



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-02-12
Meddelad i Linköping

Mål nr
8997-17

SÖKANDE

Norbio AB, 556846-8762
Mjåvannsvegen 118
4628 Kristiansand
Norge

Ombud: Ellinor Nilsson Löfving
Advokatfirman ACTA HB
Hamngatan 11
302 43 Halmstad

MOTPART

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB, 556935-7501
631 86 Eskilstuna

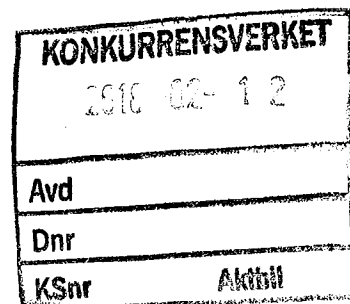
Ombud: Sara Devia
Kungsgatan 86
631 86 Eskilstuna

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett i form av att en ny anbudsutvärdering företas där till Norbio AB:s anbud bifogad folder inte beaktas.



Dok.Id 316036

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB (Beställaren) genomför en upphandling av ramavtal avseende *Flishantering – Kjula Terminal UH 17-34* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LUF och tilldelning kommer att ske till den anbudsgivaren som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Beställaren har den 7 december 2017 meddelat tilldelningsbeslut, av vilket framgår att Norbio AB (Bolaget) inte tilldelats kontrakt.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske genom att Bolaget tilldelas kontrakt och i andra hand att Upphandlingen ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av upphandlingsprotokollet framgår att Bolagets anbud förkastats på grund av att Beställaren inte ansett att samtliga obligatoriska krav avseende "trumhugg som tar bränsleved, *alla vedslag*, om 70 cm i diameter" varit uppfyllda. Av Bolagets anbud framgår dock att Bolaget har accepterat att ställda krav enligt punkten *1.5.1* uppfylls. I upphandlingsdokumentet har anbudsgivarna endast haft att bekräfta att det obligatoriska kravet i *1.5.1* är uppfyllt. Om det i upphandlingsdokumentet anges att det är tillräckligt att en anbudsgivare bekräftar att ett obligatoriskt krav är uppfyllt har den upphandlande enheten i regel rätt att förlita sig på att uppgiften är korrekt (se Kammarrättens i Göteborgs dom i mål nr 6417–6422-10).

Beställaren har vidare handlat i strid mot principerna om likabehandling och öppenhet då man efter det att anbudstiden gått ut, i tilldelningsbeslutet modifierat det obligatoriska kravet i punkten 1.5.1 till att avse "...en maskin med trumhugg som tar bränsleved, alla vedslag, om 70 cm i diameter...". Detta är en förutsättning som inte framgått av upphandlingsdokumentet som annonserats och som således inte varit tydligt för samtliga anbudsgivare när de offererat sina maskiner.

Bolaget drar slutsatsen att ovanstående "obligatoriska" krav tillkommit efter att Beställaren läst Bolagets informationsblad som insänts tillsammans med anbudet. I informationsbladet/foldern är anmärkt att hardwood ger performance 60 cm och softwood performance 80 cm i diameter. Av samma informationsblad framgår också följande:

Application

- *shrubs and standing timber up to approx, 800 mm diameter*
- *ideal machine for long, thick standing timber*
- *flexible working on both sides*
- *chipping in continuous operation*
- *deployment with different towing vehicles*
- *large deployment radius*

Av denna text framgår tydligt att det obligatoriska kravet om att trumhuggen ska ta bränsleved om 70 centimeter är uppfyllt med god marginal.

Bolaget har i sitt anbud bekräftat att det obligatoriska kravet är uppfyllt och detta framgår även av bifogad folder. Om Beställaren ändå betvivlat att ställda obligatoriska krav verkligen var uppfyllda hade man kunnat ställa en kompletterande fråga, eller begärt in bevis för att kravet var uppfyllt (se Kamrarrättens i Göteborgs dom i mål nr 661-13). Beställa-

ren har brutit mot proportionalitetsprincipen när Bolagets anbud förkastades utan att möjligheten att ställa en kompletterande fråga utnyttjats.

Beställaren har istället lagt ovan nämnd folder till grund för att förkasta Bolagets anbud. Foldern har dock inte efterfrågats i upphandlingsdokumentet utan har bifogats till anbudet endast som en illustration av hur maskinen skulle kunna komma att se ut. Foldern har bifogats anbudet som en generell bild av maskinen utan den särskilda extrautrustning som har efterfrågats av Beställaren under punkt 1.5.1. Av punkten 1.3.10 i upphandlingsdokumentet framgår att andra handlingar än de som efterfrågats i upphandlingsdokumentet och som anbudsgivaren bifogat till anbudet inte beaktas. Foldern ska enligt punkten 1.3.10 således inte beaktas av Beställaren då den varken efterfrågats eller angivits inom ramen för upphandlingsdokumentens systematik. Att lägga denna folder till grund för att förkasta Bolagets anbud, trots att man i upphandlingsdokumentet tydligt angett att man inte kommer att beakta den, är i strid mot principen om transparens och förutsebarhet.

Offererad maskin uppfyller, vare sig det handlar om endast bränsleved eller alla vedslag, samtliga obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumentet. Beställaren har således förkastat Bolagets anbud trots att det uppfyllt samtliga obligatoriska krav i Upphandlingen. Detta står i strid med principerna om likabehandling och öppenhet som framgår av LUF. Av utvärderingsrapporten framgår vidare att bolagets pris är lägre än vinnande leverantörs. För det fall Bolagets anbud inte förkastats skulle Bolaget därmed ha tilldelats kontraktet i Upphandlingen. Bolaget har således lidit skada till följd av Beställarens agerande.

Beställaren

När man inom branschen talar om bränsleved så anses begreppet innefatta alla vedslag. Det finns dock en viktig distinktion, nämligen den mellan hardwood (lövträd) och softwood (barrträd). Hardwood har mycket högre energiinnehåll än softwood vilket innebär att ju större andel hardwood som bränsleveden innehåller, desto mer värme kan utvinnas i processen.

Beställaren uppfattar att Bolaget gör gällande att tillägget ”alla vedslag” efter begreppet ”bränsleved” i utvärderingsrapporten och tilldelningsbeslutet ska ses som en utökning och ändring när det gäller de obligatoriska kraven. Att begreppet bränsleved inom branschen innefattar alla vedslag kan dock lätt verifieras vid en genomgång av såväl branschdokumentation som branschpraxis. Beställaren har heller aldrig haft för avsikt att upphandla något annat än bränsleved som innefattar alla vedslag eftersom det är det som marknaden har att erbjuda. Tillägget ”alla vedslag” gjordes endast i syfte att förtydliga eftersom Bolagets anbud brast i det avseendet. Detta torde även stått helt klart för Bolaget då dess anbud innehöll en bilaga med ett produktblad med särskild specifikation avseende de olika vedslagen hardwood och softwood, dvs. alla vedslag som avses då man talar om *bränsleved*. Mot bakgrund av detta är det därför Beställarens uppfattning att det för samtliga anbudsgivare, inklusive Bolaget, inte kunnat råda något som helst tvivel om föremålet för Upphandlingen.

Det framgår klart och tydligt under punkten *1.7.1 "Steg 1- Kvalificering* i upphandlingsdokumentet att en granskning av anbuderna kommer att göras för att säkerställa att anbudsgivaren och anbuderna uppfyller de krav som ställts i upphandlingsdokumentet. Beställaren har alltså uttryckligen angett att man kommer att granska anbuderna för att säkerställa uppgifter. Bolaget har dessutom bilagt ett produktblad där det framgår att den aktuella maskinen inte hanterar hardwood upp till 70 cm i diameter utan endast upp till

60 cm i diameter. Att Bolaget här valt att hänvisa till den mer allmänt utformade reklamtexten för maskinen där det under rubriken "Application" anges att maskinen hanterar "Shrubs and standing timber up to approx. 800 mm" saknar relevans dels då citerad uppgift hänvisar till ungefärliga mått, dels då produktbladet i övrigt tillhandahåller mer specifika detaljer och uppgifter som är av yttersta vikt för Beställaren med hänvisning till vad som redogjorts för ovan om att det är just hardwood som har högst energiinnehåll.

Beställaren bestrider att man haft någon skyldighet att begära in ytterligare uppgifter och förtydliganden från Bolaget i denna del då Bolaget redan redovisat de efterfrågade uppgifterna i anbudet och Beställaren inte haft någon anledning att ifrågasätta denna detaljerade och specifika information. Bolaget har inte heller påstått att det skulle röra sig om ett uppenbart skrivfel. Tvärtom får en begäran om förtydligande eller komplettering framställas endast om det kan ske utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

Sammanfattningsvis bestrider Beställaren att man skulle ha brutit mot reglerna i LUF eller i övrigt mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det föreligger heller ingen brist hänförlig till bedömningen av Bolagets anbud. Av de anbud som kvalificerats antogs efter utvärdering det mest fördelaktiga anbudet. Bolagets anbud kvalificerades inte och Bolaget kan därmed inte anses lida eller riskera att lida skada, varför skäl för ingripande i Upphandlingen saknas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter 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 20 kap. 6 § första stycket LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har till stöd för sin ansökan bl.a. anfört att Beställaren lagt en till Bolagets anbud bifogad folder till grund för förkastandet av dess anbud på ett sätt som inte stämmer överens med förutsättningarna i upphandlingsdokumentet. I punkten 1.3.10 i upphandlingsdokumentet anges följande.

Anbud får inte innehålla reservationer, alla krav ska accepteras i sin helhet. Andra uppgifter och handlingar än de som uppgivits och/eller efterfrågats i upphandlingsdokumentet och som anbudsgivaren angivit i /bifogat till anbudet beaktas ej. Detsamma gäller för uppgifter som inte angivits inom ramen för upphandlingsdokumentets systematik. Således anges uppgifter alltså i de svarsfält som är kopplade till respektive fråga. Alternativa anbud accepteras ej.

Bolaget har till sitt anbud bifogat en informationsfolder i syfte att ge Beställaren en generell illustration av hur erbjuden maskin skulle kunna komma att se ut. Maskinen i foldern har emellertid inte den extrautrustning som krävts av Beställaren i Upphandlingen.

I punkt 1.5.1 framställs bl.a. följande krav.

*Uppdraget innebär tillhandahållande av maskin med trumhugg som tar bränsleved om 70 centimeter i diameter för sönderdelning till fraktioner om 50*50*50 millimeter.*

Enligt upphandlingsdokumentet ska anbudsgivaren svara ja eller nej på om kravet uppfylls/accepteras. Någon övrig bevisning på kravuppfyllnad ska inte presteras av anbudsgivaren. Bolaget har svarat ja på att kravet accepteras. Beställaren har trots detta förkastat Bolagets anbud grundat på uppgifter om maskinens prestanda som framkommer i den till anbudet bifogade informationsfoldern.

Förvaltningsrätten konstaterar att Beställarens förfarande att förkasta Bolagets anbud till följd av information som återfinns i foldern strider mot förutsättningarna i punkt 1.3.10 i upphandlingsdokumentet. Beställaren har således inte haft stöd i upphandlingsdokumentet för att grunda utvärderingen av Bolagets anbud på den bifogade foldern.

Mot bakgrund av detta konstaterar förvaltningsrätten att Beställaren har frångått upphandlingsdokumentet när man utvärderat Bolagets anbud och därmed har handlat i strid med principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LUF. Denna omständighet kan ändra det inbördes förhållandet mellan Bolaget och vinnande leverantör. Bolaget får därför anses ha lidit eller kunnat komma att kunna lida skada. Skäl föreligger således för ingripande mot Upphandlingen.

Det fel som har begåtts har inte påverkat Upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Mot bakgrund härav och då ett förordnande om rättelse normalt utgör ett mindre ingrepp i upphandlingsprocessen jämfört med ett förordnande omgörande finner förvaltningsrätten att ingripandet i fråga bör vara i form av en rättelse. Rätten beslutar därmed att Upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett i form av att en ny anbudsutvärdering företas där till anbudet bifogad folder inte beaktas.

Vid denna utgång finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Bolaget framställt i sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Lovisa Forsblad
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



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.

