



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2013-03-21
Meddelad i
Växjö

Föredragande: Anna Göransson

Mål nr
156-13 och 201-13

KONKURRENSVERKET	
2013 -03- 2 6	
Avd	
Dnr	
Ksnr	Aktbil

SÖKANDE

Nufilter Scandinavia AB, 556332-4580
Slöjdaregatan 1
393 53 Kalmar

MOTPARTER

1. Kalmar kommun, Upphandlingsenheten, Serviceförvaltningen
Box 611
391 26 Kalmar

2. Landstinget i Kalmar län
Landstingsfastigheter
391 85 Kalmar

Ombud för 1 och 2: Advokaterna Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår begäran om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 67277

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun och Lanstinget i Kalmar län (myndigheterna) genomför en upphandling avseende luftreningsfilter till ventilationsanläggningar. Sista dag för mottagande av anbud var den 16 januari 2013. Tilldelningsbeslut är inte fattat.

Nufilter Scandinavia AB (Nufilter) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, jämväl intermistiskt, att den inte får avslutas innan rättelse har vidtagits av förfrågningsunderlaget.

Nufilter anför i huvudsak följande. Myndigheterna ställer så höga skallkrav att endast den filterleverantör man har idag klarar av dem. Skallkraven är uppenbart konkurrenshämmande när endast en anbudslämnare kan lämna anbud. Nivån och utformningen av ställda skallkrav strider mot proportionalitets- och transparensprincipen. Myndigheterna bryter mot LOU och detta medför skada för Nufilter eftersom samtliga eventuella anbudsgivare förutom nuvarande leverantör blir diskvalificerade såsom myndigheterna formulerat förfrågningsunderlaget. Nufilter har tre synpunkter på förfrågningsunderlaget.

Den första synpunkten är att kravet på Eurovent-certifiering ska tas bort. Kan leverantörerna visa att deras filter är P-märkta och testade enligt EN779 uppfylls de krav som Eurovent har samt även att filtrena klarar ett långtidstest. P-märkningen är ett mycket tuffare skallkrav på produkterna än Eurovent. Eftersom Eurovent är en intresseförening som kostar en hel del pengar att vara medlem i, gynnas de företag som har en starkare ekonomisk grund. Det bör vara upp till varje anbudslämnare själv att avgöra vilken eller vilka branschföreningar man vill delta i, så länge som man opartiskt kan visa kvalitén på produkterna.

Den andra synpunkten är angående kravet att testprotokollen ska vara utförda enligt standarden EN779:2012. Nufilter anser att myndigheterna ska godkänna även protokoll i enlighet EN779:2002 som inte är äldre än tre år och som uppfyller kraven enligt EN779:2012 enligt Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut (SP). Eftersom den nya standarden EN779:2012 infördes under året har det varit stort tryck på SP och Technical Research Center of Finland (VTT) att leverera testprotokoll enligt den nya standarden. På grund av detta har inte alla leverantörer hunnit testa om sina filter. SP och VTT har därför beslutat att protokoll som inte är äldre än tre år och som uppfyller alla krav enligt den nya standarden godkänns för omkvalificering. Kravet på testprotokoll enligt EN779:2012 är konkurrenshämmande.

Den tredje synpunkten är att myndigheterna ska ändra kravet på bifogade opartiska testprotokoll från sex typer av filter till endast filter med 600-650 mm påslängd. Kravet på att bifoga testprotokoll på sex typer av volymfilter är konkurrenshämmande. Inom filterbranschen är det standard att testa filter med påsar som är 600-650 mm långa. Detta görs för att kunderna ska kunna jämföra filter på ett korrekt sätt. I förfrågningsunderlaget anges filter med påslängd 500-540 mm samt 350-380 mm. Kravet att bifoga testprotokoll på dessa längder är orimligt eftersom de normalt inte testas inom filterbranschen. Varje test av filter kostar pengar och om alla myndigheter har olika skall-krav på testprotokoll med olika påslängder skulle detta innebära stora kostnader för branschen. Skulle varje upphandlare själv välja vilket filter just den myndigheten kräver testprotokoll på skulle LOU helt sättas ur spel. Det finns en standard som man bör använda. Dessutom kan man i SPCR 022 läsa om hur P-märkningen även gäller andra filter i samma serie, då dessa har samma ingående material och uppbyggnad.

Myndigheterna anser att Nufilters ansökan ska ogillas och anför bl.a. följande. Myndigheterna har genomfört upphandlingen helt i enlighet med

LOU. De krav som uppställts i upphandlingen står inte i strid med proportionalitets- eller transparensprincipen. Kraven medför inte heller någon otillbörlig konkurrensfördel för myndigheternas nuvarande leverantör av luftfilter.

Angående kravet på Eurovent-certifiering har Nufilter gjort gällande att det står i strid med LOU under påstående om att kravet på Eurovent-certifiering är onödigt och inte fyller någon funktion då leverantörer som uppfyller myndigheternas krav på P-märkning och ingivande av testprotokoll enligt EN779 även uppfyller de kvalitetskrav Eurovent har. Påståendet är felaktigt. Det finns avgörande skillnader mellan P-märkning och Eurovent-certifiering. P-märkningen avser en viss produkt (visst filter) medan Eurovent-certifieringen avser ett företag. Eurovent-certifieringen medför, till skillnad från P-märkningen, en kontroll av samtliga produkt-egenskaper som marknadsförs av en leverantör avseende samtliga filter som leverantören marknadsför. Redan av denna anledning kan konstateras att P-märkning inte är ett med Eurovent-certifiering likvärdigt intyg. Det är i och för sig riktigt att P-märkningen i många avseenden har strängare krav än vad som gäller för Eurovent-certifiering. P-märkningen avser emellertid, till skillnad från Eurovent-certifieringen, endast partikelavskiljning. Även av denna anledning kan konstateras att P-märkning inte är ett med Eurovent-certifiering likvärdigt intyg.

Beträffande kravet på testprotokoll enligt EN779:2012 är det en europeisk standard som är en revidering av den tidigare standarden EN779:2002. En rad förändringar har genomförts enligt den reviderade standarden. Det urladdade värdet för filtreringseffektivitet ska nu uppges i testrapporten. Till skillnad från tidigare är det nu det urladdade värdet, Minimum Efficiency (ME), som bestämmer vilken filterklass ett filter ska tilldelas. Myndigheterna efterfrågar ett antal filter i vissa bestämda filterklasser. Filter som inte uppfyller ME-kraven enligt den reviderade standarden förlorar sin tidigare

effektivitetsklassificering och flyttas automatiskt ned en eller flera filterklasser. Genom genomförandet av ME-krav enligt EN779:2012 kan en förbättrad effektivitet genom hela filtrets livstid mätas och säkerställas. Det är nödvändigt att produkterna är testade enligt samma standard eftersom den reviderade standarden innebär en förändring av filterklasser avseende vissa produkter. Om produkterna inte skulle vara testade enligt samma standard skulle myndigheterna omöjligen kunna utvärdera anbuden på ett rättvisande sätt. Det förhållandet att vissa leverantörer måhända inte haft tillräcklig framförhållning vad gäller att testa sina produkter enligt den reviderade standarden är inget som myndigheterna kan påverka eller som inverkar på kravets förenlighet med LOU. Ostridigt torde vara att i vart fall de leverantörer som varit ute i tid kunnat få sina produkter testade av SP enligt den reviderade standarden. Dessutom finns ett flertal organ, utöver SP, som utför testning enligt EN779:2012.

Angående kravet på testprotokoll avseende sex specifika typer av filter kan inte myndigheterna vitsorda att det är "standard" att endast testa filter med påsar som är 600-650 mm långa. Varje leverantör avgör givetvis vilka filter som leverantören önskar få testade, baserat på leverantörens utbud. Som framgår av förfrågningsunderlaget kommer myndigheterna att anskaffa filter med annan påslängd än 600-650 mm. För att säkerställa kvaliteten avseende de filter som ska upphandlas fordras testprotokoll avseende just dessa filter. Testprotokoll avseende andra filter skulle inte tillgodose myndigheternas behov. Nufilter uppger att man i SCPR 022 kan läsa hur P-märkningen även gäller andra filter i samma serie, då dessa har samma ingående material och uppbyggnad. Myndigheterna har varit i kontakt med SP som uppger att andra filter som har samma ingående material och uppbyggnad som tidigare testade filter i vissa fall kan godkännas utan att något särskilt test behöver genomföras. Efter ansökan om godkännande kan sådana filter omfattas av ett tidigare erhållet certifikat avseende tidigare godkända filter. Huruvida de av Nufilters filter som saknar testprotokoll upp-

fyller kraven för godkännande utan särskilda tester är förstås omöjligt att säga.

De krav myndigheterna uppställt är kopplade till upphandlingsföremålet och är inte godtyckliga eller osakliga. Kraven är nödvändiga för att myndigheterna ska uppnå det eftersträvade syftet. Det eftersträvade syftet kan inte nås på ett mindre ingripande sätt. Kraven får inte heller någon negativ effekt på något intresse eller rättighet som är oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet. Då kraven är utformade på ett klart och tydligt sätt strider de givetvis inte heller mot transparensprincipen.

Förvaltningsrätten fattade den 16 januari 2013 ett intermistiskt beslut i målen, innebärande att avtal inte fick ingås innan rätten beslutat annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller vilka krav som får ställas på tjänsten. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får i stället avgöras med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, av vilken proportionalitetsprincipen är en. Den upphandlande enheten får i en upphandling inte ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 november 2007 i mål nr 4475-07).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbudslämnare skall vara Eurovent-certifierad. Filtertyper 1-6 skall även vara P-märkta av SP. Offererat artikelnummer skall för varje offererat luftfilter återfinnas på SP:s hemsida för certifierade artiklar samt i bifogat EN 779:2012 från oberoende testinstitut.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Nufilter har beträffande kravet på Eurovent-certifiering invänt bl.a. att det är oproportionerligt eftersom det gynnar anbudsgivare med en större budget och att om P-märkningskravet är uppfyllt är även kraven som Eurovent

uppställer uppfyllda. Myndigheterna har anfört att Eurovent-certifiering avser samtliga leverantörens filter och att Eurovent-certifiering därmed har en funktion vid sidan av P-märkning. Det är ostridigt i målen att P-märkning har strängare krav i vissa avseenden än vad som gäller för Eurovent-certifiering. Den omständigheten att Eurovent-certifiering synes ha en funktion utöver P-märkning innebär dock, enligt förvaltningsrättens mening, att kravet på Eurovent-certifiering framstår som befogat och relevant. Annat har inte framkommit än att kravet även får anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vad Nufilter anfört avseende det aktuella kravet innebär inte att det skulle vara oproportionerligt.

Nufilter har vidare anfört att krav på testprotokoll enligt EN779:2012 är konkurrenshämmande eftersom det varit svårt att hinna få sina testprotokoll reviderade i enlighet med den nya standarden. Som skäl för att använda det reviderade testprotokollet har myndigheterna anfört att det är nödvändigt att produkterna är testade enligt samma standard eftersom den reviderade standarden innebär en förändring av filterklasser avseende vissa produkter. Nufilter bestrider i och för sig inte att testprotokoll enligt EN779:2012 skulle vara ändamålsenligt och behövligt. Förvaltningsrätten finner att kravet får anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av myndigheterna eftersträvade syftet med kravet. Kravet får även anses nödvändigt. Vad Nufilter anfört i målen innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att kravet avseende testprotokoll enligt EN779:2012 är oproportionerligt.

Nufilter har även invändningar mot kravet på testprotokoll för sex olika filter. Nufilter menar bl.a. att det är standard i branschen att endast bifoga ett testprotokoll för påslängden 600-650 mm och att utföra fler tester skulle medföra en oproportionerligt stor kostnad för anbudsgivarna. Myndigheterna anför att för att säkerställa kvaliteten avseende de filter som ska upphandlas fordras testprotokoll avseende just dessa filter. Annat har inte

framkommit än att det aktuella kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträlvade syftet. Det kan inte anses onödigt eller orimligt att kräva testprotokoll på de sex filter myndigheterna anser viktigast. Inte heller i detta avseende kan vad Nufilter anfört innebära att det uppställda kravet är oproportionerligt.

Nufilter har slutligen invänt att myndigheternas krav strider mot transparensprincipen. Av praxis framgår att transparensprincipen förutsätter att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Av vad som framkommit i målen finner inte förvaltningsrätten att det föreligger några oklarheter kring de krav som myndigheterna ställer i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget kan inte, avseende i målen aktuella skall-krav, anses strida mot transparensprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Nufilter anfört inte innebär att förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det har inte heller framkommit att Nufilter lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Genom förvaltningsrättens dom i målen upphör det interimistiska beslutet den 16 januari 2013 att gälla.

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



Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU