor. Det aktuella miljökravet tar varken sikte på utvärderingen av produkter i ramavtalsupphandlingen eller någon annan tidpunkt än den när avrop görs, varför det inte behöver vara uppfyllt förrän vid denna tidpunkt. Vidare krävs för att kravet ska anses vara uppfyllt endast accept av samtliga villkor för ramavtalet, vilka Ahlsell accepterat utan reservationer. Det finns inte utrymme för HBV att inte godkänna Ahlsells offererade produkter i utvärderingen utifrån ett tillkommande kontraktsvillkor eftersom villkoret accepterats av Ahlsell och då villkoret inte aktualiseras förrän en faktisk beställning gjorts.

Beträffande rättelse att bolagets anbudspris ska sänkas

Enligt instruktion för Bilaga 7b (Bilaga 7 Föreskrifter till bilaga 7b) ska pris anges per styck; "Enhet per m för rör och per st för övrigt om inte annat framgår av benämning". I kolumnen benämning för position 581 (med RSK-nummer 8242347, produktnamn STRÅLSAM RCM BASIC M24) respektive 591 (med RSK-nummer 8242330, produktnamn KULLED RCM M22XM22), finns inget som anger något annat än att pris ska lämnas per styck. Bolagets påstående att aktuella RSK-nummer skulle avse 10-pack är således direkt felaktigt. RSK-databasen anger tydligt att aktuella RSK-nummer avser en (1) st. För att angivet pris i bolagets anbud ska anses vara en uppenbar felskrivning i den mening som avses i 9 kap. 8 § LOU, torde krävas av varje tänkbar mottagare att anbudet stått fullkomligt klart både att det varit fråga om en felskrivning som inte överensstämmer med vad anbudsgivaren egentligen velat uttrycka och vad som varit fel. Att angivet pris skulle ha varit en uppenbar felskrivning faller redan på den grunden att HBV inte vid utvärdering uppmärksammat det som en sådan. Vidare har HBV ingen skyldighet att tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på (se RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53). Oaktat vad sökanden yrkat beslutar rätten då, med utgångspunkt i vad som är det mest ändamålsenliga i varje enskilt fall, om upphandlingen ska göras om eller rättas (se RÅ 2005 ref. 47).

När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den en stor frihet. Det är inte domstolarnas uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten lyckats upphandla den bästa och mest funktionella lösningen. Så länge de krav som ställs på föremålet för upphandlingen inte framstår som godtyckliga eller osakliga och inte heller strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller unionsrätten ska de godtas (RÅ 2010 ref. 78). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som ska förvärva de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen.

Av 6 kap. 2, 3, 5 och 6 §§ LOU framgår bl.a. följande. Upphandlande myndighet kan ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. Om upphandlande myndighet väljer att ange prestanda- eller funktionskrav får den inte förkasta ett anbud om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med standarder på området.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Om undantagssituation enligt 6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivsbestämmelse föreligger och tillägg "eller likvärdigt" gjorts, kan det vidare enligt Kammarrätten i Jönköping (dom den 4 augusti 2011, mål nr 1903–1913-11) inte med stöd av transparensprincipen krävas att upphandlande myndighet fullständigt redogör för hur likvärdighetsbedömningen avses gå till, eftersom den särskilda regleringen i 6 kap. 4 § LOU då inte skulle fylla något syfte.

När upphandlande myndighet anger en specifik produkt som referensprodukt måste leverantöreran kunna räkna med att produktens funktion utgör måttstock för bedömning av likvärdig produkt (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 20 juni 2012, mål nr 437–446-12 och Kammarrättens i Sundsvall dom den 14 januari 2013, mål nr 2685–2687-12).

Av proportionalitetsprincipen följer att en teknisk funktion måste accepteras vid likvärdighetsbedömningen om den endast avviker på ett sätt som inte är relevant i sammanhanget (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, 2011, s. 246).

Det är den upphandlande myndigheten som i första hand har att bedöma om leverantören på ett tillfredsställande sätt visat att lösningarna på ett

likvärdigt sätt uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna (prop. 2006/07:128 sid. 346).

Av 9 kap. 8 LOU framgår följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövningen i förvaltningsrätten tar sikte på om den upphandlande myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som uppställs i LOU och inom gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling. Förvaltningsrätten gör inte någon förnyad prövning av anbudet eller utvärderingen, utan rätten gör en kontroll av den upphandlande myndighetens agerande i förhållande till uppställda krav.

HBV:s invändningar mot bolagets alternativa produkter vid ny utvärdering

Förvaltningsrätten konstaterar att HBV till förvaltningsrätten invänt att bolaget vid ny utvärdering inte kan anses ha lidit skada eftersom bolaget inte heller uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och därmed kommer att påföras belastningspriser för ett antal positioner. Dock har HBV i den ursprungliga utvärderingen bedömt att samtliga i målet ifrågasatta alternativa produkter varit likvärdiga och därför godkänt bolagets offererade produkter.

Förvaltningsrätten konstaterar att HBV:s invändning mot bolagets anbud tillkommit under pågående överprövningsprocess. En sådan invändning kan enligt förvaltningsrättens mening inte prövas inom ramen för ett mål där det är leverantören i fråga som begärt överprövning av ett tilldelningsbeslut. Huruvida bolagets anbud uppfyller samtliga ska-krav eller inte är således inte föremål för prövning i målet. (se Kammarrättens i Stockholm dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10 och Kammarrättens i Göteborg domar den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 och den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Vad HBV anfört i dessa delar ska därför lämnas utan avseende.

Förvaltningsrätten kommer följaktligen endast att pröva de frågor som bolaget tagit upp i sin ansökan.

Ska-krav beträffande likvärdiga produkter och belastningspris

Av förfrågningsunderlaget under punkten. 5.2 Dold varukorg (rabattbrevskorg) framgår bl.a. följande. För anbudsgivare som inte har någon vara som uppfyller kraven sätts ett belastningspris på varan motsvarande HBV:s pris giltigt 2015-01-01 med nuvarande leverantör med rangordning ett + 20%.

Av föreskrifterna (bilaga 3 till förfrågningsunderlaget) framgår följande.

Av punkten "C. Särskilda miljökrav" framgår bl.a. att antagen leverantör vid beställning och om inte annat anges ska leverera förkromade kopparrör med 3-värt krom.

Av punkten "D. Särskilda tekniska krav" framgår bl.a. att generellt så gäller att "likvärdig" produkt ska uppfylla motsvarande funktionskrav som efterfrågan RSK-Nr har.

Av instruktionerna till varukorg (bilaga 6 till förfrågningsunderlaget) framgår bl.a. följande. Alternativa produkter får offereras. Men anbudsgivaren ska bifoga produktblad för varje enskild s.k. ”likvärdig produkt” som offereras istället för efterfrågad produkt. Alternativ produkt måste vara likvärdig efterfrågad produkt. Om alternativ produkt har offererats och denna ej når upp till likvärdighet eller att produktdata ej översänds enligt tid ovan så används istället produktens belastningspris vid utvärdering.

Av Föreskrift för anbudsgivning och utvärdering (bilaga 7 till förfrågningsunderlaget) framgår bl.a. följande. För likvärdig vara ska dess RSK-Nr anges och kalkylrad i excel ska gulmarkeras.

Förvaltningsrätten konstaterar att HBV i bilaga 6 för varukorgens positioner 45-47 har angett vissa RSK-nummer. För position 45 har HBV angett RSK-nummer 8564158, för position 46 har HBV angett RSK-nummer 8564162 och för position 47 har HBV angett RSK-nummer 8564165. Vid en sökning i RSK-databasen framgår under ”Övrig info” att dessa förkromade kopparrör har 3-värt krom.

Av utredningen framgår att Ahlsell för positionen 45 hänvisat till RSK-nummer 85643040 (10 halvhårda kopparrör FKR 1=2000), för position 46 hänvisat till RSK-nummer 8564669 (12 halvhårda kopparrör FKR 1=2750) och för position 47 hänvisat till RSK-nummer 8564670 (15 halvhårda kopparrör FKR 1=2750).

Härvid finner förvaltningsrätten att det är utrett att Ahlsell i positionerna 45-47 inte offererat produkter med de tekniska specifikationer som HBV angett i förfrågningsunderlaget, dvs. förkromade kopparrör med 3-värt krom.

Frågan är då om produkterna i positionerna 45-47 som Ahlsell offererat är likvärdiga och om så inte är fallet, vad konsekvensen av detta ska bli. Bedömningen av om de av Ahlsell offererade produkterna i positionerna 45-47, kan anses likvärdiga måste enligt förvaltningsrättens mening ske utifrån de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget.

HBV gör bl.a. gällande att Ahlsell har offererat likvärdiga produkter för aktuella positioner eftersom offererade produkter fyller samma *funktion* som efterfrågad produkt, varför HBV inte påfört Ahlsell belastningspriser för dessa positioner. Skillnaden mellan 3-värt respektive 6-värt krom utgörs av tillverkningsprocessen. 3-värt kroms kopparrör eller 6-värt kroms kopparrör medför alltså ingen skillnad på produktens funktion och därmed kan inte produkter anses icke likvärdiga med mindre än att något särskilt föreskrivits i förfrågningsunderlaget avseende tillverkningsprocessen.

Bolaget gör bl.a. gällande att de produkter som Ahlsell offererat på positionerna 45-47 inte är likvärdiga. Ahlsell har för positionerna 45-47 offererat kopparrör med 6-värt krom. Det är en avsevärd skillnad mellan 3-värt krom respektive 6-värt krom. 6-värt krom är sämre för miljön och medför hälsorisker som kan vara livshotande. Med anledning av detta skulle det stå i direkt strid med ett obligatoriskt ska-krav att godta Ahlsells kopparrör. HBV skulle istället påföra Ahlsell belastningspris för dessa positioner i enlighet med förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet är normalt inte är skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de ska-krav som ställts på det upphandlande föremålet är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 15 juli 2011, mål nr

6417-6422- 10 och Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juni 2011, mål nr 981-11). En misstanke om eller ett påpekande från annan anbudsgivare att ett anbud inte uppfyller ett givet obligatoriskt krav kan dock medföra att det finns skäl för myndigheten att kontrollera uppgiften i fråga (jfr bl.a. Kammarrättens i Göteborg avgöranden i mål nr 4909-09 respektive mål nr 3688-14).

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av hur ska-kraven är utformade och hur Ahlsell offererat för de aktuella positionerna att det gett upphov till viss tveksamhet i fråga om Ahlsell uppfyllde ska-kraven eller inte och att HBV således har haft en sådan kontrollskyldighet såsom bolaget gör gällande.

Vidare bedömer förvaltningsrätten att HBV:s hänvisning till RSK-nummer och förkromade kopparrör med 3-värt krom, även med beaktande av att informationen om 3-värt krom står angiven under "Övrig info" i RSK-databasen, utgör en sådan teknisk specifikation som hänvisar till en standard som avses i 6 kap. 2 § LOU. Vid sådant förhållande är det enligt 6 kap. 5 LOU Ahlsell som vid tidpunkten för anbudens ingivande har att visa att de av dem offererade rören är likvärdiga med de rör som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Ett lämpligt sätt att visa likvärdighet kan enligt artikel 23 punkten 4 i direktiv 2004/18/EG vara tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 28 januari 2013, mål nr 2263-12). Vidare följer det av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget (bilaga 6), att anbudsgivaren ska bifoga produktblad för varje enskild s.k. "likvärdig produkt" som offereras istället för efterfrågad produkt samt om produktdata ej översänds istället använda produktens belastningspris vid utvärdering. Av utredningen i målet framgår emellertid att Ahlsell i sitt anbud endast i Bilaga 6 varukorg, hänvisat till andra RSK-nummer för att visa att deras offererade produkter var likvärdiga med de efterfrågade

produkterna. Det finns följaktligen ingen annan utredning, såsom produktblad eller produktdata till stöd för likvärdighet.

Därtill ska beaktas att miljöegenskaper enligt 6 kap. 3 § LOU omfattas av begreppen prestanda och funktion. Således har miljöegenskaperna, såsom bolaget åberopat, betydelse för de offererade kopparrörens funktion och i enlighet med HBV:s ska-krav under punkten "C. Särskilda miljökrav", ska antagen leverantör vid beställning och om inte annat anges leverera förkromade kopparör med 3-värt krom.

Bolaget har till stöd för att förkromade kopparrör med 6-värt krom inte är likvärdiga förkromade kopparrör med 3-värt krom från miljösynpunkt, åberopat dels en rapport benämnd "Argumenten för Cr (III) – mot Cr (VI) – baserade omvandlingsskikt", framtagen av det tyska företaget SurTec, dels en rapport framtagen av Arbetsmiljöverket benämnd "Konsekvensbeskrivning till föreskrifterna om Hygieniska gränsvärden och åtgärder mot luftföroreningar (AFS 2005:17).

Mot bakgrund av vad förvaltningsrätten ovan konstaterat och med beaktande av den utredning som bolaget presenterat, anser rätten att de kopparrör som Ahlsell har offererat inte utgör likvärdiga produkter för aktuella positioner eftersom offererade produkter inte fyller samma funktion som efterfrågad produkt. Vad HBV anför om tillverkningsprocess föranleder ingen annan bedömning eftersom de av Ahlsell offererade produkterna inte uppfyller samma funktion med avseende på miljömässiga förhållanden i enlighet med ska-kravet. Ahlsell har således i sitt anbud, inte visat att de kopparrör som de offererat, vid tidpunkten för anbudens ingivande, skulle vara likvärdiga med efterfrågade produkter när det gäller tekniska egenskaper och funktion. Således kan denna tekniska funktion inte anses vara irrelevant i sammanhanget. Härigenom har Ahlsell inte uppfyllt ska-kravet om likvärdiga produkter.

Huvudprincipen är att om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget ska ska-kraven vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudsingivandet (jfr dom av Kammarrätten i Göteborg den 5 april 2012, mål 26-12). Frågan om när ett ska-krav ska vara uppfyllt bör i första hand besvaras med utgångspunkt i vad som kan utläsas ur förfrågningsunderlaget.

HBV invänder att kravet under punkten ”C. Särskilda miljökrav”, tar sikte på tidpunkten när en beställning görs, dvs. vid ett avrop, och utgör därmed ett så kallat tillkommande kontraktsvillkor. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av att HBV:s krav på likvärdighet skulle vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudens ingivande och att det är de produkterna som ska ligga till grund för utvärdering och kommande avrop, att ska-kravet måste vara uppfyllt vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet. Särskilda villkor i den mening som avses i 6 kap. 13 § LOU, är villkor som får betydelse i upphandlingen men som inte utgör tekniska specifikationer, d.v.s. kvalificeringskrav för leverantörer. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det förevarande kravet utgör en sådan teknisk specifikation som hänvisar till en standard som avses i 6 kap. 2 § LOU, varför det således inte kan anses utgöra ett särskilt villkor såsom HBV gör gällande.

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten konstaterat att Ahlsell inte uppfyllt ska-kravet om likvärdig produkt och att detta ska-krav skulle vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets ingivande, finner förvaltningsrätten att detta inte är förenligt med bestämmelsen i 6 kap. 5 § LOU och därmed inte förenligt med principen om likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU, varför Ahlsell rätteligen ska påföras belastningspriser för positionerna 45-47.

Beträffande rättelse att bolagets anbudspris ska sänkas

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att rätten inom ramen för LOU-mål inte kan förordna om en rättsföljd, utan rätten kan endast ingripa genom åtgärder såsom att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Det följer ingen skyldighet av 9 kap. 8 § LOU för upphandlande myndighet att låta en anbudsgivare rätta, förtydliga eller komplettera anbudet.

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. För det fall en anbudsgivare ges en sådan möjlighet torde det innebära att den upphandlande myndigheten i normalfallet är skyldig att också beakta den rättade uppgiften vid anbudsutvärderingen. För att ett sådant förfarande inte ska stå i strid med likabehandlingsprincipen är det emellertid av avgörande betydelse att rättelse sker på ett sådant sätt att det inte kan misstänkas att en viss anbudsgivare getts möjlighet att tillföra sitt anbud nya uppgifter eller undanröja vad som egentligen utgör en missuppfattning av förfrågningsunderlaget. Det anförda talar med styrka för en restriktiv tolkning av möjligheterna till rättelse. I ordet *uppenbar* bör därför ligga inte endast att felet bedöms vara av sådan karaktär att det för var och en framstår som uppenbart utan även att felet inte är av något mera kvalificerat slag eller beror på missförstånd av anbudsgivaren. Det bör därför utan större svårigheter kunna förstås vad som rätteligen skulle ha angivits (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 28 februari 2012, mål nr 3234-11).

Av Kammarrättens i Sundsvall dom den 10 september 2010, mål nr 1608-10 framgår bl.a. följande. Angående möjligheten att ändra ett fattat tilldelningsbeslut uttalade Nämnden för offentlig upphandling (NOU) bl.a.

följande i yttrande den 9 december 2003 i Kammarrättens i Sundsvall mål 2831-03. "Det finns inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Det torde inte heller finnas något hinder mot att rättelse eller omprövning sker med anledning av att en anbudsgivare uppmanat den upphandlande enheten att vidta rättelse eller omprövning. Om en leverantör i samband med en sådan uppmaning inkommer med uppgifter utöver vad som tidigare lämnats i anbudet eller en komplettering som sker i enlighet med 1 kap. 21 § 2 st. LOU, får den upphandlande enheten dock inte beakta dessa uppgifter vid rättelsen eller omprövningen." NOU:s uppfattning att något formellt hinder mot att ompröva ett tilldelningsbeslut inte synes finnas har senare delats av Kammarrättens i Sundsvall avgörande den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06.

Av Föreskrift för anbudsgivning och utvärdering (bilaga 7 till förfrågningsunderlaget) framgår bl.a. följande. Enhet är per m för rör och per st för övrigt om inte annat framgår av benämning.

Av utdrag från RSK-databasen framgår bl.a. följande. För position 581 (med RSK-nummer 8242347, produktnamn STRÅLSAM RCM BASIC M24) framgår att förpackningstyp avser en (1) och leveransenhet avser enhet per styck. För position 591 (med RSK-nummer 8242330, produktnamn KULLED RCM M22XM22) framgår att förpackningstyp avser en (1) och leveransenhet avser enhet per styck.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i sina yttranden till förvaltningsrätten uppgett först att det är positionerna 581 och 591 som bolaget gör gällande ska rättas. Sedan har bolaget korrigerat detta till att avse positionerna 591 och 579. Det är ostridigt i målet att HBV vidtagit rättelse avseende en position efter begäran av bolaget och utifrån

utredningen som kommunicerats med parterna i målet, konstaterar förvaltningsrätten att HBV vidtagit rättelse av position 579, varför förvaltningsrätten har att pröva om det finns grund för att HVB ska rätta positionerna 581 och 591.

Förvaltningsrätten finner att det i målet är utrett och ostridigt att bolaget offererat pris per 10-pack i anbudet beträffande positionerna 581 och 591, och att detta avvek från Ahlsells anbud beträffande dessa positioner då Ahlsell angett pris per styck. Således har bolaget angett pris på annan förpackningstyp och enhet, än det som efterfrågades för de aktuella positionerna, dvs. pris per styck i enlighet med bilaga 7 till förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner inte att bolagets ursprungliga anbud innehöll en sådan *uppenbar* felräkning eller felskrivning som motiverar justering av prissättning av de två positionerna. För det fall den inhämtade uppgiften innebär att anbudet ändras genom att exempelvis ersätta en tidigare uppgift i stället för att konkretisera denna, är det emellertid fråga om en otillåten komplettering (se bl.a. Generaladvokatens förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94). Det står därmed klart att det inte rör sig om ett sådant fel i lämnat anbud som kan rättas med stöd av 9 kap. 8 § första stycket LOU efter att anbudstiden har gått ut. Inte heller rör det sig om ett förtydligande eller en komplettering som kan göras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten finner inte heller att bolaget visat att HBV brutit mot transparensprincipen genom att ha tillåtit rättelse för den position som bolaget begärt rättelse för. Således har HBV varken brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller förfarit i strid med 9 kap. 8 § LOU i detta avseende.

Lidit eller riskerar att lida skada

Bolaget som placerat sig på andra plats i utvärderingen får härigenom anses ha lidit skada av de brister som konstaterats avseende ska-krav om likvärdiga produkter och belastningspriser och det finns därför skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU.

Felet i upphandlingen är av sådant slag att rättelse är tillräckligt då felet inte har uppstått under det konkurrensuppsökande skedet. En rättelse kan alltså ske genom en ny förutsättningslös utvärdering av anbudet.

Bolagets ansökan ska därför delvis bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att HBV vidtar en ny prövning av anbudet i enlighet med vad som framgår av skälen i denna dom.

Med hänsyn till utgången i målet kan de uppgifter som bolagets yrkande om editionsföreläggande avser inte anses ha betydelse som bevis för att bolaget lämnat det mest fördelaktiga anbudet för det fall Ahlsells offererade kopparrör på positionerna 45-47 får belastningspris, istället för offererade priser. Således ska yrkandet om att förvaltningsrätten förelägger HBV att omgående överlämna Ahlsells bilaga 6 i den del den avser positionerna 45-47 avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilagan till avgörandet (DV 3109/1A LOU).

Allan Johansson

f.d. rådman

Charlotte Klasson har föredragit målet.



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 nå 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.