



SÖKANDE

NKV Kontorsvaror AB, 556315-0613
Ålgatan 6
973 34 Luleå

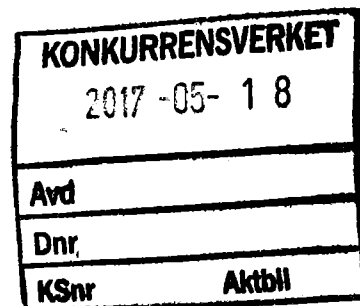
MOTPART

Luleå tekniska universitet

Ombud: Chefsjuristen Jenny Blom
Luleå tekniska universitet
971 87 Luleå

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om komplettering.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

BAKGRUND

Luleå tekniska universitet (LTU) har genom öppet förfarande upphandlat ramavtal för Städprodukter 2016, dnr LTU-2112-2016. Upphandlingen påbörjades år 2016.

Enligt tilldelningsbeslut den 14 februari 2017 antog LTU NKV Kontrosvaror AB:s (NKV) anbud. Den 22 februari 2017 beslutade LTU att återkalla sitt tilldelningsbeslut.

Den 22 mars 2017 meddelade LTU ett nytt tilldelningsbeslut varigenom Ocaj Sverige AB (Ocaj) tilldelades kontraktet i upphandlingen. Anbudet från NKV gick inte vidare till utvärderingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

NKV

NKV ansöker om överprövning och yrkar i första hand att utvärderingen ska göras om med beaktande av bolagets anbud. NKV yrkar i andra hand att bolaget ska tillåtas komplettera sitt anbud med en produkt som motsvarar LTU:s önskemål. NKV yrkar i tredje hand att om LTU sluter avtal med en annan leverantör än NKV under tiden upphandlingen är föremål för överprövning, ska förvaltningsrätten istället pröva avtals giltighet.

Till stöd för sin talan framför NKV följande. NKV:s städartiklar uppfyller samtliga upphandlingens ska-krav. Genom att inte utvärdera anbudet från NKV har LTU brutit mot principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet. Vid en korrekt utvärdering skulle NKV tilldelats kontraktet i upphandlingen.

NKV kontaktade LTU i samband med att tilldelningsbeslutet återkallades. LTU ville då inte redogöra för vad som låg bakom återkallandet utan informerade att ett nytt tilldelningsbeslut kommer att meddelas inom kort. NKV har därefter vid upprepande tillfällen frågat LTU angående status på upphandlingen, samt undrat vad som kommer att utvärderas på nytt. LTU har inte kunnat svara på frågorna.

Den 15 mars 2017 fick NKV ett meddelande från LTU där bolaget ombeds på förekommen anledning att verifiera om två av offererade produkterna uppfyller miljökraven i upphandlingen. NKV redovisade att den ena artikeln är certifierad enligt EU-blomman och uppfyller ställda miljökrav. Vad avser den andra artikeln svarade NKV att bolaget inte har offererat den angivna produkten men att produkten i anbudet har en miljömärkning enligt Svanen. För NKV är det oklart varför LTU:s förfrågan avsåg just dessa två produkter, samt om LTU verkligen hade gjort en egen kontroll av miljöegenskaperna.

NKV har offererat avfallspåse med artikelnummer 72515 och med benämning ”Avfallspåse 30-LIT HD VIT 100”. LTU:s nuvarande avfallspåse kommer från Ocay, har artikelnummer 61200078 och benämning ”Avfallspåse LLD 30 l vit 510x570x0,12 mm 100st/rle”. LTU anser att den påse NKV offererat inte kan betraktas som likvärdig. Enligt LTU har personalen som arbetar med avfallspåsar tidigare utvärderat vilken typ av påse passar bäst och kommit fram till att det är den i förfrågningsunderlaget angivna produkten. NKV ställer sig frågande till LTU:s motivering. Bedömningen om en produkt ska anses vara likvärdig eller inte görs utifrån produktens funktion och huruvida den kan användas i samma syfte som referensprodukten, inte baseras på några subjektiva värderingar.

Avfallspåsens primära syfte är att slänga sopor i den. Det finns ingen skillnad mellan NKV:s avfallspåse och den avfallspåse som LTU använder idag.

NKV:s avfallspåse har dimensionerna 510x580 mm medan LTU:s nuvarande påse har dimensionerna 510x570 mm. NKV:s avfallspåse har dessutom en så kallad stjärnbotten vilket gör att den är bredare i botten och lättare att fylla med sopor.

NKV ställer sig frågande till vilka behov i LTU:s verksamhet bolagets avfallspåse inte skulle vara tillräcklig för. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att LTU ställer särskilda krav på avfallspåsarna. Det är vidare anmärkningsvärt att LTU först efter ca 40 arbetsdagar kom på att berörd produkt i NKV:s anbud inte uppfyller kravet om likvärdighet. Om en upphandlande myndighet har särskilda krav på en produkt brukar man utöver referensartiklar ange tekniska krav på produkten. LTU har i sitt förfrågningsunderlag inte angett några tekniska krav på produkten.

LTU har inte heller begärt NKV att redogöra för egenskaper hos den aktuella påsen eller att komma in med varuprover. NKV har inte levererat avfallspåsar till LTU tidigare varför påsarna kan omöjligen ha testats av LTU. Vid kontakt med LTU fick NKV muntligen förklarat att LTU har testat liknande avfallspåsar från andra leverantörer. Eftersom NKV använder sig av ett annat fabrikat och andra underleverantörer är det troligt att den avfallspåse som LTU har testat inte är den samma som NKV har offererat.

NKV tolkar LTU:s motivering till uteslutande att det inte är möjligt att offerera något annat än exakt den avfallspåse som LTU använder idag. Det borde ha framgått av förfrågningsunderlaget.

Den enda faktiska skillnaden NKV har lyckats identifiera mellan avfallspåsarna är tillverknings sättet. Avfallspåsar tillverkas normalt genom tre olika metoder – HD (*High Density*), LD (*Low Density*) eller LLD (*Linear Low Density*). LTU har i upphandlingen efterfrågat tre olika avfallspåsar – en för 30-liters papperskorgar, en för 70-liters papperskorgar och en för 90-liters

papperskorgar. Som referensprodukt för 30-liters papperskorgar har LTU angett en LLD-avfallspåse, för 70-liters papperskorgar en HD-avfallspåse och för 90-liters papperskorgar en LLD-avfallspåse. Det kan därför inte vara avgörande vilken tillverkningsmetod som har använts för framtagande av de påsar som efterfrågas. Om LTU anser att det är mindre risk att en LLD-avfallspåse går sönder är det motsägelsefullt att använda sig av en HD-avfallspåse som referensprodukt för de större papperskorgarna.

Om man måste sträcka ut en avfallspåse för att passa en papperskorg använder man fel avfallspåse. Detta ökar risken för att påsen går sönder, oavsett om avfallspåsen är tillverkad enligt LLD eller HD. Enligt NKV:s samarbetspartner för avfallspåsar är det ingen högre frekvens på reklamationer avseende HD-avfallspåsar jämfört med LLD-avfallspåsar.

Den aktuella avfallspåsen avser ca en procent av upphandlingens totala värde. Att NKV offererat fel produkt ska anses som ringa och kan skyllas på den mänskliga faktorn. Det är inte rimligt och strider mot affärsmässiga principerna att LTU, på grund av en subjektiv utvärdering av avfallspåsarna, tvingas att betala drygt 211 896 kronor extra under avtalets löptid.

NKV bifogar kopia av ett intyg från inköpschefen på Polynova Nissen AB.

Vad LTU framför

LTU motsätter sig bifall till ansökan och framför följande.

Enligt LTU är inte NKV:s avfallspåse likvärdig med den avfallspåse som efterfrågas. Det är anbudsgivaren som har bevisbördan att den offererade produkten uppfyller kravet på likvärdighet. LTU:s personal som arbetar med avfallspåsar har utvärderat olika typer av avfallspåsar och kommit fram till att en HD-avfallspåse inte är likvärdig med den LLD-avfallspåse som an-

vänds idag. Utöver detta lämnar LTU nu in ett utlåtande från professor Lennart Wallström. Enligt hans bedömning är en LLD-avfallspåse mycket flexiblare och fungerar bättre för olika papperskorgar än en HD-avfallspåse.

Vid utformning av upphandlingens ska-krav har LTU utgått ifrån behoven i verksamheten. Samtliga ska-krav är väl avvägda och följer de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU. LTU byter avfallspåsar i ca 440 kontor ungefär två gånger i månaden. Det är väsentligt att avfallspåsen fungerar på ett tillfredsställande sätt för alla sopkorgar och att den inte går sönder.

Till skillnad från NKV anser LTU att brist på uppfyllande av ett ska-krav inte kan betraktas som ett ringa fel. Att i ett sådant läge tillåta en anbudsgivare att komplettera sitt anbud är att betrakta som en otillåten komplettering och står i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAG

2.2 Obligatoriska krav

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (**ska**-krav). Dessa är markerade med fetstil ”**ska**”. Av anbudet **ska** framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna antas är att **ska**-kraven är uppfyllda.

Kravspecifikation

Ärende: städprodukter

Beskrivning av varan/tjänsten

De produkter som **ska** ingå i avtalet finns angivna i prismallen, bilaga 3. Därutöver **ska** rabattsats anges för övriga produkter inom området städ.

Bilaga 3 Prismall städprodukter

Artiklar, nedan specificerade eller likvärdiga

...

61200078 Avfallspåse LLD 30 l vit 510x570x0,012 mm 100 st/rl

...

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Den aktuella upphandlingen påbörjades under år 2016. Det är således den numera upphävda lagen ÄLOU som gäller för upphandlingen.

Tillämpliga bestämmelser

Den upphandlande myndigheten 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 (1 kap. 9 § ÄLOU).

De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt” (6 kap. 4 § ÄLOU).

Om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna (6 kap. 5 § ÄLOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett

anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap (9 kap. 8 § ÄLOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (16 kap. 6 § första stycket ÄLOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten bedömer att LTU:s hänvisning till den i målet aktuella referensprodukten utgör en sådan teknisk specifikation som bl.a. hänvisar till ett tillverknings sätt som avses i 6 kap. 4 § ÄLOU. Vid ett sådant förhållande är det enligt 6 kap. 5 § ÄLOU NKV som vid tidpunkten för anbudens ingivande har att visa att den offererade avfallspåsen är likvärdig med den påse som efterfrågas i förfrågningsunderlagets bilaga 3 (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2013 i mål nr 2263-12).

NKV har offererat en produkt med artikelnummer 72515 "Avfallspåse 30-LIT HD VIT 100". NKV gör gällande att avfallspåsen uppfyller upphandlingens ska-krav. Enligt bolaget är tillverknings sättet den enda skillnaden mellan påsarna och en HD-avfallspåse fungerar minst lika bra att slänga sopor i som en LLD-avfallspåse.

LTU anser inte att en HD-avfallspåse är likvärdig med en LLD-avfallspåse varför det var korrekt att inte utvärdera NKV:s anbud. Enligt LTU är en LLD-avfallspåse mycket flexiblare och fungerar bättre för olika papperskor-gar.

En upphandlande myndighet har full rådighet över vad som efterfrågas. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer om det som erbjuds är likvärdig eller inte (jfr RÅ 2010 ref. 78 samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 17 juni 2013 i mål nr 1421-13 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 4 november 2013 i mål nr 2545-13).

Förvaltningsrätten konstaterar att den avfallspåse NKV offererat har tillverkats enligt en annan metod än referensprodukten. Av utredningen i målet framgår att tillverknings sättet kan ha en viss påverkan på avfallspåsarnas egenskaper till exempel när det gäller flexibilitet. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad NKV anfört finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått att visa att den produkt som de offererat, vid tidpunkten för anbudets ingivande, är likvärdig med den produkt som LTU efterfrågat i förfrågningsunderlagets bilaga 3. NKV:s egen åsikt om att dennes produkt är minst lika bra som den efterfrågade är irrelevant i sammanhanget. Inte heller det intyg som bolaget har gett in till domstolen ändrar denna bedömning.

NKV hävdar vidare att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att inte utvärdera bolagets anbud eftersom felet bolaget begått genom att offerera en annan produkt än vad som efterfrågas ska anses som ringa. Enligt NKV är det inte rimligt att LTU på grund av felet tvingas att betala drygt 211 896 kronor extra.

Enligt LTU kan inte felet anses som ringa eftersom det avser bristande uppfyllelse av ett ska-krav. Att i ett sådant läge tillåta en anbudsgivare att komplettera sitt anbud skulle betraktas som otillåtet och stå i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna.

I HFD 2016 ref 37 I och II uttalas bl.a. följande. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte

kunna eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det i stället vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 9 kap. 8 § ÄLOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

Enligt förvaltningsrättens bedömning ska ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven inte utvärderas. Att under sådana förhållanden förkasta ett anbud är enligt förvaltningsrättens mening en proportionerlig åtgärd. Förvaltningsrätten noterar vidare att det enligt 9 kap. 8 § ÄLOU är den upphandlande myndigheten som avgör om en anbudsgivare ska få komplettera sitt anbud eller inte. Förvaltningsrätten kan endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Förvaltningsrätten kan således inte besluta att NKV ska tillåtas att komplettera sitt anbud med den efterfrågade produkten. Yrkandet härom ska följaktligen avvisas.

NKV yrkar i tredje hand att om LTU sluter avtal med en annan leverantör än NKV under tiden upphandlingen är föremål för överprövning ska förvaltningsrätten pröva avtals giltighet.

Om ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts försätter avtalspärren att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (16 kap. 8 § ÄLOU). LTU är därför förhindrade att träffa något avtal under förvaltnings-

rättens prövning. Det har inte heller framkommit att LTU i strid med bestämmelsen tecknat avtal. NKV:s tredje hands yrkande lämnas därför utan åtgärd.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att LTU inte har brutit mot 1 kap 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i lagen på de grunder NKV anfört. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § ÄLOU saknas därmed. Bolagets ansökan ska då avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Kajsa Kellerborg

förvaltningsrättsfiskal

Raili Funck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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