



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-04-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1134-13

SÖKANDE

Industriarmatur AB, 556551-2422
 Kämpegatan 16
 411 04 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Thyselius
 Advokatfirman Glimstedt AB
 Box 2259
 403 14 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2013-04- 1 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Norrenergi AB, 556667-2605
 Box 1177
 171 23 Solna

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur.kand. Jesper Buhrman
 Foyen Advokatfirma i Sverige KB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 335825

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Norrenergi AB (Norrenergi) har, genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), genomfört en upphandling avseende leverans av två stycken vridspjällsventiler inklusive manöverdon och växel. Upphandlingen syftade till ett träffa avtal med den leverantör som erbjuder det med ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslutet den 9 januari 2013 framgår att annan leverantör än Industriarmatur AB (bolaget) tilldelats kontraktet.

Bolaget yrkar i första hand att rättelse sker på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs med uteslutande av GF AB Swedenborgs Ingenjörfirma (Swedenborg) och KSB Mörck ABs anbud (Mörck). I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att Swedenborgs och Mörcks anbud åsätts noll poäng eller väsentligt lägre poäng såvitt gäller tilldelningskriterierna "Produktens kvalitet" och "Produktens tekniska egenskaper". Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Enligt anbudsförfrågan krävs att ventilerna, i tekniskt och kvalitativt hänseende, ska uppfylla de krav som anges i Svenskt Fjärrvärmes tekniska bestämmelser för avstängningsventiler i fjärrvärme- och fjärrkylesystem betecknat som "D:209 eller likvärdigt". Enligt punkten 4 i de tekniska kraven i D:209 ska ventilen provas enligt D:210. Enligt samma punkt ska tillverkaren av ventilen redovisa resultatet av provningen i form av ett certifikat från provplats. Enligt punkt 1 i D:210 ska sådan provplats vara ackrediterad. Enligt punkt 5 i D:209 är det bara en sålunda provad och certifierad ventil som varaktigt får märkas med "P-märke", vilket framgår av anbudsförfrågans "Tekniska data". Att ventilerna ska uppfylla vad som anges i "D:209 eller likvärdigt" innebär en direkt och ovillkorligt hänvisning till att ventilerna ska ha genomgått det program för provning och kontroll och anges i "D:210 eller likvärdigt". Svensk Fjärrvärmes

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tekniska bestämmelse är framtagna i samarbete med Svensk Fjärrvärmes Tekniska Forskningsinstitut (SP). D:210 tillkom som möjlighet till produktcertifiering. Enligt D:210 är SP ensam behörig att utfärda certifikat enligt dessa tekniska bestämmelser. SP är då en sådan ackrediterad tredje part som krävdes i upphandlingen. Enligt utlåtande från SP den 1 februari 2013 är andra kontroll- och provtagningsförfarande inte likvärdiga med det som gäller enligt D:210. Av utlåtandet framgår att provtryck enligt andra tekniska bestämmelser (t.ex. EN 12266, en slags egenkontroll som sker av tillverkaren) inte uppmärksammar bristande täthet i ventilen genom att ett s.k. cyklingsprov om det genomförs enligt D:210. EN 12266 kan därmed inte anses "likvärdigt" med D:209 eller "liknande" D:210. Ventilens täthet var ett krav som skulle ha värderats vid utvärderingen, som ett mått på tilldelningskriteriet "Produktens tekniska egenskaper". Av Swedenborgs och Mörcks anbud framgår att provning skett enligt EN 12266. Enligt SP:s utlåtande framkommer bristande täthet av ett s.k. cyklingsprov om ventilen hade provats enligt D:210. Anbuden har således brustit i "Produktens tekniska kvalitet" pga. bristande täthet. Anbuden uppfyller därmed inte skall-kravet och skulle ha förkastats. Under alla förhållanden borde denna brist ha medfört noll poäng för nyss nämnda kriterium eller i vart fall väsentligt lägre poäng än vad dessa anbud tilldelades. Det framgår vidare att provningen och kontroller skett av tillverkaren i egen regi och därmed inte av en ackrediterad tredje part. Anbuden har därmed även brustit i kriteriet "Produktens kvalitet". Anbuden uppfyllde därmed inte skall-kravet och borde på den grunden ha förkastats. Under alla förhållanden borde denna brist ha medfört noll poäng i nyss nämnda tilldelningskriterium eller i vart fall väsentligt lägre poäng än vad dessa anbud tilldelades. Att ventilerna skulle ha uppfyllt de tekniska bestämmelserna i D:209 eller likvärdigt har formulerats som ett skall-krav vid upphandlingen och kraven i de tekniska datan utgör ett bör-krav. Det finns inget likvärdigt program för provtagning och kontroll eller annan ackrediterad aktör (likt SP) som har rätt att utfärda certifikat enligt dessa

tekniska bestämmelser. Det finns inte heller någon annan ackrediterad tredjepart som kan certifiera tekniska bestämmelser som är likvärdiga med D:210. Det är ostridigt att, i vart fall Swedenborgs ventil inte var P-märkt och därmed inte genomgått den provning och kontroll som föreskrivs i upphandlingen. Både Swedenborg och Mörck erhöll högsta poäng (25 p) i båda ovan nämnda tilldelningkriterier. Bolaget erhöll 25 p för "Produktens kvalitet" men felaktigt bara 15 p för "Produktens tekniska egenskaper".

Norrenergi har angivit att bolagets poäng beror på KV-värdet eller tripplexcentritet vilket är ovidkommande då det inte är uppställt som ett krav i upphandlingen. KV-värdet skulle därför inte ha beaktats vid utvärderingen. Bolagets ventil uppfyller skall-kravet samt är P-märkt enligt vad som krävs enligt D:210. Provning, kontroll och certifiering har därmed skett av SP. I förfrågningsunderlaget under rubriken "Leveransomfattning" framgår att leverantören ska överlämna dokumentation som vid leverans ska innehålla bl.a. "SPs certifiering för P-märkning". Detta hade uppenbarligen varken Swedenborg eller Mörck kunnat överlämna.

Norrenergi synes således ha förväntat sig en uppfyllelse av just D:209, och inte något likvärdigt, och D:210, och inte något likvärdigt. Det är bara uppfyllelse av den provning och kontroll som anges i D:210 som kan leda fram till att en ventil får förses med "SPs certifikat för P-märkning".

Norrenergis påstående om att Swedenborgs uppfyllde kravet på certifiering är felaktigt; för det fall inte Norrenergi menar att en fabriks-certifiering skulle vara det som avsågs i upphandlingen. Om Swedenborgs och Mörcks anbud hade förkastats alternativt Norrenergi tilldelat deras anbud noll poäng hade Industriarmatur placerats på första plats. Om Swedenborgs och Mörcks hade tilldelats väsentligt lägre poäng hade Industriarmatur, med stor säkerhet, också placerats på första plats. På grund av bristerna i upphandlingen har Norrenergi brutit mot 1 kap. 24 § LUF och principerna om likabehandling och transparens. Industriarmatur har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

Norrenergi bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Av de tio inkomna anbuden bedömdes sex av dem uppfylla ställda skall-krav. Dessa sex anbud har tagits upp till utvärdering. Det som uppställt som ett skall-krav är det krav som i anbudsförfrågan angetts under rubriken Tekniska krav i form av att ventilerna ska uppfylla kraven i Svensk Fjärrvärmes tekniska bestämmelser för avstängningsventiler i fjärrvärme- och fjärrkylesystem D:209 *eller likvärdigt*. Bolaget gör gällande att Swedenborgs och Mörcks anbud inte uppfyller de ställda skall-kraven. Detta bestrids. Det är riktigt att Swedenborgs och Mörcks offererade avstängningsventiler inte är P-märkta enligt D:210. Produkterna innehåller dock de krav på täthet, provtryckning, material och märkning i övrigt som Norrenergi uppställt genom hänvisningen till P-märkningen. De ventiler som Swedenborg och Mörck erbjuder uppfyller de krav som kan likställas med de krav som erfordras för att erhålla P-märkning för avstängningsventiler. Även om Swedenborgs och Mörcks offererade ventiler inte är certifierade enligt någon annan motsvarande standard i förhållande till P-märkningen utgör den prestanda som de redovisat för sin produkt att den är likvärdig med den prestanda som en P-märkt avstängningsventil borgar för. Mot bakgrund av den tekniska dokumentation som erhållits avseende Swedenborgs och Mörcks ventiler i kombination med de mycket goda referenser som lämnats för produkterna har skall-kraven inte bara uppfyllts utan dessutom givits höga poäng i utvärderingen. Anledningen till att bolaget tilldelats 15 p och Swedenborg och Mörcks anbud tilldelats 25 p under kategorin "Produktens tekniska egenskaper" har tydligt redovisats i utvärderingen. Det beror bl.a. på ventilens låga KV-värde men också på att ventilen inte är tripplexcentrisk. Bolaget har inte presenterat några sakliga invändningar mot utvärderingen annan än att den varit "felaktig". Förvaltningsrätten ska därför bortse från andrahandsyrkanden såsom obevisat. Det som föreskrivs i upphandlingen är de tekniska specifikationer och prestandakrav som på ett bra sätt sammanfattas och täcks in genom hänvisning till Svensk Fjärrvärmes

tekniska bestämmelser och till P-märkningen. Som tidigare angivits är det inte något absolut krav på att ventilerna ska vara P-märkta eftersom ett sådant krav inte är möjligt att ställa. Dock åligger det anbudsgivarna som inte offererar SP-märkta ventiler att redogöra för att de ändå uppfyller motsvarande krav. Så har också skett och anbudet har utvärderats därefter. Det föreligger inte grund för ett ingripande enligt LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 24 § LUF stadgas bl.a. att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av 16 kap. 1 § LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LUF. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 69 slagit fast att det i mål om ingripande enligt lagen (2007:1091) om offentligt upphandling som huvudprincip gäller att den part som göra gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas på. Högsta förvaltningsdomstolen har vidare uttalat att förvaltningsrätten bara bör pröva de grunder som sökanden åberopar. Detta torde även gälla beträffande ansökan om överprövning enligt LUF varför förvaltningsrätten nedan således endast prövar det som åberopats i målet.

Skall-kraven

En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. De så kallade skall-kraven som anges i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

Allmänna avdelningen

förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna utvärdera anbudet. Så länge bestämmelserna i LUF och tillämpliga grundläggande principer beaktas, är en upphandlande enhet normalt oförhindrad att själv bestämma om och hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella skall-krav är uppfyllda. Om skall-kravet är uppfyllt får således tolkas med vägledning av uttryckets semantiska innebörd, vad som är allmänt vedertaget i branschen samt av vad som i övrigt framgår av förfrågningsunderlaget.

Det är den upphandlande myndigheten som står risken för om underlaget i en upphandling motsvarar de krav som ställs i LUF. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 14 september 2008 (mål nr 6212-07) uttalat att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Av anbudsförfrågan i aktuell upphandling framgår följande under rubriken Tekniska krav. "Ventilerna skall uppfylla kraven i Svensk Fjärrvärmes tekniska bestämmelser för avstängningsventiler i fjärrvärme- och fjärrkylesystem D:209 eller likvärdigt." Under rubriken Tekniska data framgår bl.a. följande. "Certifiering: P-märkt enligt D:210 eller liknade". Av Leveransomfattning framgår att leverantören ska överlämna

dokumentation som vid leverans ska innehålla bl.a. "SPs certifikat för P märkning och besiktningsprotokoll".

Bolaget, som placerade sig på en tredje plats i upphandlingen, har gjort gällande att de två leverantörerna som placerades sig på första och andra plats i upphandlingen inte har uppfyllt ovan nämnda krav eftersom de inte har något D:210-certifikat beträffande deras offererade ventiler. Detta är, enligt bolaget, ett skall-krav eftersom det står att man vid leverans ska överlämna dokumentation som ska innehålla bl.a. "SPs certifikat för P märkning".

Förvaltningsrätten konstaterar att de krav som nämns under Tekniska krav och Tekniska data är klart och tydligt utformade. Där framgår att certifieringen kan bestå i att ventilerna är P-märkta enligt D:210 *eller likande* samt att ventilerna ska uppfylla kraven i D:209 *eller likvärdigt*. Genom att läsa dessa krav framgår med all önskvärd tydlighet att det räcker med att anbudsgivarna på ett liknande sätt som D:209 och D:210 kan visa på kvalitén på offererade ventilerna.

Förvaltningsrätten finner dock, i likhet med vad bolaget har anfört, att det som nämns under rubriken Leveransomfattning kan ge sken av att det krävs att ventilerna har ett SP-certifikat för P-märkning. Trots detta kan det, enligt förvaltningsrätten, inte uppfattas som ett skall-krav i lagens mening med beaktande av vad som i övrigt står i anbudsfrågan. Det som nämns under Leveransomfattning beträffande dokumentation bör tolkas så att ifall dokumentation beträffande certifiering finns att tillgå ska denna ges in. Det vill säga om en anbudsgivare har en ventil som innehar ett SP-certifikat för P-märkning så ska detta intyg ges in. Förvaltningsrätten finner mot ovan angivna bakgrund det inte visat att Swedenborgs och Mörcks anbud inte uppfyller ställda skall-krav.

Poängsättning av anbud

Bolaget har gjort gällande att poängsättningen beträffande "Produktens tekniska egenskaper" är felaktigt utförd eftersom Norrenergi har angivit att bolagets poäng beror på KV-värdet eller trippelexcentritet vilket är ovidkommande då det inte är uppställt som ett krav i upphandlingen. Norrenergi har uppgett att den givna poängen är befogad och har skett i enlighet med de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna och att anledningen till att bolaget fått avdrag på poängen beror på ventilens låga KV-värde samt att den inte är trippelexcentrisk.

Av RÅ 2002 ref. 50 framgår att förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. EU-domstolen har uttalat att det strider mot gemenskapsrätten att ge vikt åt underkriterier som inte nämns i förfrågningsunderlaget och att det är viktigt att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som kommer att beaktas vid utvärderingen. (C-331/04, ATI EAC Stl e Viaggi di Maio Snc m.fl. vs. Venezia SpA m.fl., p. 24 och p.32). EU-domstolen har vidare uttalat att utvärderingskriterierna uttryckligen ska anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först, så att entreprenören ska kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning (C-513/99, Concordia Bus Finland, p.62).

Av det i målet aktuella förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Tekniska krav

Ventilerna skall uppfylla kraven i Svensk Fjärrvärmes tekniska bestämmelser för avstängningsventiler i fjärrvärme- och fjärrkylesystem D:209 eller likvärdigt.

Anbudsprövning och värderingsgrunder

[...] Val av leverantör kommer att ske efter det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn till tekniska lösningar, kvalitet, leveranstid och prestanda med fri prövningsrätt enligt följande ej prioriterade ordning.

1. Leveranstid 20 %
2. Produktens tekniska egenskaper 25%
3. Produktens kvalitet 25 %
4. Leverantörens kompetens och erfarenhet från liknade leveranser 10%
5. Leveranspris 20 %

Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte någonstans i förfrågningsunderlaget står skrivet att KV-värdet och om ventilen är tripplexcentrisk eller inte ska tillmätas betydelse i utvärderingen. Det nämns som ett skall-krav att ventilerna ska uppfylla kraven i D:209 eller likvärdigt, utifrån detta kan inte rimligen förstås att kriterier för att erhålla D:209 ska tillmätas större eller mindre vikt vid utvärderingen. De tekniska kraven bör kontrolleras under kvalificeringsfasen och inte under utvärderingsfasen om detta inte framgår ut förfrågningsunderlaget. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att det aktuella förfrågningsunderlaget innefattar stora brister avseende förutsägbarhet eftersom Norrenergi inte fullt ut har redovisat uppgifter som tillmäts väsentlig betydelse vid utvärderingen av produktens tekniska egenskaper. Den oförutsägbarhet som denna brist innebär har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur värderingen skulle ske (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 oktober 2009, mål nr 3903-3904-09). Upphandlingen måste därför anses strida mot principen om transparens. Det framstår inte som osannolikt att bolaget skulle ha lagt upp sitt anbud på ett annat sätt om bolaget hade fått klar och tydlig information om hur anbudet skulle komma att utvärderas. Bristen i förfrågningsunderlaget kan därför sägas ha medfört en risk för att bolaget kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd och upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Susanne Bagge

Rådman

Elin Vidlund har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 uppgive 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 3109/1A LOU