

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2014-07-16
Meddelad i
LinköpingMål nr
3482-14
Enhet 2**SÖKANDE**Nordkalk AB, 556073-4054
Box 901
731 29 KöpingOmbud: Legal Counsel Martina Snåre
Nordkalk Oy Ab
Skräbbölevägen 18
21600 Pargas
Finland**MOTPART**Norrköping Vatten och Avfall AB, 556526-9445
Box 85
601 02 Norrköping**SAKEN**Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling
inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDEFörvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 171137

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköping Vatten och Avfall AB (NoVa) genomför en upphandling avseende släckt teknisk kalk benämnd *UH-2013-385/ V-2013-330* (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LUF och som tilldelningsgrund tillämpas lägst pris. NoVa har i tilldelningsbeslut den 5 maj 2014 antagit anbud lämnat av SMA Mineral AB (SMA).

Nordkalk AB (Nordkalk) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering företas där anbudet från Nordkalk beaktas.

NoVa motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Nordkalk

NoVa har angivit följande orsaker till att Nordkalks anbud har förkastats:

- Bilagan om annans kapacitet var inte bifogad.
- Offererad kalk innehåller enligt produktblad 93 procent Ca(OH)_2 och i skall-kravet anges > 93 procent.
- Egna leveransvillkor är medskickade och anses som en reservation mot de leveransvillkor som ställts som krav i upphandlingen. Reservationer är inte tillåtna enligt upphandlingsföreskrifterna.

Annans kapacitet

Utgångspunkten i 11 kap. 5 § LUF är att en leverantör har rätt att vid behov återropa annat företags kapacitet. Leverantören åläggs däremot ingen skyldighet enligt LUF att meddela att de inte använder sig av denna rätt. I upp-

handlingens skall-krav anges dock att ”anbudsgivare som inte avser att åberopa annan leverantörs kapacitet enligt vad som sägs ovan skall skicka med en handling av vilket det ska framgå att annans kapacitet inte åberopas”.

I skall-kraven nämns inte att denna information måste bifogas som en viss bilaga till anbudet, utan i kraven nämns ”en handling”. Nordkalk har i sitt anbud i två bilagor framfört att det rör sig om Nordkalks produkter som tillverkas i Landskrona samt optionerna till Landskronas produkt VK Hydrat som tillverkas i Hylla i Norge och Nordkalk SL KÖ som tillverkas i Köping. Av Nordkalks handling ”Produktblad Nordkalk SL LA” framgår att Nordkalk SL LA-produkten tillverkas i Landskrona och att försäljningen sköts därifrån. Dessutom framgår det av Nordkalks företagspresentation i skall-kravbilagan att ”Nordkalk är Nordeuropas ledande tillverkare av högklassiga kalkstensbaserade produkter. Nordkalk bryter kalksten och förädlar den till produkter av högklassig kvalitet för miljövård, industri och lantbruk”. Det torde således stå klart att Nordkalk tillverkar sina produkter självt.

Det faktum att informationen om egen kapacitet inte framförts i korrekt nämnd och skild bilaga kan inte anses vara ett tillräckligt skäl för uteslutande av bolagets anbud från upphandlingsprocessen. Det anges inte heller i skall-kraven att detta skulle utgöra grund för uteslutning. För det fall det föreligger oklarheter i en anbudsgivares anbud finns dessutom möjlighet för den upphandlande enheten att begära förtydligande eller komplettering av anbudet i enlighet med 9 kap. 8 § LUF. NoVa har i yttrande till rätten emellertid framfört att förtydliganden och kompletteringar inte kunnat begäras då detta skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Nordkalk vill dock understryka att trots det faktum att bestämmelsen i 9 kap. 8 § LUF ska tolkas restriktivt skulle ett förtydligande i förevarande fall inte ha stridit mot aktuell paragraf. Detta eftersom Nordkalks anbud uppfyllde alla krav som ställts i upphandlingen och ett förtydligande där-

med inte skulle ha innehållit något som skulle ha stått i strid med principerna i 1 kap. 24 § LUF.

Offererad kalk

Nordkalk har bekräftat att bolaget uppfyller skall-kravet som uppställts i förfrågningsunderlaget om att innehållet av $\text{Ca}(\text{OH})_2$ skall vara > 93 procent. Eftersom det är fråga om ett kvalitetskrav för kalk, som oberoende av leverantör, alltid har en variation som beror på råmaterialet är Nordkalks produktdatablad uppbyggt på basen av analysresultat som gjorts under åren. Då det är fråga om typiska värden, anges 93 procent i produktdatabladet. Att försöka ta fasta på att ett tecken (>) utelämnats ur Nordkalks dokument är osakligt och icke-relevant i förevarande fall. Dessutom har Nordkalk som option offererat en kalk från Norge som enligt bilagt produktdatablad har ett snittvärde på 96 procent.

Även SMA har framfört typiska värden i sitt produktdatablad och poängte-
rar att det rör sig om haltmedelvärden i procent och tillhörande standard-
avvikelse. Det faktum att det typiska värdet för en viss tidsperiod har varit
93 procent (som i Nordkalks produktdatablad) eller 93,2 procent (som i
SMA:s produktdatablad) garanterar inte i sig att halten $\text{Ca}(\text{OH})_2$ inte skulle
kunna gå under 93 procent i visa fall. SMA har i sin kvalitetsbilaga ut-
tryckligen skrivit ut följande. ”Garanterad minimihalt på $\text{Ca}(\text{OH})_{2\text{ASTM}}$ är
93 procent, i praktiken uppnås dock > 94 procent”. Men inte heller denna
specifisering ändrar dock på detta faktum i och med att det inte heller där
garanteras en halt på mer än 93 procent. För det fall NoVa anser att Nord-
kalks anbud inte uppfyller kvalitetskraven så ska inte heller SMA:s anbud
anses uppfylla kriterierna i denna del, eftersom SMA för att uppfylla kra-
ven borde ha angivit att den garanterade minimihalten är **mer än** 93 pro-
cent. Båda företagen har dock i skall-kraven accepterat en minimihalt på
minst 93 procent $\text{Ca}(\text{OH})_2$ och det råder inget tvivel om att båda företagen

anser sig kunna uppfylla detta minimikrav. Att ta fasta på hur dessa tal råkar vara uttryckta i handlingarna och av detta dra egna slutsatser kan inte anses vara i enlighet med likabehandlingsprincipen och syftet med LUF.

Egna leveransvillkor

Det inte korrekt att Nordkalks egna villkor, som bilagts bolagets anbud, utgör någon reservation mot de villkor som uppställts i upphandlingen. Nordkalk har i anbudet uppgett att bolaget godkänner de villkor som NoVa uppställt och Nordkalks villkor är endast med som en komplettering för det fall NoVas villkor inte skulle täcka någon viss aspekt. Nordkalks villkor är bra att ha med som en komplettering med tanke på att det i dessa tas upp säkerhetsaspekter vid leverans av kalk som inte finns med i upphandlingsdokumenten. Det ingår i Nordkalks interna riskhanteringsprinciper att alltid bifoga de allmänna villkoren för att trygga att alla aspekter är täckta vid leverans, detta särskilt när det gäller klassificerade ämnen, såsom $\text{Ca}(\text{OH})_2$, som kan förorsaka skada om de hanteras eller levereras på ett felaktigt sätt.

Skada

Till följd av att Nordkalks anbud felaktigt har förkastats trots att det uppfyller kvalificeringskraven och de obligatoriska kraven som uppställts i förfrågningsunderlaget har bolaget lidit sådan skada som avses i 16 kap. 6 § LUF. Bolaget har berövats möjligheten att få leverera sina produkter och har således drabbats av vinstbortfall på grund av den förlorade affären.

NoVa

Nordkalks anbud har förkastats på grund av att samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen inte varit uppfyllda. Bolaget har därmed inte lidit, och kan inte heller komma att lida, någon skada enligt 16 kap. 6 § LUF.

Annans kapacitet

Det är ostridigt att en leverantör enligt 11 kap. 5 § LUF inte åläggs en skyldighet att meddela att de inte använder sig av rätten att åberopa annans kapacitet. NoVa har dock i skall-kravbilagan framfört att anbudsgivare som inte avser att åberopa annan leverantörs kapacitet ska skicka med en handling av vilket det ska framgå att annans kapacitet inte åberopas. Vidare anges att bilagan ”Intyg om kapacitet” ska innehålla det som efterfrågas enligt alternativ 1 (anbudsgivare som avser att åberopa annans kapacitet) eller alternativ 2 (anbudsgivare som inte avser att åberopa annan leverantörs kapacitet) beroende på vilket alternativ som väljs. Nordkalks bilaga döpt till ”Intyg om kapacitet” innehåller istället en förteckning över referensuppdrag.

Oavsett om det är oklart eller inte huruvida Nordkalk självt tillverkar sina produkter skulle en ändring av det aktuella skall-kravet innebära en väsentlig förändring av upphandlingen, vilket skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Som Nordkalk självt har anfört föreligger det dessutom ingen skyldighet för en upphandlande enhet att begära in förtydliganden och kompletteringar och i förevarande fall har NoVa bedömt att detta inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det följer dessutom av prop. 2006/07:128 s. 377 att bestämmelsen ska tillämpas restriktivt.

Vad gäller Nordkalks påstående om att det i skall-kravbilagan inte nämns vilka grunder för uteslutning som finns så kan NoVa endast replikera med att det följer av upphandlingsrättsliga principer samt av praxis att för det fall en anbudsgivare inte uppfyller skall-kraven så ska anbudet förkastas.

Med anledning av det ovan anförda ska bolagets anbud inte beaktas i upphandlingen.

Offererad kalk

NoVa tillbakavisar Nordkalks påstående om att NoVa tagit fasta på att ett tecken (>) utelämnats ur bolagets dokument och använt detta som ett svepskäl för att förkasta anbudet. Att acceptera ett anbud som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven skulle strida mot bland annat principerna om likabehandling och transparens. I såväl skall-kravbilagan som i avtalsförslaget anges att kalken ska innehålla > 93 procent Ca(OH)_2 . Nordkalk uppfyllde inte kravet på att offererad kalk skulle innehålla > 93 procent Ca(OH)_2 och bolagets anbud förkastades således.

NoVa vitsordar att Nordkalk i sitt anbud angivit ytterligare en kalk som har ett snittvärde på 96 procent Ca(OH)_2 . Den norska kalken är emellertid endast angiven som en option och är således ovidkommande i detta fall. Dessutom är Nordkalks anbudspris lämnat utifrån kalken som innehåller 93 procent Ca(OH)_2 , och det är därmed den kalken som NoVa har utvärderat.

När det gäller SMA:s anbud så vill NoVa framhålla följande. I skall-kravbilagans punkt 8.3 anges att produktbladet ska innehålla uppgifter om hur många procent Ca(OH)_2 offererad produkt innehåller. NoVa har följaktligen utgått från det som SMA angivit i produktbladet, det vill säga att offererad kalk innehåller 93,2 procent Ca(OH)_2 . SMA:s anbud uppfyller därmed uppställda kvalitetskrav i fråga om kalken.

NoVa gör även gällande att det står en upphandlande enhet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget ska utformas i en upphandling och att enheten själv väljer vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för bland annat de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF, vilket är fallet i förevarande upphandling.

Egna leveransvillkor

Av punkt 6.3 i bilagan ”Upphandlingsföreskrifter” framgår att anbudet ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa anbud eller så kallade sidoanbud accepteras inte. NoVa har i den aktuella upphandlingen gjort bedömningen att Nordkalks egna leveransvillkor, som bifogades anbudet, är just en reservation mot de leveransvillkor som ställts som krav i upphandlingen. Vad gäller Nordkalks påstående om att bolagets egna leveransvillkor endast är med som en komplettering och inte som en reservation till de i upphandlingen angivna villkoren så vill NoVa framhålla att inte heller detta är tillåtet. Det är ostridigt att Nordkalks egna villkor är ett tillägg till NoVas villkor och enligt NoVas bedömning ska tillägget i vart fall ses som ett alternativt anbud eller ett så kallat sidoanbud.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Av 1 kap. 24 § LUF framgår 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.

Av handlingarna i målet framkommer att Nordkalks anbud förkastats till följd av bristande skall-kravuppfyllelse vad avser tre områden.

- En separat bilaga avseende annans kapacitet var inte bifogad.

- Offererad kalk innehåller enligt produktblad 93 procent Ca(OH)_2 och i skall-kravet anges > 93 procent.
- Egna leveransvillkor är medskickade och anses som en reservation mot de leveransvillkor som ställts som krav i upphandlingen.

Annans kapacitet

Förvaltningsrätten konstaterar att Nordkalk inte till sitt anbud har bifogat en separat handling där det framgår att annans kapacitet inte åberopas. Nordkalk har dock i två andra delar av i sitt anbud framfört att det som offereras är Nordkalks egna produkter. Det går emellertid inte att direkt av bilagan ”Intyg om kapacitet” utläsa att bolaget inte avser att åberopa annat företags kapacitet, så som efterfrågas i skall-kravbilagan.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att Nordkalks anbud avviker från det obligatoriska kravet om hur information om eventuellt nyttjande av annans kapacitet ska redovisas. Det är dock klarlagt att informationen framgår av andra delar av anbudet. Frågan blir då om avvikelsen från det obligatoriska kravet innebär att anbudet från Nordkalk ska förkastas.

EU-domstolen har konstaterat att det, för att upprätthålla principen om likabehandling, krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C-243/89 Europeiska kommissionen mot Konungariket Danmark).

Även proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. I upphandlingens utvärderingsfas innebär proportionalitetsprincipen enligt doktrinen bl.a. att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Offentlig upphand-

ling, 1998, s. 16). I Tribunalen har vid flera tillfällen anförts att den som genomför en upphandling har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att domstolens prövning endast ska avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se bl.a. mål T-139/99, Alsace International Car Service). Uttalandet från Tribunalen ger enligt förvaltningsrätten stöd för att det kan anses vara oproportionerligt att förkasta ett anbud till följd av oväsentliga och irrelevanta avvikelser från obligatoriska krav.

Den avvikelse som konstaterats är alltså att uppfyllandet av kravet om att anbudsgivarna i separat bilaga ska ange att annans kapacitet inte åberopas har styrkts genom att informationen framgår av två andra bilagor i anbudet. Förvaltningsrätten anser att avvikelsen från skall-kravbilagan, med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och innebörden av det aktuella kravet, måste anses vara irrelevant och oväsentlig. Det väsentliga är att informationen framgår av anbudet. Vid denna bedömning beaktar förvaltningsrätten också att avvikelsen från kravet inte är av sådan art att det kan ge Nordkalk en konkurrensfördel gentemot de övriga leverantörerna och att bristen på likabehandling, om Nordkalks redovisning godtas, därför får anses vara försumbar. Det är därför oproportionerligt att förkasta Nordkalks anbud på denna grund.

Offererad kalk

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att mot bakgrund av hur Nordkalks anbud är utformat så får det anses att offererad kalk är ”Nordkalk SL LA” som innehåller 93 procent $\text{Ca}(\text{OH})_2$. Anbudspriset är lämnat utifrån denna kalk och det är den kalken som har utvärderats av NoVa.

En utgångspunkt vid all offentlig upphandling är att det är anbudsgivaren som genom sitt anbud har att visa att denne uppfyller av den upphandlande enheten uppsatta krav. Med hänsyn härtill har det således åvilat Nordkalk att åberopa underlag som visar att bolagets offererade kalk uppnår krävd nivå om > 93 procent Ca(OH)_2 . Nordkalk har i aktuellt hänseende till sitt anbud fogat ett produktblad av vilket det bl.a. framgår att offererad kalk innehåller 93,0 procent Ca(OH)_2 . Förvaltningsrätten konstaterar således att det funnits grundad anledning för den upphandlande enhetens bedömning att Nordkalk inte tillhör den krets av leverantörer som är kvalificerade att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Med hänsyn härtill har NoVa haft fog för sitt beslut att utesluta Nordkalk ur upphandlingen.

När det gäller Nordkalks invändning om att det vinnande anbudet inte skulle uppfylla aktuellt produktkvalitetskrav konstaterar förvaltningsrätten att SMA i sitt produktblad angivit att offererad kalk innehåller 93,2 procent Ca(OH)_2 . Således uppfyller SMA:s anbud uppställt krav på att kalken ska innehålla > 93 procent Ca(OH)_2 . Upphandlande enhet har inte funnit skäl att ifrågasätta riktigheten i denna uppgift och enligt förvaltningsrättens mening är det den upphandlande enheten som är bäst lämpad att utvärdera anbuden utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten träder därför inte in i NoVa:s utvärderande roll utan prövningen är begränsad till om utvärderingskriterier och utvärderingsmetod är förenliga med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF.

Egna leveransvillkor

Det är i målet ostridigt att Nordkalk i sitt anbud har bekräftat att bolaget accepterar de leveransvillkor som uppställts i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte att det förhållandet att Nordkalks anbud, för att täcka upp säkerhetsaspekterna vid leverans av ett klassificerat ämne, innehåller ett förslag att även ”Nordkalks allmänna leveransvillkor” ska gälla för det

aktuella uppdraget innebär att bolagets anbud utgör ett orent anbud (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 8 juni 2012 i mål nr 834-12).

Sammanfattning

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten ovan konstaterat att Nordkalk brutit i sin uppfyllelse av ett obligatoriskt krav i upphandlingen och att NoVa således förfarit korrekt då man förkastat bolagets anbud föreligger inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

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

Magnus Wickström

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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. 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 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.