



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-05-20
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2206-13 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

AGA Gas AB, 556069-8119
181 81 Lidingsö

Ombud: Advokaterna Olof Larsberger och Joakim Lavér
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART

Chalmers tekniska högskola AB, 556479-5598
Ekonomiavdelningen/Inköp och upphandling
412 96 Göteborg

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 2
2206-13 E**BAKGRUND**

Chalmers tekniska högskola AB (Chalmers) har genom ett öppet förfarande upphandlat ett ramavtal rörande flytande helium, dnr C 2012/1302. Av tilldelningsbeslutet framgår att Chalmers avser att teckna avtal med Skandinaviska Gasprodukter AB.

YRKANDE M.M.

AGA Gas AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs där även bolagets anbud ska utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Grunder för yrkandet om rättelse är bl.a. följande. Chalmers har förkastat bolagets anbud trots att det uppfyller samtliga ställda skall-krav i upphandlingen. Härigenom har Chalmers brutit mot principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada av den överträdelse av LOU som förekommit. Grunder för yrkandet om att upphandlingen ska göras om är bl.a. följande. Chalmers har som "krav på vara/tjänst" ställt krav som är oproportionerligt och innebär att kvalificeringsfas och anbudsutvärderingsfas sammanblandats. Chalmers har vidare antagit anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav. Härigenom har Chalmers även brutit mot ovan nämnda principer och bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. – Bolaget har i anbudet redogjort för efterfrågade uppgifter i punkterna 1 och 3. Såvitt gäller efterfrågad redogörelse i punkten 2 så är uppgiften om framtida inköpsvolym av mycket känslig natur och utgör affärshemlighet i bolagets verksamhet. Bolaget valde mot denna bakgrund att i anbudet att besvara punkten 2 på så sätt att Chalmers maximala förväntade volym angavs som en andel i procent av bolagets totala inköpsvolym på den svenska marknaden för år 2013. Av anbudet framgår således den ungefärliga procentandelen av bolagets totala inköp

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
2206-13 E

för den svenska marknaden för år 2013 som utgörs av Chalmers maximala förväntade volym. Det har därför varit mycket enkelt för Chalmers att, på basis av den information som AGA lämnat i anbudet, räkna ut bolagets totala inköpsvolym för den svenska marknaden för år 2013. Krav S20 syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att förse Chalmers med flytande helium under avtalstiden och syftet får således anses tillfredsställt genom av bolaget lämnade svar, inklusive lämnade uppgifter i anslutning till punkten 2. Kravet att leverantörerna ska redogöra för den totala inköpsvolymen på den svenska marknaden framstår som helt irrelevant och oproportionellt. Krav S20 utgör ett "krav på vara/tjänst" (S) och således inte ett "leverantörskrav" (KL). Chalmers har insorterat krav S20 i anbudsutvärderingsfasen och inte i kvalificeringsfasen. Som framhållits är dock syftet med krav S20 att säkerställa leverantörens förmåga att förse Chalmers med flytande helium under ramavtalsperioden. I krav S20 krävs således inte efterfrågad vara som sådan utan kravet innebär istället att leverantörens lämplighet för uppdraget ifråga kontrolleras. Enligt fast rättspraxis får inte kriterier som syftar till att fastställa leverantörens lämplighet att utföra uppdraget ifråga användas som tilldelningskriterier. Krav S20 utgör förvisso inget tilldelningskriterium men väl ett krav inom ramen för anbudsutvärderingen och vars uppfyllelse varit en förutsättning för kontraktstilldelning. Sådant krav ska rätteligen ha en koppling till kontraktet ifråga och inte till leverantörens förmåga att utföra aktuellt uppdrag. Bolaget har uppfyllt alla kvalificeringskrav KL1 – KL6. Chalmers har således gjort bedömningen att bolaget har den ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att klara av uppdraget ifråga. Krav S20 ska därför rätteligen bortses ifrån, varför det även av denna anledning saknats grund att förkasta bolagets anbud.

Chalmers bestrider vad bolaget anfört i ansökan. Kravet S20 är utformat som ett skall-krav dvs. ett minimumkrav som resulterar i att en anbudsgivare, om denne motsvarar och/ eller inkommer med efterfrågade uppgifter,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
2206-13 E

får anses ha uppfyllt kravet och vidare utvärdering ska ske. I annat fall utesluts anbudsgivaren från utvärderingen. Samtliga krav är indelade i "leverantörskrav" och "krav på vara/ tjänst". Kravet S20 p. 2 är enbart av informativ karaktär kopplat till avtalsprestationen att leverera efterfrågad vara/ tjänst, inte av jämförande/värderande karaktär i formen av en så kallad leverantörsprövning. Med anledning av att bolaget tydligt har angett att det inte kan lämna ut efterfrågad volym har Chalmers tolkat det som så att efterfrågad information saknas, men att bolaget istället har angett ett värde som enligt bolaget inte är lika verksamhetskadande. Även om Chalmers har kunnat uppskatta bolagets volym med hjälp av angivna värden bör nämnas att Chalmers ändå inte kan fastställa ett tillförlitligt volymvärde. Chalmers efterfrågade inköpsvolymen för år 2013, i detta får rimligen anses ligga en förväntan om att anbudsgivaren återger den faktiska volymen som har beställts från heliumtillverkaren, alternativt tilldelats, till den svenska marknaden. Bolaget har anfört att uppgifter om inköpsvolymen är "av mycket känslig natur" och "utgör en affärshemlighet". I anslutning till kravet S20 i anbudsförfrågan har Chalmers informerat anbudsgivaren om möjligheterna att begära sekretess utifrån bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen. Vidare har Chalmers informerat om förutsättningarna för sekretess i avsnitt 3.12 samt i svarsbilagans flik 4. Principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet har inte åsidosatts. – Chalmers bestrider även att kravet utgör ett inte utvärderingsbart kvalificeringskrav och att vinnande leverantör inte uppfyller samtliga ställda krav. För att tydliggöra i anbudsförfrågan vilka krav som skulle utvärderas, dvs. som är kontraktsgrundande, har dessa krav samlats i avsnitt 4 och de har markerats med antingen KL, S eller B. Bara för att ordet skall anges eller bör återges i en textrad innebär det inte automatiskt att det är fråga om ett kontraktsgrundande krav i upphandlingen. – Bolaget har på godtagbara grunder uteslutits genom att deras anbud inte uppfyller kravet S20 p. 2 och har inte lidit någon skada som kan hänföras till beslut om tilldelning av kontrakt.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

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

Upphandlande leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

3.2 Arbetsspråk

Anbudet skall lämnas på svenska.

3.12 Om sekretess och offentlighetsprincipen

Om ni har uppgifter som ni anser bör sekretessbeläggas, skall ert anbud innehålla exakta angivelser om vilka uppgifter ni inte vill skall offentliggöras och noga precisera av vilka skäl. Chalmers gör därefter en självständig sekretessprövning. Utgångspunkten är att alla handlingar i ärendet kommer att vara offentliga enligt offentlighets och sekretesslagen.

4.4 Krav på vara/tjänst

I detta avsnitt beskrivs de specifika egenskaper på varan/tjänsten som Chalmers efterfrågar.

4.4.1 Skallkrav

... S20. Leverantören skall redogöra för dennes möjligheter att förse Chalmers med flytande helium under ramavtalsperioden (2013-2016). Var god redogör för följande.

1. Namn samt geografiskt läge på samtliga gaskällor från vilka leverantören köper sitt helium
2. 2013 års totala inköpsvolym av flytande helium (som leverantören avser att köpa in till den svenska marknaden)
3. Leverantörens bedömning över dennes möjlighet att försörja Chalmers med flytande helium under hela ramavtalsperioden (år 2013, 2014, 2015 och 2016) mot bakgrund av gaskällornas förväntade heliumproduktion.

(Om leverantören anser att sekretess råder för vissa uppgifter, ska uppgifterna ändå anges.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
2206-13 E

Leverantören kan i så fall begära sekretess i svarsbilagan för specificerade delar av anbudet, se även 3.12).

S21. Anbudsgivaren skall acceptera Chalmers avtalsvillkor (se bilaga 1). Tillägg till avtalsvillkoren får endast göras i mindre omfattning och efter godkännande av Chalmers.

4.4.2 Börkriterier

B1. Leverantören bör kunna leverera flytande helium även vid akuta behov. ...

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen har 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 unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). I mål enligt LOU är en förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande att sökanden åberopar och kan visa att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse eller någon av de principer som anges i lagstiftningen. Vidare krävs att det bolag som ansöker om överprövning till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

För att upphandlingen ska uppfylla kravet på likabehandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling. Skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet.

Bolagets anbud har förkastats på grund av att den upphandlande myndigheten bedömt att alla skall-krav inte är uppfyllda. Den första fråga förvaltningsrätten har att pröva är om bolaget uppfyllt det aktuella skall-kravet och därför borde ha gått vidare till utvärderingsfasen. Av tilldelningsbeslutet framgår att Chalmers bedömt att bolaget inte uppfyllt det krav som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 7
2206-13 E

anges i S20 andra punkten enligt vilken anbudsgivaren ska redogöra för dennes möjligheter att förse Chalmers med flytande helium under ramavtalsperioden och då lämna upplysning om 2013 års totala inköpsvolym av flytande helium som leverantören avser att köpa in till den svenska marknaden. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget uppställt skall-krav och den upphandlande myndigheten har därför haft rätt att förkasta bolagets anbud.

Nästa invändning bolaget framför är att det skall-krav som bolaget inte uppfyllt innebär att Chalmers brutit mot transparens-, likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Vad gäller de två först angivna principerna om transparens och likabehandling, har bolaget inte angivit några omständigheter som innebär att det uppställda kravet inte är tillräckligt tydligt eller att anbudsgivarna inte behandlats lika. Vad härefter gäller frågan om upphandlande myndigheten genom det krav som anges i andra punkten S20 andra punkten uppställt ett krav som inte är proportionerligt gör förvaltningsrätten följande överväganden. Det är den upphandlande myndigheten som har att bedöma vilka skall-krav som är nödvändiga för att erhålla den produkt som efterfrågas, dock med de begränsningar som följer av LOU. De förklaringar som Chalmers lämnat till varför det ifrågasatta skall-kravet uppställts framstår som både motiverade och väl avvägda, varför skäl saknas för ingripande med stöd av LOU.


Vad gäller bolagets invändning att den vinnande leverantören inte uppfyller samtliga ställda skall-krav genom att några av bilagorna till anbudet är på andra språk än svenska, delar förvaltningsrätten bolagets inställning att ett uppställt skall-krav inte är uppfyllt. I anbudsförfrågan anges i avsnitt tre dels vissa administrativa skall-krav för upphandlingen dels att anbudet ska ges in på svenska. En förutsättning för att ingripande med stöd av LOU ska kunna ske är emellertid att det sökande bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada. Frågan härefter blir därför om bolaget kan anses ha lidit

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 8
2206-13 E

skada när den vinnande leverantören inte uppfyller samtliga skall-krav. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 21 juni 2012 (mål nr 5010-12) bedömt att sökandebolaget kunde anses ha lidit skada om även den vinnande leverantörens anbud borde ha förkastats på grund av bristande uppfyllelse av skall-krav. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 28 mars 2012 (mål nr 3307-11) uttalat att en leverantör som rätteligen har uteslutits från upphandlingen inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör. Leverantören kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Likaså Kammarrätten i Stockholm i dom den 30 maj 2012 (mål nr 924-12) har uttalat att en förutsättning för att sökandebolaget ska anses ha lidit skada är att detta bolag uppfyller skall-kraven. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som i beslut den 28 augusti 2012 (mål nr 3134-12) inte meddelade prövningstillstånd. Vid en sammantagen bedömning av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses ha lidit skada på sätt som krävs för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis medför inte det som bolaget har anfört och visat i målet att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOU på sätt som förutsätts för att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109 LOU/1b)



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande har varit M Georgsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 vatill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

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

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

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

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

DV 3109/1B LOU