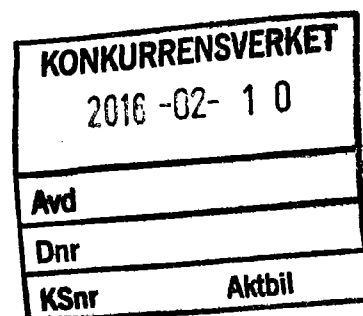




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
 Enhet 2  
 Ann-Louise Jonsson

**DOM**  
 2016-02-08  
 Meddelad i  
 Falun

Mål nr  
 4239-15



**SÖKANDE**

Hitachi Zosen Inova AG

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek och  
 jur.kand. Louise St Cyr Linnarsson  
 G Grönberg Advokatbyrå AB  
 Box 7418  
 103 91 Stockholm

**MOTPART**

Gästrike Ekogas AB, 556036-0785

Ombud: Advokat Ylva Lindahl  
 Ahlford Advokatbyrå AB  
 Box 1111  
 751 41 Uppsala

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Hitachi Zosen Inova AG:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 157436

**Postadress**  
 Box 45  
 S-791 21 Falun

**Besöksadress**  
 Kullen 4

**Telefon**  
 023-383 00 00  
**E-post:** forvaltningsrattenifalun@dom.se  
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

**Telefax**  
 023-383 00 80

**Expeditionstid**  
 måndag – fredag  
 08:00-12:00  
 13:00-16:00

### BAKGRUND

Gästrike Ekogas AB (i det följande Ekogas) genomför en upphandling avseende inköp av en biogasanläggning för produktion av biogas i Forsbacka ("Forsbacka Biogas"). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Beslut om tilldelning meddelades den 9 oktober 2015, varvid Thöni Industriebetriebe GmbH (Thöni) tilldelades kontraktet utifrån tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

### YRKANDEN M.M.

**Hitachi Zosen Inova AG** (Hitachi) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att Thöni utesluts från upphandlingen och en ny utvärdering av anbuden genomförs efter förhandling med de anbudsgivare som har lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Hitachi yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Hitachi anför som grunder för sin ansökan i huvudsak följande. Thöni uppfyller inte de obligatoriska kraven i ansökningsinbjudan avseende referenser ("References", Application for Tendering) och borde därför ha uteslutits redan under kvalifikationsfasen och inte getts möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Ekogas beslut att ändå kvalificera Thöni var således felaktigt och står i strid med 1 kap. 24 § LUF. Om Thöni rättligen hade uteslutits från att lämna anbud hade Hitachi haft den näst lägsta utvärderingspoängen efter STRABAG Umwelttechnik GmbH (Strabag) och således fått möjlighet att förhandla med Ekogas och förbättra sin utvärderingspoäng tillräckligt för att kunna tilldelas kontrakt i upphandlingen. Thöni har vidare dels gjort otillåtna reservationer i anbudet, dels undantagit obligatoriska kostnader, vilket innebär att Thöni inte uppfyller de ställda skräven och därför borde ha uteslutits från att delta i utvärderingen. Ekogas utvärdering av Thönis anbud strider därmed mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Förhandlingen med Thöni har genomförts i strid med li-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2

**DOM**

kabehandlingsprincipen bl.a. då Thöni har tillåtits att ange olika kostnader för Option 4. Ekogas har även tillåtit Thöni att göra korrigeringar och förtydliganden i sitt anbud och massivt reducera sina priser innan förhandlingsfasen inleddes, vilket också det strider mot likabehandlingsprincipen. Även Strabag har gjort otillåtna reservationer i sitt anbud och uppfyllde därmed inte samtliga ska-krav vid anbudsinlämnandet. Ekogas har i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen låtit Strabag läka de aktuella bristerna i anbudet och även låtit Strabag ange olika värden för metan. Ekogas har dessutom, efter anbudstiden, gjort flera väsentliga förändringar av förutsättningarna för upphandlingen. De väsentliga ändringarna har medfört att Hitachi tvingats designa om hela sin biogasanläggning och inge ett sämre anbud och på så sätt gått miste om möjligheten att delta i förhandlingen med Ekogas. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att de aktuella ändringarna av förfrågningsunderlaget är förenliga med de grundläggande principerna och LUF, gör Hitachi gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt och strider mot öppenhetsprincipen.

**Ekogas** bestrider bifall till ansökan.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

*Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning*

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 någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF 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 (1 kap. 24 § LUF och 16 kap. 6 § LUF).

I enlighet med principerna om öppenhet och transparens ska den upphandlande myndighetens krav anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild 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 (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50). Vid prövningen av anbuden får den upphandlande enheten inte ändra eller frånfalla uppställda krav eftersom ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav ska följaktligen inte beaktas vid utvärderingen.

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem (2 kap. 9 § LUF). Tillämpningen av förhandlat förfarande innebär att den upphandlande enheten har en större flexibilitet än vid andra upphandlingsförfaranden. Den upphandlande enheten förhandlar med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt den grund för tilldelning som tillämpas (jfr 4 kap. 3 § lagen [2007:1091] om offentlig upphandling, LOU).

När en anbudsgivare som i förevarande fall gör gällande flera alternativa skäl för ingripande enligt LUF, bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål nr 1225-12). Förvaltningsrätten tar därför först ställning till frågan om det finns skäl för ingripande till följd av de väsentliga ändringar som Hitachi menar har gjorts i förfrågningsunderlaget.

*Väsentliga förändringar eller brister i förfrågningsunderlaget?*

Mängden torrsubstans i fettavskiljarslam

**Hitachi** gör i första hand gällande att Ekogas, i strid med öppenhets- och likabehandlingsprincipen har ändrat grundläggande förutsättningar för upphandlingen genom att efter anbudstiden ange att torrsubstanshalten för fettavskiljarslam är 4 %. Hitachi gör i andra hand gällande att förfrågningsunderlaget strider mot öppenhetsprincipen och anför bl.a. följande till stöd för sin talan i denna del. Ekogas har i förfrågningsunderlaget tillhandahållit färdiga värden avseende fettslam som anbudsgivarna haft att förhålla sig till (Appendix 4, "Substrate List including Seasonal Variations"). Utifrån de angivna värdena har anbudsgivarna kunnat räkna ut vilken minimigräns som bör gälla för att fettet inte ska bli en börda för processen, vilket inträffar om fettmängden blir alltför låg. Baserat på de på förhand givna värdena kom Hitachi fram till att det behövs en torrsubstans på 30 %, vilket angavs i anbudet den 15 juni 2015. Ekogas skickade därefter, den 8 juli 2015, ut en begäran om förtydligande där man ifrågasatte hur Hitachi kunnat ange att man kan producera en så stor mängd biogas. Hitachi förtydligade då sin tänkta design genom en tabell, vari framgick att torrsubstansen för fettslam uppgick till 30 %. Ekogas skickade därefter, den 24 juli 2015, en ny begäran om förtydligande där det angavs att torrsubstansen för fettslam enbart var 4 %, vilket är ett extremt lågt värde, då torrsubstansen i praktiken kan variera mellan 2-70 %. Detta innebar en väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen. Konsekvenserna blev för Hitachi enorma, eftersom man måste ställa om hela processen, då fettmängden inte längre kunde fungera som en extra kick till processen, utan istället blev en börda. Hitachi var i detta läge tvunget att konstruera om hela biogasanläggningen genom att bl.a. byta ut utrustning och gå från två till en röt-kammare, vilket i sin tur innebar en betydligt lägre biogasproduktion. Förfrågningsunderlaget innehåller varken hänvisning till Rapport U2009:14 eller några andra uppgifter om torrsubstanser.

**Ekogas** bestrider att tillåten mängd torrsubstans i fettavskiljarslam har ändrats och framför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har inte någon procentuell uppskattning av mängden torrsubstans gjorts, då begreppen fettavskiljarslam och torrsubstans är väl definierade på den svenska marknaden. Då det visade sig att vissa anbudsgivare inte hade utgått från aktuella marknadsförutsättningar, gjordes ett förtydligande av vad som kan förväntas utifrån förutsättningarna på den aktuella marknaden. Förtydligandet om 4 % utgår från den svenska standard som finns definierad i Rapport U2009:14, "Substrathandbok för biogasproduktion". Förtydligandet har, för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare i branschen, knappast varit en nyhet. Ekogas kan inte heller påverka mängden torrsubstans. Samtliga anbudsgivare har under förhandlingsfasen erhållit samma information och förutsättningar, varför förtydligandet inte strider mot likabehandlingsprincipen, principen om transparens eller i övrigt mot LUF.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

I enlighet med principerna om transparens och likabehandling ska den upphandlande enhetens krav anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild 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 (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

I LUF saknas bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande enhet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbuden ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2

**DOM**

Vid prövningen av om en ändring är att betrakta som väsentlig får en samlad bedömning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid prövningen är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen och om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget inte anges någon procentuell andel torrsubstans i fettavskiljarslam (jfr Appendix 4). I förevarande upphandling har Ekogas emellertid efter anbudstidens utgång gjort ett förtydligande på så sätt att mängden torrsubstans i fettavskiljarslam anges uppgå till 4 % ("The DM of Grease sludge is only 4 %, please update your calculations", Requests for Clarification, "RFQ" daterade den 24 juli 2015). Det är således inte fråga om någon ändring av förfrågningsunderlaget i den meningen att ett tidigare angivet obligatoriskt krav eller värde har ersatts av ett nytt. Enligt förvaltningsrättens mening får detta, trots att upplysningen har lämnats efter anbudstidens utgång, anses utgöra en sådan mindre förändring som i sig inte kan anses innebära att förutsättningarna för att lämna anbud ändrats eller att förfrågningsunderlaget därigenom väsentligen förändrats. I målet får anses klarlagt att samtliga anbudsgivare har erhållit samma information vid samma tidpunkt och att samtliga också har fått möjlighet att justera sina anbud utifrån den givna informationen.

Förfrågningsunderlaget innehåller ingen uppgift om den förväntade procentuella mängden torrsubstans i fettavskiljarslam och inte heller görs någon hänvisning till den rapporten U2009:4. Det förhållandet att det finns en inom branschen avsedd handbok gällande substrat för biogasproduktion, vari mängden torrsubstans i fettavskiljarslam anges uppgå till 4 %, får enligt förvaltningsrättens mening i vart fall sägas klarlägga att en torrsubstanshalt om 30 %, vilket Hitachi har utgått ifrån vid sina ursprungliga beräkningar, måste betraktas som en i branschen extremt hög nivå. Även om uppgiften

om att 4 % torrsubstans i fettavskiljarslam är vedertagen inom branschen och hade kunnat tydliggöras redan i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, finner förvaltningsrätten sammantaget inte visat att andelen torrsubstans varit av så väsentlig betydelse för beräkningen av biogasproduktionen, att Hitachi har frångått möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Det är således förvaltningsrättens bedömning att Hitachi, liksom övriga omsorgsfulla anbudsgivare med branschkunskap, har haft möjlighet att med utgångspunkt i förfrågningsunderlagets information om den årliga mängden tillgängligt fettavskiljarslam fördelat per månad, skapa sig en tillräckligt god bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknas således skäl för ingripande på denna grund.

#### Nya krav avseende metanvärde

**Hitachi** gör i första hand gällande att Ekogas har förfarit i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen genom att ändra förutsättningarna för upphandlingen väsentligt genom att införa ett nytt krav på att samma metanvärden ska anges i Appendix 5 som i Appendix 7. I andra hand görs gällande att förfrågningsunderlaget är bristfälligt i detta hänseende och strider mot transparensprincipen. Hitachi anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Hitachi angav i Appendix 7 till sitt anbud, att man kunde garantera 58 % metan. I sin ”mass balance” och i Appendix 5 angav Hitachi 65 % metan, eftersom man av erfarenhet vet att den garanterade nivån ofta överstigs. Som en konsekvens av Ekogas nya krav om att ange samma procentsats i Appendix 7 och 5 var Hitachi tvunget att justera uppgifterna om mängden metan till 62 % i båda bilagorna. Konsekvensen av ändringen blev att den energiproduktion som man kunde åstadkomma i biogasanläggningen blev signifikant mindre, vilket gav ett sämre utvärderingsresultat.

**Ekogas** framför å sin sida bl.a. följande. Det stämmer inte att det är ett nytt krav att anbudsgivarna ska ange samma värden i Appendix 5 som de värden som garanteras i Appendix 7. För det fall anbudsgivarna skulle kunna ange



olika värden för garanterad respektive utvärderingsgrundande metannivå, skulle hela syftet med att ha ett garanterat värde falla. Kravet på garanterat metanvärde har självklart avsett det värde som de faktiska beräkningarna utgått ifrån och som ligger till grund för utvärderingen. Förtydligandet har inte inneburit någon väsentlig förändring av underlaget. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika och fått ange samma värden i Appendix 5 som i Appendix 7.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Av handlingarna i målet framgår att Hitachi i Appendix 7 till anbudet har garanterat ett metanvärde om 58 %. I utvärderingsmallen, Appendix 5, har Hitachi emellertid angett ett värde om 65 %. Ekogas har inom ramen för RFQ den 24 juli 2015 ombett Hitachi att försäkra att de i Appendix 7 garanterade värdena korrelerar med de värden som har angetts i Appendix 5. Hitachi har uppgett att skälet till att bolaget uppgett olika värden i de bägge anbudsbilagorna, är att det verkliga värdet och det värde man kan garantera inte nödvändigtvis stämmer överens och att Hitachi av erfarenhet vet att metanvärdet ofta överstiger den garanterade mängden. Såsom Ekogas pekat på, synes Hitachis argumentation utgå ifrån att det är vore tillåtet för en anbudsgivare att i Appendix 5 ange ett mycket förmånligt metanvärde för att på så sätt erhålla ett så bra utvärderingsresultat som möjligt, samtidigt som denne garanterar ett lägre metanvärde i Appendix 7, vilket får effekt vid fullgörandet av kontraktet. Förvaltningsrätten delar Ekogas uppfattning att anbuderna inte har varit jämförbara under dessa förutsättningar och anser inte att det är fråga att ett införande av något nytt krav eller att förutsättningarna för upphandlingen har kommit att förändras till följd av Ekogas begäran om korrigering av metanvärdena i de olika anbudsbilagorna. Även om det i förfrågningsunderlaget inte uttryckligen anges att samma värden ska anges i Appendix 5 respektive Appendix 7, är det förvaltningsrättens uppfattning att förfrågningsunderlaget möter de krav på öppenhet och transparens som rim-

ligen kan ställas. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

#### Mängden tillgängligt grönt avfall

**Hitachi** gör gällande att Ekogas har förfarit i strid med öppenhets- och lika-behandlingsprincipen då man väsentligt har ändrat förutsättningarna för upphandlingen genom att efter anbudstiden ange att den maximala mängden tillgängligt grönt avfall uppgår till 5 000 ton. Hitachi anför i denna del bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges följande: "In case it is needed in order to optimise the biogas process there is at least 4,000 tonnes of Green waste available. The Purchaser does not require that the Green waste Shall be treated in the Biogas plant. The Tenderer Shall state the volume of the quantities of this substrate that are needed in order to obtain an optimal biogas production." (punkten 1, Appendix 1, Technical Specification). Ekogas har således i förfrågningsunderlaget garanterat en minimimängd för hur mycket grönt avfall som finns tillgängligt och har vidare angett att anbudsgivarna ska ange vilken volym av grönt avfall som är den optimala för deras biogasanläggning. I förfrågningsunderlaget anges även att "There are additional quantities of Green waste within the region that can be used if needed; the exact quantities are however not currently known" (punkten 5.5, Appendix 1, Technical Specification), vilket för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare leder till slutsatsen att det finns tillgång till ytterligare större mängder grönt avfall. En bra relation mellan kol och kväve är viktigt i en process såsom den aktuella och genom att en viss mängd grönt avfall tillsätts uppnås denna viktiga relation mellan kol och kväve och anläggningen fungerar på bästa sätt. Enligt Hitachis erfarenhet har Ekogas i förfrågningsunderlaget angett en relativt hög mängd kväve, vilket då måste kompenseras med en högre mängd grönt avfall för att upprätthålla balansen mellan kol och kväve. För att upprätthålla denna balans har Hitachi till sitt anbud (Appendix 4) angett att man är i behov av 6 000 ton grönt avfall för Main evaluation och 10 000 ton grönt avfall för Option 3. I begäran om för-

tydligande den 24 juli 2015 uppgav Ekogas att den tillgängliga mängden grönt avfall uppgår till maximalt 5 000 ton, vilket är en ny uppgift. För Hitachis del hade detta en grundläggande påverkan för designen av Option 3. Även designen av Main evaluation påverkades och konsekvensen blev för Hitachis del att biogasproduktionen minskade.

**Ekogas** menar å sin sida att det inte är fråga om någon väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen och framför bl.a. följande. Den i förfrågningsunderlaget lämnade uppskattningen av mängden grönt avfall om ca 4 000 ton baseras på de volymer som årligen har rapporterats till Avfall Sverige. Enligt tillgängliga rapporter har mängden tillgängligt trädgårdsavfall som mest uppgått till 4 651 ton under senaste åtta åren och Ekogas har inte garanterat att någon viss tillgänglig volym. Då grönt avfall endast ger begränsad mängd biogas, brukar leverantörer normalt sett vilja ha en så liten mängd grönt avfall som möjligt. Då det uppdagades vilken volym grönt avfall Hitachi önskade få tillgång till, förtydligades att högsta tillgängliga mängd grönt avfall i regionen uppgår till 5 000 ton. Mängden tillgängligt grönt avfall är inget som Ekogas kan påverka och det förtydligande som har gjorts härvidlag innebär ingen väsentlig ändring av upphandlingen. I utvärderingsmodellen är den aktuella "Basic option" viktad till 60 %. Mängden grönt avfall har för Hitachis del endast minskat från 6 000 ton till 5 000 ton. En sådan förändring kan inte anses utgöra en väsentlig förändring. Hitachi har vidare fått skälig tid att justera sitt anbud utifrån givna förutsättningar och det aktuella förtydligandet har inte påverkat dess möjligheter att vinna upphandlingen.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det på i vart fall två ställen i förfrågningsunderlaget anges att mängden tillgängligt grönt avfall uppgår till minst

4 000 ton (punkten 1 och 5.5, Appendix 1). Vidare finns i förfrågningsunderlaget angivet att det finns ytterligare mängder grönt avfall att tillgå, men att de exakta mängderna inte är kända (punkten 5.5, Appendix 1). Enligt förvaltningsrättens mening öppnar den information som lämnas i förfrågningsunderlaget inte upp för tolkningen att den ytterligare mängd som finns tillgänglig skulle vara av en viss, större, mängd. Hitachis slutsats att det skulle finnas tillgång till ytterligare större mängd grönt avfall vinner således inte stöd i hur förfrågningsunderlaget rent språkligt är utformat i dessa delar. Även om uppgiften om tillgängligt grönt avfall om 5 000 ton hade kunnat anges redan i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, finner förvaltningsrätten sammantaget inte visat att denna information, vilken Ekogas enligt uppgift inte heller kan påverka, har varit av så väsentlig betydelse för anbudsgivningen att andra leverantörer kan antas ha avhållit från att lämna anbud. Det är förvaltningsrättens bedömning att Hitachi, liksom övriga omsorgsfulla anbudsgivare med branschkännedom, har haft en tillräckligt god möjlighet att med utgångspunkt i förfrågningsunderlagets information om den maximala mängden grönt avfall lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund, varför ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till de invändningar som Hitachi har riktat mot Thönis ansökan och anbud samt mot Strabags anbud.

*Invändningar mot Thönis anbudsansökan och anbud*

Referenser

I ansökningsinbjudan (Application for Tendering, sidan 4 "References") föreskrivs bl.a. följande:

"The Candidate shall have experience in the industry and show that it can deliver requested products to customers which are therefore satisfied with the deliveries carried out. Evidence of this **shall** be a reference/s from similar assignments/commitments and list of assignments/deliveries carried out. [...] At least two references **shall** be provided by the attached form "Refer-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2

**DOM**

ence questionnaire” at least two copies (one for each reference) submitted completed and signed.”.

**Hitachi** gör gällande att Thöni på två sätt brister i förhållande till det ovan nämnda kravet och att bolaget därför borde ha uteslutits redan under ansökningsfasen. Hitachi anför bl.a. följande. Enligt kravet ska anbudssökanden dels ange minst två referenser som har fyllt i frågeformuläret, dels ge in en lista över uppdrag/leveranser som anbudssökanden har utfört. Av bilagor till Thönis ansökan (bilaga 6 och 6 a) framgår att Thöni åberopar RMD Rhein-Main Deponie GmbH (RMD) som referenskund avseende en biogasanläggning i Flörsheim-Wicker i Tyskland. Den anläggningen avser dock ingen Thöni-produkt, utan bygger på Kompogas-teknologi, som ägdes av Axpo Kompogas Engineering AG (Axpo Kompogas) fram till oktober 2014, då Hitachi förvärvade verksamheten. Thöni var licenstagare till Axpo Kompogas och levererade referensanläggningen i Flörsheim-Wicker baserat på ett licensavtal med Axpo Kompogas. Anläggningen som Thöni levererade till nu åberopad referenskund RMD var således inte en produkt av Thöni självt. Thöni uppfyller dessutom inte kravet på referenser eftersom Thöni tillsammans med sin anbudsansökan inte har gett in den efterfrågade listan med uppdrag/leveranser. Anbudssökanden har genom den begärda listan haft att visa att denne tidigare har utfört liknande uppdrag med en viss frekvens för att Ekogas, baserat på listan, ska kunna bilda sig en uppfattning om att anbudssökanden har erfarenhet i branschen. Listan fyller således en viktig funktion som ett komplement till de två angivna referenskunderna och kravet får inte efterges.

**Ekogas** gör för egen del gällande att Thöni uppfyller kravet avseende referenser och framför, vad gäller invändningen att biogasanläggningen i Flörsheim-Wicker inte skulle utgöra en Thöni-produkt, bl.a. följande. Biogasanläggningen i Tyskland har projekterats och byggts av Thöni, som också hade garanti- och funktionsansvar för leveransen av anläggningen. En av de komponenter som ingick i anläggningen byggdes visserligen av Thöni med

stöd av ett licensavtal, vilket dock inte ändrar att anläggningen som sådan är levererad av Thöni och att Thöni ensam har stått som avtalspart gentemot beställaren av anläggningen. Det skulle vara oproportionerligt att ställa krav på att alla ingående produkter i en så oerhört komplex anläggning såsom den förevarande måste ha framställts eller tillhandahållits enbart av anbudsgivaren i fråga. Ekogas har besökt den åberopade referensanläggningen och har talat med beställaren, och det råder ingen tvekan om att det är Thöni som ansvarat för och uppfört anläggningen. Referensen uppfyller således kravet på att visa leverantörens erfarenhet av att leverera motsvarande funktion som den nu aktuella.

Ekogas anför vidare att referenskravet i fråga måste läsas i sin helhet och att det inte varit avsett att tolkas i delar på det sätt som Hitachi påstår. Det aktuella avsnittet inkluderar inte olika referenskrav, utan är ett enda krav på att en lista innehållandes minst två referenser ska ingå i anbudsansökan. Ingivande av en lista över uppdrag har således inte utgjort något separat, självständigt krav, utan det är således tillräckligt att i anbudsansökan ange minst två åberopade referensuppdrag. Den ifrågasatta listan har inte heller ingått i kvalificeringen eller utvärderingen och har således varit av oväsentlig betydelse. Även om det skulle betraktas som ett obligatoriskt krav att lämna in en separat lista över referensobjekt framgår det tydligt av Thönis anbudsansökan i övrigt att bolaget uppfyller kravet på erfarenhet och förmåga att leverera.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att Ekogas uppfattning om hur referenskravet ska förstås vinner stöd i hur kravet rent språkligt kommer till uttryck i ansökningsinbjudan. Förvaltningsrätten finner inte att det kan utläsas något självständigt krav på att en separat lista över genomförda uppdrag/leveranser ska lämnas in tillsammans med anbudsansökan och gör mot

den bakgrunden bedömningen att Thöni, genom att ange två referensuppdrag och lämna in det ifyllda och undertecknade dokumentet ”Reference questionnaire”, har lämnat in de bevis som krävs avseende referenser.

Thöni har åberopat biogasanläggningen i Flörsheim-Wicker som referensuppdrag. I målet har framkommit att Thöni levererat delar av den åberopade anläggningen med stöd av ett licensavtal med Axpo Kompogas och att det senare bolaget varit delaktig i projektet och bl.a. tillhandahållit teknisk dokumentation och projektspecifik support. I målet har emellertid inte visats annat än att det var enbart Thöni som stod i avtalsrelation med beställaren och som ensamt hade funktions- och garantiansvaret för leveransen av anläggningen. Förvaltningsrätten anser vid dessa förhållanden att det står klart att det är Thöni som har levererat den åberopade biogasanläggningen i Flörsheim-Wicker och gör därför bedömningen att Thönis anbudsansökan uppfyller de ställda kraven avseende referenser och att Ekogas inte har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna vid kvalificeringen av Thönis anbudsansökan.

#### Otillåtna reservationer och undantag

**Hitachi** gör gällande att Thönis anbud innehåller otillåtna reservationer och därmed inte uppfyller de ställda ska-kraven. Hitachi pekar på bl.a. följande. Ett av ska-kraven i upphandlingen var inlämnandet av en korrekt ifylld utvärderingsbilaga med årliga kostnader. Thöni har i den aktuella anbudsbilagan (Appendix 5) angett ett värde för ”Guaranteed Total raw gas production”, men har samtidigt reserverat sig med att ”Gas yields are guaranteed against GB21 tests according to our offer and warranty statement. Subject to contract agreement”. Vad gäller ”Guaranteed availability of Biogas plant” har Thöni uppgett att värdet endast är ”Theoretical calculation to derive the guarantee value below”. Thöni har genom dessa reservationer inte uppfyllt de ställda kraven eftersom man villkorat garanterade värden i sitt eget anbud och kommande avtalsförhandlingar. Thöni garanterar inte heller en tillgäng-

lighetsgrad enligt den andra angivna punkten, utan har uttryckligen enbart angett ett hypotetiskt värde för beräkningens skull.

Enligt förfrågningsunderlaget ska befintlig konsumtion räknas med i den angivna årliga kostnaden (punkten 4.1, Appendix 1, Technical Specification). Thöni har dock i anbudet (Appendix 5) gjort otillåtna undantag från detta krav genom att exkludera befintlig utrustning från den årliga kostnaden och har på så sätt erhållit en lägre kostnad och följaktligen en bättre utvärderingspoäng. Gällande ”Total Electrical Energy consumption” och ”Heat consumption” har Thöni, för såväl Base Case som Option 1-3, angett att den totala årliga kostnaden ”excludes existing compost obligations”. För Option 4 (Service- and support contract) har Thöni uppgett att den totala kostnaden ”excludes existing compost obligations”.

**Ekogas** bestrider att Thönis anbud innehåller otillåtna reservationer och undantag och menar att de kommentarer som Thöni har lämnat inte begränsar Thönis uppfyllande av aktuella obligatoriska krav eller Thönis garantier avseende desamma. Ekogas framför bl.a. följande. Även andra anbudsgivare har gjort motsvarande kommentarer till uppställda krav och inte heller de kommentarerna har bedömts utgöra otillåtna reservationer. Thöni har accepterat den i förfrågningsunderlaget angivna beräkningsmodellen och dess resultat. Thöni har som kommentar till kravet gällande ”Guaranteed total raw gas production” föreslagit att parterna istället ska använda sig av den internationellt erkända testmetoden GB21. Kommentaren innehåller dock ingen otillåten reservation, utan det obligatoriska kravet ifråga är uppfyllt. Syftet med de mätningar som beräkningsmodellen ska användas till är att erhålla ett referensvärde för att kunna utvärdera produktionskapacitetens förändring över tid med avseende på det inkommande substratets sammansättning. Den av anbudsgivarna garanterade kapaciteten påverkas inte av vilken mätmetod som används. Vad gäller ”Guaranteed availability of biogas plant” har Thöni uppgett att bolaget har förmåga att uppfylla en hundra-



procentig tillgänglighet. Thönis kommentar om att beräkningen är teoretisk, utgör ingen reservation mot ska-kravet i fråga och bolagets garanti om 99 procents tillgänglighet inskränks inte. Samtliga anbudsgivares beräkningar är dessutom teoretiska fram tills det finns en färdig anläggning som tagits i drift och vars tillgänglighet går att mäta. Kraven avseende ”Total electrical energy consumption” och ”Heat consumption” är utformade så att leverantören i sin beräkning av den framtida anläggningens el- och värmeförbrukning ska ta med förbrukningen av den nuvarande komposteringsanläggningen i den utsträckning som denna avses att användas (och därmed förbrukar el och värme) för att leverera efterfrågad funktion. Likaledes ska vid avgivande av anbud på Option 4 hänsyn tas till den nuvarande anläggningen i den utsträckning den avses användas. Av Thönis anbud framgår att bolaget, för att leverera upphandlad funktion, har för avsikt att använda en del av den nuvarande komposteringsanläggningen och att elförbrukningen för denna har tagits med i beräkningen. Resterande del av den nuvarande anläggningen (2 av 6 kamrar) kommer inte att användas och således inte att förbruka el eller värme eller behöva serviceavtal. Thöni har i sina kommentarer tydliggjort att den nuvarande förbrukningen för dessa två kamrar inte ingår i bolagets beräkning respektive att beräkningen av serviceavtalet inte omfattar dessa två kamrar. Kommentarer påverkar således inte Thönis garantier avseende aktuella ska-krav eller den i förfrågningsunderlaget preciserade och upphandlade funktionen.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Av rättspraxis följer att ett anbud som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget, dvs. avvikelser i fråga om villkor, reservationer och förbehåll, inte får utvärderas. Likabehandlingsprincipen kräver således att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan lämnade anbud (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält).

Av förfrågningsunderlaget (punkten 3.2 jämförd med punkten 2.1, Administrative Provisions) kan utläsas att samtliga ska-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas och att anbudet bl.a. ska innehålla ifyllt Tender Standard Form (Appendix 7), Evaluation model including annual costs (Appendix 5) och "Shall" requirement List (Appendix 6).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Thöni i sitt anbud (Appendix 7, Tender Standard Form) har garanterat att dess anbud uppfyller samtliga "Shall-demands" enligt Appendix 6 ("Shall" Requirement List) samt att det i Thönis Bid Document anges att bolaget accepterar "[t]he general administrative requirements of the project, all Shall requirements of the client Invitation to Tender, including clarifications via Questions and Answers and the time-table as amended during the procurement and as posted on the procurement portal [...]". Ekogas har uppgett att den mätmetod som anges i förfrågningsunderlaget syftar till att man ska erhålla ett referensvärde för att kunna utvärdera produktionskapacitetens förändring över tid. Den garanterade gasproduktionen påverkas enligt Ekogas inte av vilken mätmetod som används. Enligt förvaltningsrätten talar dessutom skrivningen "Subject to contract agreement" rent språkligt för att det enbart är fråga om ett förslag att använda en annan testmetod än den föreskrivna. Förvaltningsrätten anser däremot inte att det går att utläsa av Thönis kommentar att anbudet skulle vara villkorat på så sätt att den föreslagna ändringen av testmetod måste godtas vid kontraktsskrivningen för att anbudet ska vara giltigt. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den kommentar som Thöni har lämnat i Appendix 5 om testmetoden GB21 inte kan sägas innebära någon reservation i förhållande till den gasproduktion som Thöni garanterat ("Guaranteed total raw gas production").

Vad beträffar "Guaranteed availability of biogas plant" noterar förvaltningsrätten att begreppet "availability" definieras närmare i förfrågningsunderlagets tekniska specifikation (punkten 6.16, Appendix 1), vari även anges att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I FALUN  
Enhet 2

DOM

”The Biogas plant has a requirement of 98 % availability [...]”. Thöni har i anbudet (punkten 7, Appendix 7, Tender Standard Form) angett ett garanterat värde avseende tillgänglighet på 100 % (digester) och >98 % (whole plant) och i utvärderingsbilagan (Appendix 5) garanterar Thöni, såvitt avser Base Case, en tillgänglighet på 99 %. Förvaltningsrätten kan inte finna på vilket sätt den kommentar som Thöni har lämnat härvidlag om att beräkningen är teoretisk, skulle kunna innebära att Thöni inte står fast vid den garanterade tillgänglighetsnivån på 99 procent eller att det garanterade värdet skulle vara villkorat eller inskränkt på något sätt, särskilt med beaktande av det förfarande som tillämpas i upphandlingen. Förvaltningsrätten gör således sammanfattningsvis bedömningen att de av Thöni lämnade kommentarerna i anbudsbilagan avseende garanterad produktion och tillgänglighet inte utgör några reservationer vare sig i förhållande till obligatoriska krav eller till de egna utfästelserna i anbudet.

Hitachi gör vidare gällande att Thöni har gjort otillåtna undantag från förfrågningsunderlagets krav, genom att i anbudet exkludera kostnaden för den befintliga utrustningen från den uppgivna årliga el- och värmekostnaden. Hitachis resonemang grundar sig i att Thöni i kommentarsfältet för angiven totalkostnad avseende ”Total Electrical Energy consumption” och ”Heat consumption” har angett ”excludes existing compost unit obligations”.

I förfrågningsunderlaget anges att ”[t]he Tenderer shall include the electrical consumption of existing equipment into their total electrical consumption” (punkten 4.1, Appendix 1, Technical Specification). Ekogas har uppgett att kravet innebär att leverantören vid beräkningen ska ta hänsyn till kostnader för den befintliga anläggningen i den utsträckning denna avses användas. Även om det inte uttryckligen anges i den aktuella punkten i förfrågningsunderlaget att kostnader får undantas för förbrukning av el och värme i anläggningar som inte ska användas, anser förvaltningsrätten att en normalt omsorgsfull leverantör utifrån hur kravet i punkten 4.1 är utformat, ändå

måste ha förstått att kostnader för ”electrical consumption” inte ska räknas med för det fall en del av anläggningen inte avses användas och därmed inte heller kommer att förbruka någon el eller värme eller behöva något serviceavtal. Även om det inte framgår av Thöni kommentar i sig att det är enbart två kamrar som inte är medräknade, finner förvaltningsrätten inte skäl att ifrågasätta Ekogas uppgift om att det i vart fall på annat ställe i Thöni anbud framgår i vilken utsträckning bolaget har för avsikt att använda den befintliga komposteringsanläggningen. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att de aktuella kommentarer som Thöni har lämnat i Appendix 5 inte innebär något avsteg från de obligatoriska kraven på det sätt Hitachi gör gällande. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

#### Kostnader för Option 4

**Hitachi** anför i denna del bl.a. följande. Thöni har i bilaga 7 till sitt anbud angett en kostnad om 35 000 Euro för Option 4, men har i Appendix 5 angett en total kostnad om 25 000 Euro. Ekogas har gentemot Thöni således inte tillämpat principen om att samma värden ska anges i de bägge bilagorna, vilket visar att Ekogas krav är en efterhandskonstruktion och att lika-behandlingsprincipen har överträtts.

**Ekogas** invänder i denna del bl.a. följande. Ekogas har i slutet av förhandlingarna begärt att Thöni och Strabag, som var de anbudsgivare som med marginal låg bäst till, utöver det som alla anbudsgivare hade garanterat i Appendix 7 avseende Basic Option, även skulle ge in en version av Appendix 7 som avsåg Option 1. Båda versionerna av Appendix 7 baserar sig på de av anbudsgivarna angivna och garanterade värdena i Appendix 5. Eftersom både värdet om 25 000 Euro och 35 000 Euro återfinns i Appendix 5 och garanteras i de båda versionerna av Appendix 7, har det inte funnits något behov att begära ett förtydligande av Thöni. Båda versionerna av Appendix 7 utgör bilagor till kontraktshandlingarna.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Såvitt förvaltningsrätten förstår, grundar sig Hitachis talan i denna del på det faktum att Ekogas i förhållande till bl.a. Hitachi har begärt ett förtydligande med anledning av att Hitachi angett olika metanvärden i Appendix 5 och Appendix 7.

Förvaltningsrätten konstaterar att Option 4 avser "Service and support contract" (jfr punkten 2.4, Appendix 1, Technical Specification). Thöni har i Appendix 5 angett en kostnad om 25 000 Euro för "Service and support contract" såvitt avser Main evaluation of biogas plant ("Basic Option"). Thöni har i samma bilaga angett en kostnad om 35 000 Euro för "Service and support contract" såvitt avser Option 1. Thöni har efter förhandlingar med Ekogas ombetts lämna in ytterligare en version av Appendix 7 som avser Option 1, och däri angett en kostnad om 35 000 Euro för "Service and support contract". Såsom Ekogas påpekat i målet, återfinns således både värdet om 25 000 Euro och 35 000 Euro i Appendix 5 i Thönis anbud. De båda värdena garanteras också i de två versionerna av Appendix 7, vilka även utgör bilagor till kontraktshandlingarna. Förvaltningsrätten finner inte att Hitachi framfört omständigheter som visar att det vid dessa förhållanden har funnits anledning för Ekogas att begära ett förtydligande från Thöni eller att Ekogas agerande står i strid med likabehandlingsprincipen. Det saknas således för ingripande enligt LUF på denna grund.

#### Otillåten prisjustering innan förhandlingsfasen

**Hitachi** gör gällande att Ekogas har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att, innan förhandlingsfasen inletts, tillåta Thöni att massivt reducera sina kostnader. Hitachi anför i denna del bl.a. följande. Innan den slutliga utvärderingen och innan förhandlingarna inleddes med de anbudsgivare som lämnat de ekonomisk mest fördelaktiga anbuden, skickade Ekogas ut "Requests for Clarification" (RFQ) till alla anbudsgivare. Thöni sänkte under

denna period sin utvärderingspoäng kraftigt, vilket berodde på att Thöni inte enbart tilläts korrigera fel och göra förtydliganden i sitt anbud, utan att Thöni även tilläts ändra hela sin kostnadsberäkning för projektet, vilket inte hade något samband med de utskickade RFQ. Enligt Thönis första anbud från juni 2015 uppgick Thönis totala kostnader/år till 696 847 Euro, vilket var högre än Hitachis kostnader om 654 602 Euro. Vid inlämnandet av det andra anbudet i augusti 2015 hade Thönis totala kostnader sänkts till 380 031 Euro, vilket i huvudsak berodde på en oförklarlig sänkning av kostnaderna för Option 4 från 120 000 Euro till 25 000 Euro samt en sänkning av energikostnaderna från 207 750 Euro till 101 500 Euro, vilket det senare berodde på otillåtna reservationer. Genom de orealistiska och oförklarliga prissänkningarna uppnådde Thöni ett väsentligt lägre pris och en klar fördel gentemot de övriga anbudsgivarna. Prissänkningarna genomfördes i ett skede då det enbart var tillåtet för en anbudsgivare att justera sitt anbud i den mån det krävdes för att uppfylla RFQ och det var således inte fråga om någon förhandling med Ekogas.

**Ekogas** gör å sin sida gällande att de justeringar som Thöni gjort har skett under förhandlingarna med Ekogas och framför vidare bl.a. följande. Förhandlingarna har genomförts i enlighet med LUF och de grundläggande principerna och samtliga anbudsgivare, inklusive Hitachi, har fått samma möjligheter att justera sina anbud och priser fritt. Samtliga anbudsgivare har under förhandlingsfasen erhållit samma information och förutsättningar och den omständigheten att Thöni valde att sänka sina priser i större utsträckning än Hitachi är ingenting som kan läggas Ekogas till last.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Den ifrågavarande upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande enligt LUF, vilket innebär en större flexibilitet för den upphandlande enheten än vid andra upphandlingsförfaranden. Vid bedömningen av om de

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2

**DOM**

grundläggande principerna har iakttagits under ett förhandlat förfarande blir det relevant att pröva på vilket sätt förhandlingen har genomförts, snarare än vilken typ av kontraktsvillkor som varit föremål för förhandling. Det finns heller inget hinder mot att den upphandlande enheten förhandlar med anbudsgivarna om enbart priset, under förutsättning att förhandlingen genomförs på ett transparent och likabehandlande sätt (jfr HFD 2015 ref. 63).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte möter några hinder mot att en upphandlande enhet inleder förhandlingar med anbudsgivarna så snart anbudet har öppnats. Det finns inte heller några särskilda formkrav som måste vara uppfyllda för att en förhandling ska anses ha genomförts.

Av utredningen i målet framgår att sista dagen för att komma in med anbud var den 15 juni 2015. Under perioden den 1 juli – 24 juli 2015 skickade Ekogas ut frågeställningar och förklaringar till anbudsgivarna i form av RFQ. Hitachi synes i första hand göra gällande att Ekogas har inlett förhandlingarna först efter den 21 augusti 2015, då anbudsgivarna enligt Hitachis uppfattning, inkommit med ”nya anbud” i anledning av de ändringar som Ekogas vidtagit i och med de utskickade RFQ. Ekogas har emellertid uppgett att de initiala förhandlingarna påbörjades med samtliga kvalificerade anbudsgivare redan efter anbudsöppningen i och med att RFQ skickades ut och anbudsgivarna då ombads lämna vissa förklaringar och justera sina anbud utifrån dessa. Enligt Ekogas har således Thönis justeringar och ändrade prissättning i anbudet skett under förhandlingsfasen. Det noteras att även Hitachi, som i den preliminära utvärderingen hade den nästa lägsta utvärderingspoängen, korrigerade sina kostnader kraftigt i förhållande till vad som angivits i anbudet den 15 juni 2015 med anledning av de RFQ som Ekogas skickade ut den 24 juli 2015. Förvaltningsrätten noterar vidare att den prisjustering som skett i Thönis anbud efter det att Ekogas skickade ut de RFQ som Hitachi hänvisat till i målet och som Hitachi menar utgör ramen för förhandlingen med Thöni, endast är marginella. Enligt förvaltnings-

rättens mening visar utredningen i målet inte på annat än att de prisjusteringar som gjorts i bl.a. Thönis anbud har föranletts av den förhandling som hållits med Ekogas, varför det inte kan anses vara fråga om något nytt anbud efter anbudstidens utgång eller någon annan otillåten komplettering från Thönis sida. Annat har inte heller framkommit än att förhandlingen, även initialt, syftat till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr punkten 6, Administrative Provisions vari anges att ”The Purchaser will negotiate with the Tenderers that offer the most economically advantageous tenders”). Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att Hitachi har framfört sådana omständigheter som visar att Ekogas har genomfört förhandlingen på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling eller någon annan bestämmelse i LUF.

*Anbudet från Strabag*

Otillåtna reservationer m.m.

**Hitachi** anför bl.a. följande. Strabag har i bilaga till anbudet (Appendix 6, ”Shall” Requirement List) gjort otillåtna reservationer, vilket innebär att bolaget inte uppfyller samtliga ska-krav. Strabag har inte heller undertecknat Appendix 6 och därigenom bekräftat att man uppfyller samtliga ska-krav. I förfrågningsunderlaget (Appendix 2, Frame Description) anges följande: ”Indoor temperature in operating premises, e.g. room for gas equipment, shall be at least +5°C when the Works has been completely shut off and -25°C outdoors. The indoor temperature may not exceed +30°C. For heated personell areas positive pressure ventilation shall be set up. The temperature in the room shall be a minimum of +20°C for Works that is shut off and -25°C outdoors with a maximum of +25°C regardless of the outdoor temperature.”. Strabag har, såvitt avser ”Heat consumption”, i Appendix 5 angett att det angivna värdet enbart omfattar ”consumption of digester”. Detta innebär att Strabag endast inkluderat mängden energi för rötningskammaren, men exkluderat resterande nya byggnader. Detta står i strid med kravet och innebär att Strabag härigenom kunnat ange ett lägre värde för värmekonsument-



ionen och på så sätt erhålla en bättre utvärderingspoäng. Strabags anbud borde således ha förkastats då det vid anbudsinslämnandet inte uppfyllde de aktuella ska-kraven. Ekogas har, genom att låta Strabag läka denna brist, agerat i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen.

**Ekogas** gör å sin sida gällande att Strabags anbud inte innehåller några reservationer i förhållande till de ställda ska-kraven och uppger i denna del bl.a. följande. De uttryckliga reservationer som Strabag liksom övriga anbudsgivare har gjort i Appendix 6 har inte godtagits, utan Ekogas har till respektive anbudsgivare begärt ett förtydligande om att Appendix 6 ska ges in utan reservationer, vilket också har skett från Strabag. Appendix 6 till Strabags anbud, daterad den 15 juni 2015, är undertecknad av företrädare för Strabag. Av förbiseende från Ekogas sida skickades ändå en begäran om undertecknande ut till Strabag. De kommentarer som Strabag har lämnat till ett antal ska-krav i Appendix 5 begränsar inte bolagets uppfyllande av aktuella krav eller Strabags garantier avseende desamma. Kommentarer till beräkningen utgör förklaringar vilka inte påverkar Strabags garantier avseende aktuella ska-krav eller den i förfrågningsunderlaget preciserade och upphandlade funktionen.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Ekogas har i målet gett in kopia av "Shall Requirement List" (Appendix 6), vilken är daterad den 15 juni 2015 och undertecknad av två företrädare för Strabag. Det får därmed anses klarlagt att Ekogas begäran om förtydligande såvitt avser undertecknandet har skett av förbiseende och att Hitachi saknar grund för sitt påstående i denna del.

I förfrågningsunderlaget anges att "[a]ll of the "shall" requirements must be satisfied for a tender to be included in the evaluation" (punkten 3.2, Administrative Provisions). Vidare anges att "[t]he contracting unit may also re-

quest that the tender is clarified and supplemented provided this can be done without the risk of discrimination or the restriction of competition.”(Jfr punkten 2.7, Administrative Provisions).

Vid ett förhandlat förfarande har, såsom ovan nämnts, den upphandlande enheten en större flexibilitet än vid andra typer av förfaranden och anbuderna får anpassas till de krav som ställts upp. Även om den upphandlande enheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att kraven i förfrågningsunderlaget, som den frivilligt valt att göra tvingande, iaktas (jfr bl.a. Europeiska unionens förstainstansrätts dom den 28 november 2002 i mål T-40/01, Scan Office Design SA mot Europeiska unionens kommission).

Ekogas har framfört att Strabag, liksom övriga anbudsgivare, har lämnat uttryckliga reservationer i Appendix 6 och att samtliga anbudsgivare, inklusive Hitachi, har fått tillfälle att under den inledande förhandlingen justera sina anbud i enlighet med de RFQ som skickades ut. Annat har inte framkommit än att såväl Strabag som Hitachi därefter lämnade in Appendix 6 i enlighet med vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Det har inte heller framkommit omständigheter som talar för att Ekogas under detta skede i förhandlingen skulle ha gynnat eller missgynnat någon av anbudsgivarna i detta hänseende. Även om det kan ifrågasättas i vad mån det är tillåtet att tillrättalägga en anbudsbrist avseende obligatoriska krav under förhandlingens gång (jfr EU-domstolens dom i mål nr C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Eesti mot Rahanduministeerium), gör förvaltningsrätten bedömningen att det i förevarande fall - där det dessutom handlar om krav uppställda utifrån anskaffandet av en viss funktion - har kunnat ske utan risk för särbehandling och med beaktande av likabehandlingsprincipen.

Ekogas har uppgett att kravet bl.a. avseende ”Heat consumption” är utformat så att leverantören i sin beräkning av den framtida anläggningens vär-

meförbrukning ska ta med förbrukningen av den nuvarande komposteringsanläggningen i den utsträckning denna avses att användas för att leverera efterfrågad funktion. Förvaltningsrätten finner inte visat att Strabag, genom att i kommentaren ange ”consumption of digester”, har reserverat sig i förhållande till några obligatoriska krav eller i förhållande till egna utfästelser i anbudet.

Angivna metanvärden

**Hitachi** gör gällande att Ekogas har förfarit i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen genom att tillåta Strabag att använda sig av olika metanvärden. Hitachi anför bl.a. följande. Strabag har i Appendix 7 till sitt anbud angett ett metanvärde om > 50 %, men har i Appendix 5 till anbudet angett ett metanvärde om 61 %. Ekogas påstående om att samma värden ska anges i de båda bilagorna till anbudet är således en efterhandskonstruktion.

**Ekogas** gör för sin del gällande att Strabag inte har tillåtits ange divergerade värden och pekar på bl.a. följande. Strabag har, liksom övriga anbudsgivare, getts möjlighet att klargöra sitt anbud. Strabags angivande av olika metanvärden i Appendix 5 respektive Appendix 7 har hanterats på samma sätt som för övriga anbudsgivare och Hitachis invändning synes grunda sig på att det tagit del av en version av Strabags anbud som senare justerats.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten finner inte att Hitachi har motbevisat Ekogas uppgift om att Strabag, i likhet med övriga anbudsgivare, har fått förtydliga sitt anbud och därmed inte tillåtits ange olika metanvärden i Appendix 5 respektive Appendix 7. Vid dessa förhållanden finner förvaltningsrätten inte visat att Ekogas har förfarit i strid med likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LUF.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att det finns skäl för ingripande enligt LUF på de av Hitachi åberopade grunderna, varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Eva Karlsson Helghe  
rådman



# SVERIGES DOMSTOLAR

## 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.

