



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-03-17
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
42-16 E

SÖKANDE

Macon AB, 556657-3233
Elektrikergatan 1
802 91 Gävle

Ombud: advokaten Olov Matsson
Advokatfirman Abersten HB
Box 1313
801 37 Gävle

MOTPART

Jämtkraft Aktiebolag, 556001-6064
Box 394
831 25 Östersund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2016 -03- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, dnr Jämt 15/657/171, får avslutas först sedan rättelse har gjorts, varvid anbudet från Macon inte får utslutas på grund av ska-kravet avseende offererat material i förfrågningsunderlagets punkt 1.3.9.

Dok.Id 105386

Postadress Box 314 871 27 Härnösand	Besöksadress Backgränd 9	Telefon 0611-46 06 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se	Telefax 0611-51 18 20	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	------------------------------------	---	---------------------------------	---

BAKGRUND

Jämtkraft Aktiebolag (Jämtkraft) genomför upphandlingen Ramavtal för eldfasta installationer, dnr Jämt 15/657/171. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LUF och enligt förfrågningsunderlaget avsåg Jämtkraft teckna avtal med en eller flera leverantörer som har de för beställaren fördelaktigaste anbuden enligt kravspecifikationen. Under anbudstiden kom anbud in från två anbudsgivare, Calderys Nordic AB (Calderys) och Macon AB (Macon). Av upphandlingsprotokollet framgår att anbudet från Macon inte kvalificerats för utvärdering, med motiveringen att "Ersatt material som är angivet i förfrågan har inte samma/lika egenskaper och kan därför inte godkännas". Efter utvärderingen beslutades att anta anbud från Calderys, då det befanns vara ekonomiskt mest fördelaktigt. I tilldelningsbeslut meddelat den 7 december 2015 angavs även att avtal tidigast kommer att tecknas den 15 januari 2016.

YRKANDEN M.M.

Macon ansöker om överprövning, yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits och i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Macon anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Macons anbud har uteslutits från prisutvärdering trots att det borde ha värderats som det bästa. Av förfrågningsunderlaget under rubriken "Lämnade anbudspriser" framgår att material fick bytas ut mot material med samma/lika egenskaper. De produkter som föreskrevs i förfrågningsunderlaget, CALDE™ GUN 65, CALD NB 82 QD och CALDE™ CAST STIX PB 85 C/G, är produkter som tillverkas inom samma koncern som en leverantör, vars svenska enhet är Calderys. Produkterna finns alltså inte att köpa för någon utanför koncernen. På samma ställe i förfrågningsunderlaget angavs också att "För att möjliggöra för upphandlande enhet att jämföra de olika materialen lämnas datablad för respektive produkt som bilaga till förfrågan. Om upphandlande enhet inte kan göra en korrekt jämförelse är det anbuds-

lämnarens ansvar att tydliggöra samma/lika egenskaper.” Jämtkrafts bedömning att de av Macon offererade materialens egenskaper inte skulle vara lika är felaktig. De av Macon offererade materialen är lika, eller i vart fall likvärdiga. Med Jämtkrafts sätt att jämföra materialen skulle det aldrig gå att lämna ett anbud med ett annat material är det föreskrivna eftersom varje eldfast material har unika egenskaper. De föreskrivna materialens egenskaper är alltså unika. Jämtkraft har inte framställt några explicita krav på materialens egenskaper, utöver att de ska vara samma/lika som de efterfrågade materialen. Eftersom det är omöjligt att lämna anbud med annat material med samma egenskaper måste det i upphandlingen vara tänkt att det ska vara möjligt att lämna anbud med något liknande material. De material som offererats i Macons anbud är de som finns på marknaden som mest liknar de föreskrivna materialen. Jämtkraft skulle alltså inte ha bedömt Macons anbud som ej kvalificerat att utvärderas. Vid en beräkning utifrån offererade priser och med angivna procentsatser framgår att Macons viktade totala anbudspris var det lägsta och alltså det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Om förvaltningsrätten anser att Macons anbud inte överensstämmer med ska-kraven i förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om, då den strider mot principerna om likabehandling och förutsebarhet. Genom att i förfrågningsunderlaget föreskriva ett material med unika egenskaper, som endast uppfylls fullt ut av en leverantör, har Jämtkraft brutit mot principen om likabehandling, då det inte var möjligt för någon annan anbudsgivare att lämna anbud på material med samma/lika egenskaper på det sätt som förfrågningsunderlaget föreskriver. Jämtkraft har inte heller angett vilka tekniska krav som skulle komma att vara avgörande vid bedömningen av om ett material skulle bedömas ha samma/lika egenskaper. Jämtkraft har i stället i efterhand bestämt/angett vilka tekniska krav som skulle vara avgörande vid bedömningen. Härigenom har Jämtkraft brutit mot principen om förutsebarhet.

Jämtkraft bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Macon har ansökt om överprövning 16 dagar efter att avtalsspärren gått ut. Förvaltningsrätten bör därför inte pröva ansökan. Jämtkraft har den 18 december 2015 tecknat en avsiktsförklaring med den antagne leverantören Calderys som gäller interimistiskt till dess parterna träffas för att underteckna originalavtalet.

Macon, som kompletterat sitt yrkande med att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal som Jämtkraft ingått med Calderys den 18 december 2015, har härefter anført bl.a. följande. Det är inte riktigt att ansökan om överprövning gjorts efter att avtalsspärren löpt ut. Av underrättelsen om tilldelningsbeslut framgår att avtal skulle tecknas tidigast den 15 januari 2016. Av 16 kap. 1 § tredje stycket LUF följer att avtal inte får ingås förrän utgången av den period som har angetts i underrättelsen, dvs. perioden fram till den 15 januari 2016. Jämtkraft har ingått ett avtal (avtalsförklaring) med Calderys under den period som avtalsspärren löpte. Det innebär att Jämtkrafts avsiktsförklaring med Calderys har träffats i strid med 16 kap. 1 § tredje stycket LUF och avtalet ska därför ogiltigförklaras och målet ska prövas i enlighet med vad Macon anført.

Jämtkraft vidhåller sin uppfattning att ansökan om överprövning gjorts för sent och hänvisar bl.a. till datum då tilldelningsbeslutet skickades ut och då Macon tagit del av detta. Den omständigheten att det anges att avtal ska tecknas tidigast den 15 januari 2016 är enbart information och kan inte kopplas till en avtalsspärr.

Förvaltningsrätten har underrättat Jämtkraft om att avtalsspärr gäller. Förvaltningsrätten har vidare tillställt Jämtkraft ansökan och de inlagor Macon lämnat in i målet och har berett Jämtkraft möjlighet att yttra sig i sak över dessa.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har ansökan kommit in inom avtalsspärren?

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om ansökan om överprövning gjorts i rätt tid, dvs. om ansökan kommit in innan utgången av avtalsspärren.

Enligt 9 kap. 9 § LUF ska en upphandlande enhet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Av 16 kap. 1 § första stycket LUF framgår att om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades. I tredje stycket anges att om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

En ansökan om överprövning av en upphandling ska enligt 16 kap. 11 § LUF ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Av utredningen i målet framgår att tilldelningsbeslutet fattades den 7 december 2015 och meddelades anbudsgivarna per e-post samma dag. Det förekommer i och för sig olika datum på de handlingar som givits in i målet, men slutsatsen torde vara att tilldelningsbeslutet fattades den 7 december. I tilldelningsbeslutet har Jämtkraft angett att avtal tidigast kommer att tecknas

den 15 januari 2016 men har i övrigt inte lämnat någon uppgift om avtalsspärren eller dess längd. Ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten den 5 januari 2016.

Av förarbetena till LUF framgår bl.a. följande. Syftet med skyldigheten att i tilldelningsbeslut ange exakt uppgift om avtalsspärrens längd är att ge all relevant information som är nödvändig för att leverantörerna ska kunna ansöka om överprövning. Eftersom längden av den period under vilken avtal inte får ingås varierar mellan medlemsstaterna är det viktigt att berörda anbudsgivare och anbudssökande underrättas om den period de faktiskt har till förfogande för att ansöka om överprövning (prop. 2009/10:180 s.113 ff.).

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande enheten i tilldelningsbeslutet ska ange avtalsspärren, dvs. den period under vilken avtal inte får ingås. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det står den upphandlande enheten fritt att ange en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimitiden. Avtal får då inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

I tilldelningsbeslutet anges att avtal tidigast kommer att tecknas den 15 januari 2016. Någon annan uppgift om avtalsspärr har inte angetts. Det sätt på vilket Jämtkraft uttryckt sig i tilldelningsbeslutet får anses innebära att Jämtkraft har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen. Under denna tid får avtal således inte ingås. Avtalsspärr råder därmed till och med den 14 januari 2016. Ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten den 5 januari 2016 och har således kommit in inom den avtalsspärr som anges i tilldelningsbeslutet. Ansökan om överprövning ska därför tas upp till prövning i sak (detta framgår även av praxis, se bl.a. Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2812-15).

Föreligger grund att utesluta Macons anbud pga. ska-kravet i 1.3.9?

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I Förfrågningsunderlaget punkt **1.3.6 Utvärdering** anges:

”För utvärdering av anbud gäller 90 % pris för arbetad timme.

Därefter kommer lämnade priser på respektive material.

CALDE™ GUN F 65 Viktas 2,5 %

CALDE CAST NB 82 QD Viktas 5 %

CALDE™ STIX PB 85 C/G Viktas 2,5 %”

Under punkt **1.3.9 Lämnade anbudspriser** anges vidare:

”De materialgrupper som är angivna och skall prissättas får bytas ut mot likvärdig produkt som erhåller samma/lika egenskaper.

För att möjliggöra för upphandlande enhet att jämföra de olika materialen lämnas datablad med för respektive produkt som bilaga till förfrågan.

Om upphandlande enhet inte kan göra en korrekt jämförelse är det anbudslämnarens ansvar att tydliggöra samma/lika egenskaper.”

I Upphandlingsprotokollet anges bl.a. att anbudet från Macon ej kvalificerats för utvärdering, med motiveringen att ersatt material som är angivet i förfrågan inte har samma/lika egenskaper och därför inte kan godkännas. Vidare anges att ytterligare dokumentation finns att hämta i frågor och svar.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LUF är att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller mot någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande enhetens brott mot LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget som sökande har anfört till stöd för sin talan. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 69 bl.a. konstaterat att domstolarnas utredningsansvar, som är ett uttryck för den s.k. officialprincipen, framgår av förvaltningsprocesslagen (1971:291). Domstolen redogjorde vidare för att tillämpningen av officialprincipen i förvaltningsprocessen diskuterades ingående i förarbetena till förvaltningsprocesslagen (prop. 1971:30 Del 2 s. 526 ff.). Det uttalades då bl.a. att domstolens aktivitet måste växla beroende på bl.a. vad för slags mål det gäller, om det finns en offentlig motpart i målet och om en enskild har ombud i målet. Att ett mål i en förvaltningsdomstol kunde gälla en tvist mellan två enskilda togs inte upp. Förmodligen var det över huvud taget inte aktuellt då. Under de nära 40 år som gått sedan FPL tillkom har processen i förvaltningsdomstolarna i viss mån ändrat karaktär. Förvaltningsprocessen har blivit en tvåpartsprocess där den enskilde så gott som alltid har en myndighet som motpart. En följd av det är att officialprincipen gör sig mindre gällande. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade härefter att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka förvaltningsprocesslagen har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Högsta förvaltningsdomstolens slutsats blev att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Detta medför enligt förvaltningsrättens mening också att en upphandlande enhet som bestrider bifall till en ansökan om överprövning, bör bemöta det som sökanden anfört. Den upphandlande enheten riskerar annars att sökanden, genom att åberopade omständigheter står oemotsagda, vid prövningen anses ha visat att den upphandlande enhetens genomförande av upphandlingen skett i strid med de grundläggande principerna för upphandling.

Vidare följer av principen om likabehandling, som utgör en av grunderna för offentlig upphandling, att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Macon har anfört att upphandlingen genomförts i strid med de grundläggande principerna i LUF. Macon har därvid anfört att Jämtkraft angett att vissa namngivna material, som inte kan köpas utanför den koncern som den antagne leverantören tillhör, eller material med samma/lika egenskaper skulle offereras. Men Macon hävdar att det är omöjligt att lämna anbud på annat material men med samma/lika egenskaper då varje eldfast material enligt Macon är unikt. Macon menar dock att de material Macon offererat är de som finns på marknaden och som mest liknar de föreskrivna materialen

och att de därmed är likvärdiga. Jämtkraft skulle därvid inte ha uteslutit Macon innan utvärdering.

Avseende andrahandsyrkandet har Macon anfört att Jämtkraft brutit mot likabehandlingsprincipen genom att i förfrågningsunderlaget efterfråga ett material som endast en leverantör i praktiken kan leverera och att det inte varit möjligt att lämna anbud på material med samma/likas egenskaper då varje eldfast material har unika egenskaper som inte fullt ut överensstämmer med egenskaper hos andra material.

Jämtkraft har i utvärderingsprotokollet angett att det material Macon ersatt det i förfrågan angivna materialet med inte har samma/likas egenskaper och därför inte kan godkännas. Jämtkraft har dock inte utvecklat detta ytterligare genom att ange vad som brister i egenskaperna eller bemött vad Macon anfört i sin ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten finner – utifrån de omständigheter parterna i målet har åberopat – att det inte visats annat än att det material som Macon offererat i upphandlingen är likvärdigt med det i förfrågningsunderlaget namngivna materialet. De finns då inte skäl för att på den angivna grunden utesluta Macons anbud innan utvärdering. Genom att Jämtkraft ändå uteslutit Macons anbud har Jämtkraft som upphandlande enhet brutit mot principerna om likabehandling och transparens och Macon har med anledning av detta lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därmed grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Förvaltningsrätten beslutar i enlighet med det ovan sagda att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts, varvid anbudet från Macon inte får uteslutas på grund av ska-kravet avseende offererat material i förfrågningsunderlagets punkt 1.3.9.

Mot bakgrund av vad förvaltningsrätten härigenom beslutat saknas anledning att pröva yrkandet om ogiltigförklaring av det s.k. avtalet den 18 december 2015.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.