

**LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN**
Föredragande: Helena Åberg

DOM
2008-02-28
Meddelad i
Luleå

Mål nr
169-08 E
Rotel 4

SÖKANDE

Ahlsell AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm
Ombud: Uno Johansson
c/o Tenders in Europe AB
Snickargatan 20
582 26 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2008 -03- 05.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Luleå kommun
Kommunledningsförvaltningen
Inköpsavdelningen
971 85 Luleå

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Luleå kommun har i november 2007 upphandlat "VA-Material Zinksunds-kanalen". Genom tilldelningsbesked den 14 januari 2008 har Värmek antagits som leverantör.

Ahlsell AB har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att Luleå kommun åläggs att göra om hela utvärderingen, inklusive kvalificeringsfasen där uppfyllelse av skallkrav bedöms, göra en grundligare bedömning av inkomna anbuds uppfyllelse av angivna tekniska krav samt därefter fatta nytt beslut och diskvalificera Värmeks och Extena AB:s anbud och i stället anta Ahlsell AB som leverantör. Ahlsell AB har även yrkat interimistiskt beslut.

Länsrätten har den 25 januari 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Dok.Id 41777

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 41	Telefon 0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrbotten@dom.se http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/	Telefax 0920-29 54 98	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00
--	--	---	---------------------------------	--

Ahlsell AB har till stöd för sin ansökan anfört bl.a. följande: Luleå kommun har vid tilldelningen antagit Värmek som leverantör trots att de produkter som Värmek i sitt anbud offererade inte motsvarade de skallkrav som angivits i förfrågningsunderlag samt kompletterande begäran från Luleå kommun. Detta strider mot 1 kap. 4 § LOU samt de EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges en specifik rörkonstruktion – Wavin TS – och att röret ska vara tillverkat av en specifik råvara – xsc 50. Denna råvara är testad och certifierad enligt EN 10204-3.1. I förfrågningsunderlagets tekniska specifikation anges begreppet ”eller likvärdigt”. Detta nämns i slutet av förfrågan men med tydlig markering att anbudsgivare som offererar alternativ ska garantera att alternativet är ”kompatibelt” med redan installerade Wavin TS-rör. Det finns i dagsläget två företag som har certifierad råvara som följer internationell standard och det är Atofina = xsc 50 och Ineos Polylefins = Eltex Superstress TUB 121 N6000. Den råvara, Borealis HE3490-LS-H, som används i de rör som Värmek offererat uppfyller inte certifierad standard. Värmek har inte lyckats visa att råvaran Borealis HE3490-LS-H är likvärdig med certifierad och i förfrågningsunderlaget angiven råvara. Värmeks komplettering innehåller tester på råvarumaterialet men ingen information om röret, råvarucertifikat, typgodkännande/produktmärkning eller referenslista. En del av den kompletterande information som Värmek sänt in är ett utdrag av en artikel ”Minimum servicelife of buried polyethylene pipes without sandembedding” författad av Dr. Joachim Hessel, som på intet sätt intygar kvaliteten hos de av Värmek offererade produkterna. Vid en övergripande kontroll finner Ahlsell AB att i stort sett samma omständigheter föreligger för det anbud som placerades som nummer 2 i utvärderingen, Extena AB. De i förfrågningsunderlaget angivna kraven beträffande produkternas kvalitet är rimliga och relevanta då användandet av undermåliga produkter i aktuellt sammanhang kan medföra att anläggningen inte håller önskad och nödvändig standard och kvalitet. Detta berörs också i Luleå kommuns begäran om komplettering. Kraven framgår tydligt i förfråg-

ningsunderlaget. Det kan inte finna någon risk för missuppfattning eller otydlighet. Ahlsell AB finner därför inget skäl till att upphandlingen ska göras om utan yrkar på att utvärderingen görs om och angivna skallkrav följs. Om länsrätten skulle fatta beslut till förmån för Luleå kommun så har Ahlsell AB lidit skada i form av nerlagd kostnad för anbudsskrivningen och kommer också att lida skada för utebliven handelsvinst. Det ska också konstateras att det finns en uppenbar risk för skada för det allmänna då användandet av undermåliga produkter i aktuellt sammanhang kan medföra att anläggningen inte håller önskad och nödvändig standard och kvalitet.

Luleå kommun har bestritt ansökan men för det fall länsrätten skulle anse att kommunen brutit mot LOU till skada för Ahlsell AB på det sätt bolaget anfört, medger kommunen att rättelse ska ske i form av att utvärderingen görs om. Luleå kommun har vidare anfört bl.a. följande: TS-rör kan definieras som ett flerskiktsrör där inner- och ytterlagren är utformade för att klara de påfrestningar som kan uppstå vid de metoder för markläggning som ska användas vid aktuell utbyggnadsetapp med arbetsnamn Zinksundskanalen. Formuleringen "TS-rör eller likvärdigt" innebär således att det som efterfrågades var ett rörmaterial som hade en jämförbar kvalitet och motståndskraft mot yttre påverkan som ett TS-rör. Offererade rörmaterial var Atofina xsc 50 (TS-rör som, vilket offererades av Dahl Sverige AB och Ahlsell AB) samt Borealis 3490-LS-H (vilket offererades av Extena AB och Värmek). Att det var dessa egenskaper kommunen frågade efter var tydligt för anbudsgivarna. Detta särskilt som kommunen i en begäran om komplettering beskrev mer i detalj vad arbetena skulle bestå i och bad anbudsgivarna att komma in med vissa namngivna tester på rörmaterialet för att kommunen skulle kunna bedöma frågan om likvärdighet. De aktuella testerna mäter motståndskraft och beständighet. Kommunen har således inte krävt att råvaran i eventuell alternativ konstruktion ska vara testad, certifierad m.m. på exakt samma sätt som Atofina xsc 50, utan kommunen har efterfrågat vissa egenskaper. Värmek kom in med de efterfrågade testerna. Däremot fanns

det inte möjlighet att med så kort varsel (en dag) komma in med referenser men Värmek angav att så kunde ske i efterhand om kommunen bedömde det nödvändigt. Kommunen bedömde inte att det var nödvändigt för att kunna avgöra frågan om egenskaperna var likvärdiga. Det kan observeras att de i efterhand begärda kompletteringarna inte i sig utgjorde några skallkrav så länge kommunen fick tillräckligt med material för att bedöma likvärdigheten. Med de begärda testerna som underlag utförde kommunen en utvärdering av rörens likvärdighet. Utöver testresultat från ovanstående tester bedömde kommunen vid utvärderingen dokumenterad kvalitetsgaranti av råmaterial och produktion för de båda offererade rörmaterialen. Från den utvärderingen drog kommunen följande slutsatser. Båda materialen har en förväntad livslängd som överstiger överblickbar tidshorisont, ca 100-150 år. Båda materialen har en god reptålighet. Båda materialen är kvalitetssäkrade och har en kvalitetsgaranti på råmaterial och produktion finns dokumenterad. Kommunen ansåg därför att de båda rörmaterialen var likvärdiga.

Ahlsell AB har genmält bl.a. följande: Det är kommunen själv som avgör vilka kvalitéer som kontraktsföremålet ska ha. Det är endast kommunen som styr valet av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Transparensprincipen i 1 kap. 4 § LOU kräver att dessa krav på kontraktsföremålet klart och entydigt framgår av förfrågningsunderlaget. Däremot är det inte möjligt att sedan annonsen publicerats och förfrågningsunderlaget gjorts tillgängligt att ändra dessa förutsättningar för anskaffningen. Kommunen har föreskrivit att det krävs certifierat material i rörledningarna. Att kommunen nu i sitt yttrande gör gällande att definitionen av kontraktsföremålet inte längre gäller kan inte accepteras då det i högsta grad strider mot transparensprincipen. Kommunen gör i sitt yttrande gällande att det inte uppställts några krav på att produkterna ska vara certifierade, testade, konstruerade på ett visst sätt m.m. utan att enheten endast efterfrågat "vissa egenskaper". Att så skulle vara fallet saknar helt och hållet stöd i förfrågningsunderlagets formuleringar. Kommunen gör i yttrande gällande att "det ma-

terial som offererades skulle vara av typ efterfrågat eller likvärdigt". I 1 kap. 16 § LOU sägs att en upphandlande enhet inte får "beskriva föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att endast en viss vara eller process kan komma i fråga". Detta har preciserats genom tillägget "och som därför framhäver eller förringar vissa leverantörer, produkter eller tjänster". Andra stycket av samma paragraf har preciserats så, att hänvisningar till viss vara eller process som bedöms nödvändiga måste åtföljas av orden "eller likvärdig". Ett skäl att använda sig av uttrycket "eller likvärdig" kan mot beskrivningen i lagtexten t.ex. vara om det inte går att beskriva föremålet på annat sätt. De aktuella VA-rören kräver ingen sådan särskild definition. Kommunens hänvisning till att endast certifierat rörmaterial, enligt "Certificate according EN 10204-3.1", får användas och samtidigt hänvisa till uttrycket "eller likvärdigt" är lika felaktigt som diskriminerande. Ett angivande av en internationell certifiering samt möjligheten att uppvisa att andra, icke testade produkter är "likvärdiga" i förhållande till korrekt certifierade produkter, kan inte godtas. Varken kommunen eller anbudsgivarna kan visa att kravet på material i rören kan uppfyllas på något "likvärdigt" sätt. Det enda sättet är att certifieringsmyndigheten genomför de för behörigheten förskrivna proven. Så har inte skett med de rör som offererats i anbudet från Värmek och i anbudet från Extena AB. I EG-domstolens dom i mål nr C 448/01 konstaterades att ett i upphandlingen särskilt utformat utvärderingskriterium i och för sig var tillåtet att använda. Men samtidigt påpekade EG-domstolen att kriteriet, för att vara tillåtet, måste vara kopplat till att en verklig kontroll gjordes av leverantörens, i detta fall, produktionsmetoder. Kommunen varken kan eller har förmåga att göra en sådan kontroll som EG-domstolen föreskriver av Värmeks eller Extena AB:s offererade rör. Inte heller kan dessa två anbudsgivare visa att deras offererade rör uppfyller certifieringskravet i "EN 10204 - 3.1." ens med de intyg som kommunen i efterhand har efterfrågat. Det går inte att avgöra om Värmeks eller Extena AB:s offererade rör uppfyller kommunens krav "eller likvärdigt". EG-domstolen har i ett förhandsavgörande i mål C-8/00 uttalat om artikel 30 i EG-fördraget att

det vid upphandling under tröskelvärdena krävs att produkter av ett visst märke ska användas vid fullgörande av kontraktet, utan att detta krav åtföljs av tillägget "eller likvärdigt" inte är tillåtet. Notabelt är att begreppet "eller likvärdigt" kräver, enligt EG-domstolen, att det går att styrka det av kommunen uppställda villkoret avseende kvaliteten, d.v.s. att motsvarande krav som för certifieringen av rören till alla delar är uppfyllda. Den numera avvecklade tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling, NOU, påpekade, i NOU Info mars 2004, sid. 10, att "mot denna bakgrund på nytt påpeka att en hänvisning till ett specifikt märke, även om det kombineras med orden "eller likvärdigt", kan komma i fråga endast om det som ska upphandlas inte kan beskrivas mer neutralt genom att hänvisa till europeiska eller nationella tekniska specifikationer". Kommunen har i sitt yttrande påpekat att det i förfrågningsunderlagets tekniska specifikation anges att anbudsgivare som offererar alternativ ska garantera att alternativet är "kompatibelt" med de redan installerade Wavin TS-rören. Ahlsell AB kan varken efter genomläsning av kravspecifikationen eller av kommunens yttrande komma till annan slutsats än att kompatibiliteten är att betrakta som ett absolut villkor, dvs. ett "skall-krav" som alla leverantörer måste uppfylla. Eftersom det är fråga om Wavin TS-rör som kompatibiliteten ska kontrolleras mot så uppfyller Ahlsell AB kravet, då offererade rör är av Wavins tillverkning. Av det underlag som Ahlsell AB tagit del av framgår inte att kommunen ens kontrollerat om anbudet från Värmek eller anbudet från Extena AB uppfyller "skall-kravet" avseende kompatibilitet. Även på denna grund ska Ahlsells talan bifallas, eftersom kommunen avvikit från de i förfrågningsunderlaget uppställda villkoren för utformningen av kontraktets föremålet. Utvärderingen av anbuderna har skett på ett sätt som inte varit förutsebart eller känt i förväg och dessutom har kommunens ignorerande av kriteriet för vissa av anbudsgivarna inneburit en otillåten särbehandling av bl.a. Ahlsell AB. Enligt förfrågningsunderlaget var den sista dagen för att lämna anbud den 4 januari 2008. Den 9 januari 2008 skickar emellertid kommunen ut ett mail med begäran om att kompletterande information ska

ges in av de anbudsgivare som lämnat offerter. I mailet som alltså skickades ut fem dagar efter sista anbudsdag begärde kommunen att anbudsgivare skulle komplettera sina anbud med uppgifter som tidigare inte hade presenterats i offerterna. En upphandlande enhet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än rent marginella sakuppgifter tillförs anbudet. En tidigare lämnad uppgift kan på så sätt kompletteras eller förtydligas utan att den upphandlande enheten behöver inleda, i och för sig otillåtna, förhandlingar med anbudsgivarna. Ett förtydligande eller en komplettering får inte ske efter sista anbudsdagen eftersom det innebär ett brott mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och snarast är att betrakta som ett otillåtet initiativ till förhandling än något annat. Generaladvokat Lenz har i ett förslag till avgörande i mål C-87/94 anfört följande beträffande begreppen "förtydligande" respektive "komplettering". "Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen 'precisera', som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen 'komplettera', ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom, konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare." Det fanns enligt NOU:s mening inget hinder mot att en upphandlande enhet på eget initiativ rättar eller omprövar sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att saklig grund för rättelse eller omprövning föreligger (självrättelse). Om en leverantör i samband med en uppmaning från den upphandlande enheten inkommer med

uppgifter utöver vad som tidigare lämnats i anbudet eller en komplettering som sker i enlighet med 1 kap. 21 § andra stycket LOU, får den upphandlande enheten inte beakta dessa uppgifter vid rättelsen eller omprövningen. Rättelse eller omprövning får inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU och därmed gynna viss eller vissa leverantörer, eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds förnär. Möjligheten för kommunen att begära förtydliganden och/eller kompletteringar, med stöd av 1 kap. 21 § LOU, omfattar inte den situationen att det egna förfrågningsunderlaget är ottydligt och att kommunen av den anledningen behöver begära in nya eller förändrade uppgifter från anbudsgivarna. LOU förutsätter att en upphandlande enhet, som upptäcker att dess förfrågningsunderlag väsentligen behöver förändras, avbryter den pågående upphandlingen och påbörjar en ny upphandling i stället, jfr. bl.a. EG-domstolens dom i mål C-337/98. Att en upphandlande enhet begär in helt nya uppgifter från anbudsgivarna, vilka inte är kompletteringar eller förtydliganden enligt ovan, innebär att en förhandlingssituation faktiskt har uppkommit. Ahlsell AB menar att de kompletteringar som kommunen begärde genom mail den 9 januari var otillåtna och ett brott mot LOU.

Luleå kommun har tillagt bl.a. följande: Ahlsell AB synes göra gällande att det är ett skallkrav att rören är tillverkade av xsc 50 råvarumaterial certifierat på visst sätt. Det anges dock uttryckligen i förfrågningsunderlaget att rören ska vara "typ TS rör homogent solid wall... rören skall vara tillverkade av xsc 50 råvarumaterial sdr 17 i 18 längder... eller likvärdigt" material. Det kan därför inte, som motparten synes göra gällande, komma ifråga att förkasta motpartens konkurrenters anbud enbart på den grunden att deras rör inte innehåller xsc 50. Kommunen förstår inte vad Ahlsell AB menar med att kommunen gör gällande att definitionen av kontraktsföremålet inte längre gäller. Definitionen är den som angetts ovan. Det är innebörden av "eller likvärdigt" som Ahlsell AB och kommunen uppenbarligen är oense om. Kommunen vidhåller att formuleringen "eller likvärdigt" beskriver att

även andra produkter än den namngivna kan vara aktuella så länge de har samma egenskaper/funktion som den namngivna produkten. Vilka egenskaper som kommunen efterfrågat har varit tydligt för anbudsgivarna i och med att kommunen namngett ett rör med visst material som har just dessa egenskaper. Vidare har det varit tydligt genom att kommunen beskrivit hur arbetena ska genomföras och genom de tester kommunen vill ha resultat från för att kunna bedöma frågan om likvärdighet. Kommunen har inte, som motparten påstår, angett någon viss certifiering som krav. Ett certifikat är bara ett papper på att produkten uppfyller vissa krav. Kan anbudsgivaren på annat sätt visa att hans produkt uppfyller kraven måste det godtas. Krav på viss certifiering är därför inte tillåtet enligt LOU (se 6 kap. LOU (2001:1091) angående likvärdiga lösningar). Det må så vara att kommunen inte borde ha använt uttrycket "eller likvärdigt" i förfrågningsunderlaget utan istället ha beskrivit vilka egenskaper rören skulle ha. Ahlsell AB har dock inte lidit någon skada på p.g.a. detta eftersom det är Ahlsell AB:s offererade produkt som namngetts och Ahlsell AB som således har eventuell fördel framför andra. Skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU (1992:1528) är därmed inte uppfyllt. Detsamma kan sägas om eventuella otydligheter i förfrågningsunderlaget vad gäller efterfrågade egenskaper. Eftersom Ahlsell AB:s produkt namngetts och därmed redan i det läget ansetts inneha de efterfrågade egenskaperna har bolaget inte lidit någon skada av eventuella otydligheter avseende egenskaper i förfrågningsunderlaget. Det rättsfall motparten hänvisar till gällde inköp av el. Den upphandlande myndigheten hade angett att en viss andel av den levererade elen skulle komma från förnybara energikällor. Anbudsgivaren hade dock inte för avsikt och kunde inte heller kontrollera om kravet uppfylldes av anbudsgivaren. Domstolen uttalade då att en upphandlande myndighet inte får ställa upp krav som den inte kan eller kommer att kontrollera. Kommunen kan inte se att rättsfallet är relevant eftersom kommunen frågat efter vissa egenskaper och Värmek genom att komma in med de efterfrågade testerna visat att dess produkt har dessa egenskaper. Kommunen anser att det under dessa förhållanden är upp till Ahlsell

AB att visa vad som skiljer produkterna åt i nu relevanta avseenden. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska garantera att det material som offereras passar ihop med befintliga rör, kopplingar m.m. utan att kommunen måste köpa till/göra något extra (ex. extrautrustning, speciella verktyg). Värmek har garanterat det. Något ytterligare krävs enligt kommunens uppfattning inte, se NOU info mars 2006 s. 10-11 angående krav på kontroll av anbud. Kommunen kommer också att kontrollera att kravet är uppfyllt vid leveransen. Tilläggas kan dock att de aktuella rören är av standarddimension och av samma material, polyeten, som dem som ligger i marken (har betydelse för svetsning av rören). Rören är således, enligt den personal på tekniska förvaltningen som arbetar med denna typ av rör, kompatibla. Det stämmer att begäran om komplettering var en följd av att kommunen inte angett i förfrågningsunderlaget vilka testresultat den ville ha in för att kontrollera likvärdigheten. Det bästa hade förstås varit om detta angetts. När bristen upptäcktes var det dock redan för sent och kommunen var i tidsnöd med projektet på grund av tidsbegränsade miljötillstånd. Kommunen valde då att begära in kompletteringar från anbudsgivarna i form av testresultat. Enligt 1 kap. 21 § LOU (1992:1528) får enheten begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. De begärda testresultaten har inte inneburit att anbudsgivarna haft möjlighet att ändra eller lägga till något i sina anbud utan det material och de priser som erbjuds är desamma. Samtliga anbudsgivare har getts tillfälle att komma in med komplettering varför samtliga behandlats lika. Den positiva särbehandling som Ahlsell AB fått genom att kommunen namngett en viss produkt har också korrigerats. Kommunen gör därför gällande att kompletteringen är tillåten. Någon förhandlingssituation har näppeligen uppstått.

Ahlsell AB har tillagt bl.a. följande: Kravet avseende rörens kvalitet har angivits av kommunen som ett absolut villkor, d.v.s. som ett skallkrav vilket måste vara uppfyllt för att leveranserna av rör ska kunna accepteras och

att upphandlingskontrakt ska kunna tecknas. De av leverantörerna offererade rören ska även vara certifierade och kompatibla med de befintliga rören. Det är kommunen som själv lagt fast alla förutsättningar och villkor i denna upphandling. Det är mot denna bakgrund viktigt att betona att kommunen har en absolut frihet att definiera kontraktsföremålet, under förutsättning att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU iakttas samt att kommunen inte bryter mot förbudet genom att i efterhand förändra grunderna för anbudens utvärdering. Ahlsell AB vill därför i målet åberopa EG-domstolens dom i mål C-532/06 som beskriver förbudet för kommunen som en upphandlande myndighet att i efterhand ändra uppställda kriterier för prövning av anbudet. EG-domstolens dom styrker vad Ahlsell AB anför i målet. Resultatet av kommunens utvärdering visar att Ahlsell AB:s anbud uppfyller samtliga ställda villkor medan anbudet från Värmek och anbudet från Extena AB inte uppfyller de absoluta villkoren. Kommunen har heller inte kunna kontrollera eller ens förmått kontrollera om anbudet från Värmek och från Extena AB uppfyller de ställda kraven. Inte ens efter de lagstridiga "kompletteringarna" vet kommunen om förfrågningsunderlagets villkor och de nya av kommunen uppställda kraven uppfyllts av dessa två anbudsgivare. De av kommunen efterfrågade certifikatshandlingarna har inte ingivits eller uppvisats av Värmek av Extena AB. Ahlsell AB gör i målet gällande att några sådana handlingar, vilka är skallkrav i upphandlingen, inte existerar. Vad avser kravspecifikationens uppgifter om VA-materialets sammansättning vill Ahlsell AB betona att kommunen genom sitt val av rör från Värmek inte kan visa att råmaterialet Hallinplast är likvärdigt med skallkravet, d.v.s. att materialet ska vara xsc 50. Härigenom bryter kommunen mot LOU. Vad avser kravet avseende "eller likvärdigt" VA-material och otydligheter i underlaget vill Ahlsell AB påpeka att begreppet "eller likvärdigt" inte är uppfyllt endast genom leverantörernas påståenden, utan uppgifterna måste kunna kontrolleras och verifieras av kommunen. Detta följer av EG-rätten och den tolkning av EG-rätten som EG-domstolen gjort i mål nr C-448/01. Enligt avgörandet är det en skyldighet för en upphand-

lande myndighet att alltid följa upp och kontrollera att de i förfrågningsunderlaget ställda villkoren är uppfyllda. Kommunen förklarar i sitt yttrande att man inte kan se relevansen i det åberopade rättsfallet. Kommunen avser uppenbarligen heller inte att kontrollera att villkoren är uppfyllda av den vinnande leverantören. Kommunen kan inte styrka att de föreslagna rören från Värmek och Extena AB genom ett opartiskt organ och med stöd av fastställda standarder visats att Hallingplasts rör inte får invändig sprickbildning p.g.a. sten mot rörvägg. Det är i fall som detta som certifieringshandlingar används för att styrka kravet på teknisk kvalitet och funktionalitet. Kommunen påstår nu att det i underlaget framställda kravet på certifiering skulle vara ett otillåtet krav enligt LOU. Detta påstående kräver, i vart fall, två kommentarer. För det första; kommunens yttrande kan tolkas så att kommunen nu medger att brott blivit begångna mot LOU, vilket innebär att upphandlingen måste rättas och att Ahlsell AB:s offert ska antas som det vinnande anbudet. För det andra; kommunens yttrande kan tolkas så att kravet på certifieringar skulle vara otillåtna. Om denna tolkning gäller så är påståendet felaktigt och kan möjligen vila på missuppfattningen att lagen som reglerar upphandlingen, nämligen lagen (1992:1526) om offentlig upphandling, skulle förbjuda denna tekniska specifikation. Så är inte fallet. Eftersom kravet är direkt kopplat till kontraktets tekniska egenskaper är villkoret tillåtet. Att det är både tillåtet och tillrådligt att ställa sådana krav är en notoritet och utgör en levande del av den gällande rätten; nationell som gemenskapsrättslig. Kommunens hänvisning till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är även den märklig eftersom denna nya lag inte reglerar den i målet aktuella upphandlingen. Vad avser kravet på kompatibilitet har någon kontroll av att övriga anbudsgivares offererade rör är kompatibla inte genomförts av kommunen. Leverantörernas egna utfästelser skulle enligt kommunen vara tillräckligt för att styrka att kriteriet ”kompatibilitet” uppfyllts. Kommunen hänvisar i sitt yttrande till NOU Info mars 2006, avseende Kammarrättens i Sundsvalls dom i mål nr 3243-04. Det är riktigt att det i domen anges att den upphandlande enheten inte är

skyldiga att kontrollera riktigheten i av anbudsgivare lämnade uppgifter. Dock, endast under förutsättning att omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten i lämnade uppgifter. I det här aktuella fallet finns en rad omständigheter som borde ha givit kommunen anledning att kontrollera riktigheten i lämnade uppgifter. Man har angivit att produkterna ska vara tillverkade av en specifik råvara, xsc 50. Materialet ska användas i direkt anslutning till befintlig anläggning. Materialet ska användas under ytterst känsliga förhållanden där kostnaden för att använda felaktigt material skulle bli mycket stor. Detta framgår av den begäran om komplettering som kommunen skickade ut. Kommunen har beslutat att anta en leverantörs offert, vars produkter inte kontrollerats mot skallkravet på kompatibilitet. Även detta utgör grund för att länsrätten i sin dom ska besluta att upphandlingen ska rättas innan den får avslutas. Utvärderingen av anbuderna har skett på ett sätt som inte varit förutsebart eller känt i förväg och dessutom har kommunen ignorerat av sina egna kriterier och särbehandling av Ahlsell AB vilket strider mot LOU. Kommunen har brutit mot LOU genom att dels förelägga, dels tillåta leverantörer som inte uppfyllde kvalitetskriterierna avseende TS-rören att komplettera sina anbud. Förfarandet strider mot 1 kap. 21 § LOU.

Kommunen har genmält: Kommunen bestrider att den i efterhand har ändrat uppställda kriterier för prövning av anbuderna. Kommunen bestrider att resultaten av kommunens utvärdering visar att anbuderna från Värmek och Extena AB inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen gör gällande att Värmek uppfyller förfrågningsunderlagets villkor. Kommunen bestrider att den efterfrågat certifiering eller certifikathandlingar. Enligt LOU och EG-rätten måste kommunen ange att likvärdiga lösningar, förutom viss standard, certifiering eller liknande, accepteras. För att en produkt ska anses likvärdig med en certifierad produkt krävs inte att leverantören visar att hans produkt är certifierad. Det är den upphandlande enheten som har att

bedöma om leverantören på ett tillfredsställande sätt visat att lösningar på ett likvärdigt sätt uppfyller de tekniska kraven (jfr prop 2006/2007:128 sid 346, vilken i och för sig avser nyare lagstiftning). Kommunen anser att Värmek genom de inlämnade provsvaren visar att kraven uppfylls.

DOMSKÄL

I målet ska bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, tillämpas då upphandlingen påbörjats före den 1 januari 2008.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 4 § LOU anges huvudregeln om affärsmässighet. Där stadgas att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 16 § LOU får den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung,

om den inte något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen ska följas med orden "eller likvärdig".

Enligt 1 kap. 21 § andra stycket LOU får enheten begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att bedömningen vid prövningen av anbud (punkten 1.6) kommer att ske utifrån leverantörernas skriftliga redogörelser i anbudet.

Av kravspecifikationen framgår att det efterfrågade VA-materialet är bl.a. "rör typ TS rör homogent solid wall rör för anslutning mot befintligt TS rör och andra befintliga rördelar och brunnar, rören skall vara tillverkade av xsc 50 råvarumaterial sdr 17 i 18 m längder". Vidare anges att "Materialet som offereras skall vara av typ efterfrågat 'eller likvärdigt' p.g.a. anbudsgivare skall efter kontakt med verksamhetsansvarig, garantera i sitt anbud, att material som offereras passar ihop med befintliga rör, kopplingar etc. utan en massa 'måstetillägg' som skulle ge merarbete och fördyra anbudet."

Projektledare Torbjörn Norén har i mail den 9 januari 2008 till de anbudsgivare som ingivit offerter efterfrågat kompletterande information. Han har därvid redogjort för det arbete som ska göras och vad som krävs av det material som anbudet avser. Han har också efterfrågat tre olika tester på rörmaterialet för att kunna bedöma likvärdighet enligt förfrågningsunderlaget, dokumentation på råmaterialet i leveransen, d.v.s. kvalitetsgaranti på aktuell leverans, samt referenser på liknande projekt.

Länsrättens prövning enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i det aktuella målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 7 kap 2 § LOU. Det är således inte länsrättens uppgift att göra en ny utvärdering. Först om det visas att förfrågningsunderlaget inte ger en tydlig och rättvisande bild av vad som efterfrågas, att utvärderingen har gjorts med avvikelse från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget eller att anbudsgivare inte har behandlats likvärdigt kan åtgärder vidtas mot upphandlingen.

Länsrätten gör därvid följande bedömning.

Ahlsell AB anför att föremålet för upphandlingen inte borde ha namngetts då det inte krävdes för att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt. Länsrätten finner dock inte att Ahlsell AB har lidit någon skada på grund av detta eftersom det är Ahlsell AB:s offererade produkt som namngetts och Ahlsell AB som således har eventuell fördel framför andra. Skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU är därmed inte uppfyllt.

Ahlsell AB anför att kompletteringen som gjordes var otillåten och ett brott mot LOU. Länsrätten finner inte att kompletteringen har inneburit att anbudsgivarna haft möjlighet att ändra eller lägga till något avgörande i sina anbud. Samtliga anbudsgivare har getts tillfälle att komma in med komplettering varför samtliga behandlats lika. Risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning har således inte förekommit.

Ahlsell AB anför att den komplettering Värmek inkommit med inte innehöll de uppgifter som kommunen i sin begäran efterfrågade. Som framgår av handlingarna har Värmek inkommit med de begärda testerna men inte en referenslista p.g.a. den korta tiden som gavs för komplettering. Kommunen ansåg dock inte att det var nödvändigt för Värmek att inkomma med en referenslista vid ett senare tillfälle, utan fann att frågan om egenskaperna

var likvärdiga trots det kunde avgöras. Mot bakgrund av att den av kommunen gjorda kompletteringen inte är att se som skullkrav, finns inget krav på att anbudsgivarna ska inge exakt det som efterfrågas. Kommunen har ansett att frågan om egenskaperna var likvärdiga kunde avgöras på befintligt material och länsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Ahlsell AB anför att Värmeks råvara inte är certifierad och att rören inte är likvärdiga. Enda sättet att få det bekräftat om de är likvärdiga uppges vara genom att behörig certifieringsmyndighet genomför de för certifieringen föreskrivna proven och testerna. I förfrågningsunderlagets kravspecifikation ställs dock inget krav på att råvaran ska vara certifierad utan tvärtom anges särskilt att materialet kan vara "likvärdigt". I praxis har förfrågningsunderlag godtagits som innehållit kriterier med ett visst mått av skönsmässig bedömning, trots att förfrågningsunderlaget då inte ansetts vara optimalt utformat. De åligger vidare enligt praxis en upphandlande enhet att inom rimliga bedömningsramar avgöra huruvida ett sådant kriterium är uppfyllt eller inte (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 16 augusti 2006 i mål 3354-06). Kommunen har här gjort bedömningen att rören är likvärdiga utifrån det material Värmek inkommit med. Länsrätten kan inte finna att Ahlsell AB häremot har förmått visa att så inte är fallet.

Ahlsell AB anför att kommunen inte har kontrollerat de offererade rören eller om de är kompatibla. Utvärderingen ska därigenom ha skett på ett sätt som inte varit förutsebart och inneburit en otillåten särbehandling. Kommunen uppger dock att Värmek har visat att deras offererade produkt har de efterfrågade egenskaperna och garanterat att materialet är kompatibelt. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen kommer att ske utifrån leverantörernas skriftliga redogörelser. Det finns inte heller, vare sig i LOU eller i rättspraxis, stöd för att den upphandlande enheten skulle vara skyldig att kontrollera att uppgifterna i sig är riktiga; i vart fall under förutsättning att omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta

riktigheten av lämnade uppgifter (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 30 november 2005 mål nr 3243-04). Länsrätten finner inte att omständigheterna i detta fall gett någon anledning att ifrågasätta Värmeks lämnade uppgifter eller att utvärderingen har skett på ett icke förutsebart sätt eller inneburit otillåten särbehandling.

Länsrätten finner således sammantaget att Ahlsell AB inte förmått visa att det föreligger tillräckliga skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

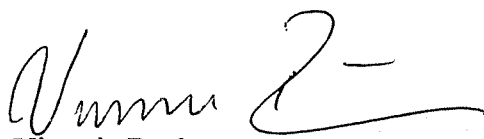
DOMSLUT

Länsrätten avslår Ahlsell AB:s ansökan om överprövning.

Detta innebär att länsrätten interimistiska beslut av den 25 januari 2008 inte längre gäller.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c)

Det erinras särskilt om den s.k. tiodagarsfristen i 7 kap 1 § 3 st LOU


Victoria Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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