



SÖKANDE

Camfil Svenska AB, 556088-1327
Kryptogatan 2
431 53 Mölndal

Ombud: Sofia Okblad
Samma adress

MOTPART

1. Fastighets AB Mjölby Industribyggnader, 556068-4937
c/o Mjölby kommun
595 80 Mjölby

2. Mjölby kommun, 212000-0480
595 80 Mjölby

3. Motala kommun, 212000-2817
591 86 Motala

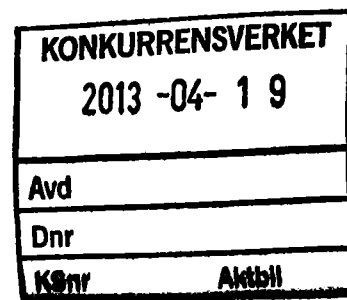
Ombud för 1–3: Rickard Jakobsson
Inköpssamverkan
Drottninggatan 2
591 86 Motala

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fastighets AB Mjölby Industribyggnader, Mjölby kommun och Motala kommun (upphandlande myndigheterna) gick ut med en upphandling avseende ventilationsfilter, diarienummer UH-2012-108. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande. Vid anbudstidens slut hade fyra anbud lämnats i upphandlingen. Ett av fyra anbud kvalificerade sig och gick vidare till utvärderingsfasen. Leverantören som kvalificerade sig och gick vidare var Dinair Ekonomifilter AB (Dinair). I tilldelningsbeslut antogs Dinair. Av tilldelningsbeslutet framgår att Camfil AB:s (Camfil) anbud inte varit kvalificerat på grund av att de hade angett fel LCC indata för beräkning av LCC total kostnad.

Camfil ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Upphandlande myndigheterna motsätter sig Camfils yrkande.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Camfil

I förfrågningsunderlaget från Motala Inköpssamverkan är det krav på att det ska vara P-märkta filter. Enligt avsnitt 2.2. "Produkter" i förfrågningsunderlaget ska offererade filter vara P-märkta enligt SPCR 022 ("Certifieringsregler för luftfilter") eller liknande. Nedan visas en tabell på gränsvärden enligt SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut (SP SITAC) certifieringsregler CR 055 (tidigare SPCR 022).

Tabell 1. Gränsvärden vid test av långtidsegenskaper

Filterklass enl. SS-EN 779	Lägsta partikelavskiljningsgrad vid test enligt SP-metod 1937	
	0,4 µm	0,87 µm
F5	2 %	8 %
F6	12 %	25 %
F7	50 %	70 %
F8	70 %	85 %
F9	80 %	90 %

Lägsta partikelavskiljningsgraden för ett P-märkt F7-filter är 50 procent vid 0,4 µm. Camfil anger att Dinair skickat in ett testprotokoll med 48 procent i upphandlingen och att det dessutom framgår av testprotokollet att påsarna är 660 mm djupa. På SP SITAC:s hemsida är det filter med 635 mm djupa påsar som är P-märkta. Detta är en helt annan modell än de som är P-märkta. Arean är större och tryckfallet lägre än deras P-märkta produkt och de får därför bättre prestanda. LCC-beräkningarna som är gjorda efter uppgifter i detta testprotokoll är inte överensstämmande med verkligheten då deras filter har 635 mm långa påsar.

I förfrågningsunderlaget anges som ett skallkrav att en LCC-beräkning för filterklass F7 ska bifogas anbudet utifrån de mått som anges i underlaget. De aktuella måtten är 592 x 592 x 635-10/2 samt 930 x 465 x 360-6/25. I testprotokollet för filterklass F7 som Dinair kommit in med framgår dock att man använt en filterstorlek med måtten 592 x 592 x 660, alltså inga av de efterfrågade måtten. Då testerna utförts på ett filtermått som inte är P-märkt så har också resultatvärdena i testresultatet påverkats. I praktiken innebär detta även att värdena i LCC-beräkningen blivit felaktiga vilket riskerat att påverka totalkostnaden för det aktuella filtret. Följaktligen har de uppsatta skallkraven i förfrågningsunderlaget, som säger att LCC-beräkningen ska göras efter vissa angivna mått, inte uppfyllts av Dinair. Dinairs anbud borde således ha diskvalificerats. I praktiken skulle då inget anbud ha kvalificerat sig för utvärdering.

Bifogat datablad på Dinairs P-märkta F7 visar att de har ett begynnelsestryckfall på 83 pa vid 3400 m³/h. Enligt testprotokollet som följde med anbudet har filtret som LCC-beräkningen gjorts på 77 pa. Detta blir stor skillnad när man beräknar totalkostnaden i LCC.

Till följd av att Dinairs anbud inte uppfyller samtliga skallkrav i förfrågningsunderlaget och därigenom borde diskvalificerats, samtidigt som inga andra anbud kvalificerade sig för utvärdering, har Camfil riskerat att lida skada då upphandlingen under sådana omständigheter borde ha gjorts om.

Upphandlande myndigheterna

Det mätprotokoll från Dinair, EN 779:2012 med referensnummer PX16110-01G, som Camfil refererar till avgör endast vilken klass ett filter ska få, inget annat. SP SITAC har då efter mätning klassificerat aktuellt filter som partikelavskiljningsklass F7. De gränsvärden vid test av långtidsegenskaper som framgår av tabell 1 är en helt annan provning, att aktuellt filter uppfyller samtliga krav som ställs på en P-märkt produkt garanterar SP SITAC genom att utfärda godkännandebevis.

I förfrågningsunderlaget framgår under avsnitt 2.2 att det till anbudet ska bifogas senaste provningsresultatet, som bör vara högst ett år gammalt. Filtertest ska avse filterkassett storlek 592 x 592 i filterklass F5–F7. Med andra ord framgår det inte i förfrågningsunderlaget vilken filterstorlek testprotokollet ska baseras på och således har Dinair följt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

De LCC-beräkningar som är redovisade i Dinairs anbud är utförda på P-märkta filter med mått enligt förfrågningsunderlag, aktuellt F7-filter finns upptaget på godkännandebevis som artikelnummer 76615, både metall-

och plastram. Dinair har lämnat en LCC-beräkning utifrån de förutsättningar som förfrågningsunderlaget efterfrågar.

Eftersom SP SITAC har utfärdat P-märkning till Dinair för det filter som är ifråga, Maxflo G F7, så anser upphandlande myndigheter att Camfils yrkande om partikelavskiljningsgraden egentligen är irrelevant då de utgår från att SP SITAC har utfört ett korrekt test.

Vidare kan inte Camfil anses ha lidit skada i upphandlingen då dess anbud inte kvalificerades på grund av fel uppgifter i LCC-beräkningen vilket resulterade i ett felaktigt värde. Upphandlande myndigheter anser att ansökan från Camfil inte kan bifallas.

Beträffande Dinairs produktblad kan invändas att det är omöjligt att avläsa ett exakt tryckfall och det är inte heller syftet med produktbladet. I stället är syftet att visa ungefärligt tryckfall.

En summering av ovanstående är att det aldrig ställs något krav i upphandlingen på att testprotokollet enligt avsnitt 2.2 och filterstorleken i avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget måste avse på millimetern exakt samma dimensioner. Med hänsyn till detta kan inte Camfil anses lida skada då Dinair lämnat ett godkänt och kvalificerat anbud enligt de uppställda kraven i upphandlingen.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Av förfrågningsunderlaget avsnitt 2.2 framgår att offererade filter ska vara P-märkta enligt SPCR 022 ("Certifieringsregler för luftfilter") eller liknande. Vid liknande märkning ska leverantören bifoga uppgifter som styrker att filtren är lika med P-märkning. Minimikrav på minsta avskiljningsgrad enligt tabell 1 redovisad i SP-metod 1973 för test av långtidsegenskaper ska gälla. Till anbudet ska bifogas senaste provningsresultatet, som bör vara högst ett år gammalt. Filtertest ska avse filterkassett storlek 592 x 592 i filterklass F5–F7. Produkterna ska uppfylla Europeisk och Svensk standard SS-EN 779:2002. Med varje emballage ska speciell, för ändamålet lämplig, tätningslist samt skyddshandskar och munskydd ingå.

Av förfrågningsunderlaget avsnitt 5.3. framgår bl.a. följande. Beräkning av LCC_{total} för filter ska utföras via webbaserat beräkningsverktyg från Belok. Redovisning ska ske på detaljerad rapport för utskrift från det webbaserade beräkningsverktyget. Totalt ska sex stycken separata LCC-beräkningar lämnas för filterklasserna F5–F7, två olika storlekar per filterklass. För filterklass F7 ska användas dels 592 x 592 x 635-10/25, luftflöde $0,90 \text{ m}^3/\text{s}$, tvärsnittsarea $0,35 \text{ m}^2$, dels 930 x 465 x 360-6/25, luftflöde $0,90 \text{ m}^3/\text{s}$, tvärsnittsarea $0,35 \text{ m}^2$.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Har de upphandlande myndigheterna brutit mot någon bestämmelse i LOU

Parterna har olika uppfattningar i fråga om Dinair uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Camfil ifrågasätter alltså om Dinair uppfyller kravet på att offererade filter ska vara P-märkta och kravet på LCC-beräkningar utifrån angivna förutsättningar. Camfil framhåller att testprotokoll i Dinairs anbud innehåller uppgifter som talar för att kraven inte är uppfyllda. Någon anmärkning mot förfrågningsunderlaget har Camfil inte gjort.

Myndigheterna invänder att det av godkännandebevis framgår att Dinairs filter har P-märkning. Enligt myndigheterna är det riktigt att filter i testprotokoll inte stämmer överens med filterstorlek som använts vid LCC-beräkning. Samtidigt framhåller myndigheterna att det av förfrågningsunderlaget inte framgår vilken filterstorlek testprotokoll ska baseras på, något som enligt myndigheterna medför att Dinair uppfyller kravet om att det till anbud ska fogas provningsresultat. Myndigheterna framhåller också att Dinair lämnat LCC-beräkningar utifrån de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget.

Det kan konstateras att Dinairs anbud innehåller bl.a. LCC beräkningar för filterklass F7 i två olika storlekar, dels 592 x 592 x 635 mm, dels 930 x 465 x 360 mm.

Förvaltningsrätten finner – med beaktande av vad Camfil anfört och av vad myndigheterna invänt – att annat inte har kommit fram i målet än att Dinair uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Myndigheterna har därför inte brutit mot någon bestämmelse i LOU när de prövat Dinairs anbud.

Är skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU uppfyllt

För att en leverantör ska vinna framgång med en ansökan om överprövning av en upphandling krävs att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Skadan ska drabba den leverantör som begärt överprövning och reglerna lämnar inte utrymme för domstolen att beakta andra leverantörers intressen när den bedömer om skaderekvisitet är uppfyllt. Beträffande frågan huruvida en leverantör som själv rätteligen har uteslutits ur upphandlingen kan uppfylla skaderekvisitet enligt 16 kap. 6 § LOU saknas vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen.

Det har i rättspraxis och doktrin (se bl.a. Asplund m.fl. 2012 s. 213 f.) uttalats att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU ställer förhållandevis låga krav. Med begreppet skada avses en ekonomisk skada som har en koppling till det kontrakt som ska tilldelas inom ramen för upphandlingen. Den skada eller risk för skada som avses är ytterst att leverantören har gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Detta innebär emellertid inte att det måste stå klart att leverantören *de facto* hade tilldelats kontraktet om det inte vore för överträdelsen. Kammarrätten i Göteborg har konstaterat att för att leverantören ska anses ha lidit eller kan komma att lida skada kan det i och för sig inte krävas att han gör sannolikt att han skulle ha kommit i fråga som huvudleverantör om de ovan givna bristerna inte hade förelegat (se Kammarrätten i Göteborgs mål nr 622-04). Istället räcker det med att överträdelsen kan ha medfört att leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats.

Det finns flera kammarrättsavgöranden som gäller frågan om en leverantör kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada av ett påstått fel i upphandlingen om leverantören har uteslutits ur upphandlingen. Vissa rättsfall innebär att en leverantör kan ha lidit eller riskerat att lida skada om denne har uteslutits ur upphandlingen (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 9437-11). I vissa av dem har slutsatsen gjorts beroende av att det

endast har varit fråga om två leverantörer (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4660-10 och 665-11). Andra rättsfall innebär att en leverantör inte har lidit eller riskerat att lida skada om denne har uteslutits ur upphandlingen (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings mål nr 3307-11).


I mål 3307-11 uttalade Kammarrätten i Jönköping att den som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör och att denne därmed inte heller kan anses lida skada i den mening som avses i LOU. Kammarrätten i Jönköping uttalade också att det saknas anledning att skilja på fall där det endast finns en respektive fall där det finns flera anbudsgivare kvar efter det att kvalificeringsfasen har slutförts. I sistnämnda hänseende har Kammarrätten i Göteborg intagit en annan ståndpunkt (mål 4660-10).

Eftersom Camfils anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav finner förvaltningsrätten – som ansluter sig till vad Kammarrätten i Jönköping uttalat – att ett fel i upphandlingen inte skulle kunna medföra att Camfil lider skada.

Slutsats

Av det som har sagts ovan följer att det inte finns förutsättningar för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU utifrån vad Camfil anfört i målet. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU