



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2018-02-07  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
8279-17  
8392-17

**SÖKANDE**

Ultramare Aktiebolag, 556057-9137  
Kardanvägen 64  
461 38 Trollhättan

Ombud: Advokaten Jimmy Carnelind och bitr. juristen Erik Jansson  
MAQS Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2018-05-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**MOTPARTER**

1. Fortifikationsverket  
631 89 Eskilstuna
2. Statens fastighetsverk  
546 30 Karlsborg

Ombud för 1 och 2: Advokaterna Markus Mårline och Magnus Nedström  
Advokatbyrån Sigeman & Co AB  
Anna Lindhs plats 4  
211 19 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 315392

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 11 00 <b>E-post:</b> forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag–fredag 08:00–16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket och Statens fastighetsverk (nedan Beställarna) genomför en gemensam upphandling gällande ramavtal för leveranser av luftfilter för ventilationsanläggningar, dnr 2341/2016. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Ramavtal ska tecknas med en leverantör utifrån tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt anbud med hänsyn tagen till pris. Beställarna meddelade den 5 december 2017 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Camfil Svenska Aktiebolag (nedan Camfil) tilldelades kontraktet. Av upphandlingsprotokoll till beslutet framgår att fem anbud inkom inom anbudstiden och att fyra av dessa, inklusive anbud från Ultramare AB (nedan Bolaget), kvalificerades till anbudsutvärdering. Bolagets anbud placerades utifrån sitt jämförelsepris på 1 610 522,7 kr på fjärde plats i utvärderingen. Camfils jämförelsepris uppgick i sin tur till 1 350 747 kr.

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

Beställarna begär att ansökan om överprövning avslås.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

### **Bolaget**

Beställarna har i upphandlingen ställt ett krav att vissa filter (frånluftsfiler M5 alternativt M6 samt tilluftsfiler F7 alternativt F8) ska vara P-märkta av Sveriges Provningsanstalt (SP) eller testade på motsvarande sätt. Intyg om att filtren uppfyller kraven ska bifogas anbudet.

P-märkningskravet är ett otillåtet märkningskrav enligt bestämmelserna om märkning i kapitlet om tekniska specifikationer i LOU. P-märkning är ett



intyg på att luftfilter motsvarar vissa egenskaper. I upphandlingen har dessa egenskaper inte angetts, vilket medför att krav på P-märkning inte kan upprätthållas. P-märkning uppfyller inte heller samtliga de krav som anges i 9 kap. 13 § p. 3-5 i LOU. P-märkning är inte heller lämplig för att definiera egenskaperna hos luftfilter. P-märkning grundas inte på kontrollbara och icke-diskriminerande kriterier. P-märkningen är tidigare SP-koncernens eget kvalitetsmärke. Märkningen har inte antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta. P-märkningskravet är vidare oproportionerligt. Det ska vara uppfyllt vid anbudsinslämning och kommer till följd av nya standarder utgå alternativt förändras under kontraktstiden. Det saknas av tidsmässiga skäl möjlighet för de anbudsgivare som så önskar att erhålla P-märkning och det finns inga alternativa testmetoder på marknaden för att visa likvärdighet.

Bolaget är tillverkare och leverantör av luftfilter och innehavare av det befintliga ramavtalet med Fortifikationsverket. Bolaget har inte låtit P-märka sina filter. Det finns inte heller någon möjlighet för Bolaget att P-märka sina produkter och det finns inget annat likvärdigt bevis eller intyg. Bolaget riskerar att lida skada till följd av P-märkningskravet. Bolaget måste till följd av kravet köpa in produkter från andra tillverkare istället för att offerera egentillverkade luftfilter som uppfyller europastandarden. Prisbilden hos andra tillverkare är väsentligt högre än prisbilden för Bolagets egna produkter. Bolaget har därför förtagits möjligheten att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Utöver kravet att vissa filter skulle vara P-märkta finns ett annat krav att offererade positioner skulle ha samma filtermaterial i respektive filterklass. Bolaget har från sin leverantör erhållit P-märkt luftfilter för filterklass M6 och F8. Dessa filter har varit av materialet glasfiber. Till följd härav har Bolaget varit tvunget att offerera luftfilter i glasfibermaterial även på resterande positioner i filterklasserna M6 och F8. Bolaget är en tillverkare av

luftfilter i syntetmaterial och har således inte på någon position för filterklass M6 och F8 kunnat offerera egna produkter. Prisskillnaden mellan Bolagets egna tillverkade produkter och de offererade produkter som Bolaget erhållit från sin leverantör överstiger skillnaden om 259 805 kr som föreligger mellan Bolagets och vinnande leverantörens utvärderingspris.

Bolaget hade vid anbudsingivningen ännu inte erhållit pris från sin underleverantör avseende P-märkta produkter. Den osäkerheten medförde att Bolaget vid prissättningen av egna produkter var tvungen att hålla något högre marginaler på egentillverkade produkter. Bolaget hade om P-märkningskravet inte existerat kunnat erbjuda lägre priser än vad Camfil offererat. Det är inte på något sätt orimligt att Bolaget hade kunnat sänka sitt pris med minst 259 775 kr.

### **Beställarna**

Beställarna har inte brutit mot någon av de grundläggande principer som anges i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har i vart fall inte lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av de påstådda upphandlingsfelen. Skäl för ingripande saknas därför.

Beställarna delar Bolagets uppfattning att P-märkning som sådan inte är en sådan standard som anges i 9 kap. 4 § LOU. P-märkning är ett bevis på att luftfiltren dels uppfyller standarden EN 779:2012, dels inte tappar förmågan att filtrera partiklar över tiden. Kraven är direkt relaterade till kvaliteten och prestandan på de produkter som ska levereras enligt kontraktet, och grundar sig i Fortifikationsverkets genomförda behovs- och marknadsanalyser, samt i de krav som ställs på Fortifikationsverket genom interna, nationella och europeiska energimål. Krav på P-märkning har under många år varit praxis på den svenska marknaden. Alla leverantörer, både svenska och utländska, har möjlighet att P-märka sina luftfilter hos SP. Det nu aktuella

kravet är utformat så att även andra motsvarande intyg som styrker att luftfiltren uppfyller de ställda kraven är tillåtna.

Ett krav med innebörd att ett filter ska upprätthålla viss funktionalitet över tid kan rimligen inte anses oproportionerligt. Inte heller kan ett krav med innebörd att anbudsgivarna ska kunna styrka detta förhållande redan i sina anbud på något sätt anses oproportionerligt. Att ny EU-standard är under antagande och att SP eventuellt kommer att anta nya regler för P-märkning innebär inte att den nuvarande EU-standard och de krav som SP för närvarande ställer för P-märkning inte skulle få tillämpas i den aktuella upphandlingen.

Kraven för märkningen är direkt relaterade till den kvalitativa funktionen på luftfiltren och är relevanta och lämpliga för att definiera egenskaperna hos luftfiltren. Kriterierna för märkningen är grundade på luftfiltrens prestanda, och är alltså objektivt kontrollerbara kriterier. Det ställs inget krav på viss nationalitet eller annat förhållande som skulle kunna anses diskriminerande. Märkningen är tillgänglig för samtliga leverantörer och har tagits fram genom ett förfarande som är öppet och transparent och i samråd med branschen. Kraven för att använda P-märkning som ett märke enligt LOU är således uppfyllda.

Det ankommer på Bolaget att visa att de har riskerat att lida skada av påstådda upphandlingsfel. Bolaget har uppenbarligen kunnat lämna, och har också lämnat, anbud som uppfyller Beställarnas krav. Att Bolaget har behövt anpassa delar av sitt anbud för att uppfylla kravbilderna är inte unikt för denna upphandling och är inte unikt för Bolaget. I detta sammanhang ska framhållas att den aktuella upphandlingen täcker ett stort antal produkter och avser ett ramavtal med ett så heltäckande sortiment som möjligt. Vid upphandlingar där en sådan heltäckande varukorg efterfrågas måste anbudsgivare regelmässigt göra flera eller större anpassningar av vissa produkter i

varukorgen än vad som kan behövas vid mer avgränsade upphandlingar.

Tilldelningskriteriet i upphandlingen är lägsta pris. Bolaget hade inte tilldelats kontraktet ens om det hade saknats krav på P-märkning. Det pris som Camfil har offererat i filterklasserna M6 och F8 är högre än det pris Bolaget har offererat i dessa filterklasser. Det är således inte offererade priser i filterklasserna M6 och F8 som har lett till att Bolaget inte har tilldelats kontraktet. Istället är det uppenbarligen offererade priser i övriga filterklasser, där det saknas krav på P-märkning som varit avgörande för vilken anbudsgivare som tilldelats kontrakt. Den totala prisskillnaden mellan Bolaget och Camfil är 259 775 kr. För att Bolaget skulle ha tilldelats kontraktet hade de varit tvungna att sänka sitt pris med minst 259 775 kr. Det förefaller helt osannolikt att Bolaget hade offererat egentillverkade icke P-märkta filter som uppfyller övriga krav i upphandlingen till så låga priser. Bolaget kan därför inte anses ha visat att de har riskerat att lida någon skada till följd av det påstått otillåtna kravet på P-märkning.

Bolaget har dessutom såväl enligt upphandlingsdokumenten som enligt LOU haft en rätt att med annan lämplig utredning visa att deras luftfilter uppfyller ställda krav. Såvitt får förstås anser Bolaget inte att deras luftfilter uppfyller kraven för P-märkningen, varför de rimligen inte hade kunnat uppvisa någon sådan utredning. Eftersom kraven i sig är proportionerliga har Bolaget även av denna anledning inte riskerat att lida någon skada till följd av det påstått felaktiga kravet på P-märkning.

## SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

Enligt 4 kap. 1 § 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.

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU *dels* att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen, *dels* att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (se Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1903–1913-11).

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2013 ref. 53 uttalat att det inte är tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada för att grund för ingripande ska föreligga, utan att sökanden måste visa att denne har eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 6749-11 klargjort att en förvaltningsdomstol kan pröva skaderekvisitet först. Det innebär att domstolen först prövar om sökanden kan visa någon form av skada innan domstolen tar ställning till påståendet om fel i upphandlingen.

**Förvaltningsrättens bedömning**

I målet är otvistigt att Bolaget, i enlighet med kravet i punkten 2.1d i upphandlingsdokumentet, har offererat P-märkta filter i filterklasserna M6 och F8 och att Bolaget har placerats på fjärde plats vid anbudsutvärderingen utifrån tilldelningsgrunden pris. Vidare har framkommit att det pris som vinnande leverantören Camfil har offererat i aktuella filterklasser är högre än Bolagets pris samt att skillnaden mellan Bolagets och Camfils totala offererade priser är 259 775 kr. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Bolaget inte kan förväntas ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen även för det fall kravet om P-märkningen inte fanns för de offererade filterklasserna och Bolaget kunde leverera egna billigare filter. Bolaget kan därför inte anses ha visat att det lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av det aktuella kravet på P-märkning. Bolaget har inte heller på annat sätt förmått visa att Bolaget av annan anledning, trots nyssnämnt förhållande, skulle kunna tilldelas kontraktet i upphandlingen. Ansökan ska därför redan av nämnd anledning lämnas utan bifall.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)

Kristina H Samuelsson

Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

### **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

### **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.