



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2013-03-21
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 5165-12

SÖKANDE

Purac AB, 556229-3125
 Box 1146
 221 05 Lund

Ombud: Advokat Ulf Contman
 Contman AB
 Box 7390
 103 91 Stockholm

MOTPART

Gästrike Vatten AB, 556751-1661
 Hamnleden 20
 806 41 Gävle

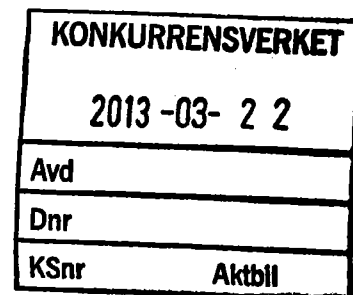
Ombud: Stefan Axelsson
 Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten avslår Purac AB:s yrkande om edition samt yrkandet om att Gästrike Vatten AB ska specificera i vilka avseenden Purac AB:s anbud avviker från den tekniska beskrivningen.
2. Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Gästrike Vatten AB (i det följande Gästrike Vatten) genomför en upphandling avseende membranfilteranläggning (Dnr 12GVAB392). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Genom tilldelningsbeslut den 5 november 2012 antogs anbudet från Björks Rostfria AB (Björks).

YRKANDEN M.M.

Purac AB (Bolaget, tidigare Läckeby Water AB), vars anbud förkastats i kvalificeringsfasen, ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bolagets anbud anses kvalificerat och utvärderas tillsammans med anbudet från Björks i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om på den grunden att kravet i punkten 1.3 i den tekniska beskrivningen är otydligt, oproportionerligt och konkurrensbegränsande. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten dels ska förplikta Gästrike Vatten att utge de delar av Björks anbud som avser driftskostnaderna, dels att Gästrike Vatten ska specificera i vilka avseenden Bolagets anbud avviker från kraven i punkten 1.3 i den tekniska beskrivningen.

Gästrike Vatten bestrider Bolagets yrkanden och anför till stöd för sin inställning i korthet följande. Upphandlingen har skett i enlighet med LUF och de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling och icke-diskriminering. De aktuella kraven är relevanta och begränsar inte konkurrensen. Bolaget har inte visat att man uppfyller begränsningskravet i punkten 1.3 i den tekniska beskrivningen och anbudet har därför rätteligen förkastats. Efter kvalificeringsfasen återstod endast anbudet från Björks, vilket bedömdes konkurrenskraftigt och därmed antogs utan någon ytterligare utvärdering. Gästrike Vatten har beslutat att med stöd av 19 kap. 1 §

offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, sekretessbelägga tekniska beskrivningar och vissa ritningar i Björks anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Gästrike Vatten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF). Vidare har förvaltningsrätten att ta ställning till Bolagets yrkanden om att Gästrike Vatten ska förpliktas att förete vissa delar av Björks anbud.

Yrkandet om edition m.m.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Gästrike Vatten den 16 och 28 november 2012 beslutade att sekretessbelägga vissa tekniska beskrivningar och ritningar i Björks anbud. Ulf Contman överklagade besluten till kammarrätten som avvisade överklaganden den 12 februari 2013 (Kammarrätten i Sundsvalls beslut i mål nr (mål nr 2868-12 och 2982-12). Kammarrättens beslut har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen som ännu inte avgjort målen (mål nr 1808-13 och 1809-13).

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår följande. Skriftlig handling, som åberopas till bevis, ska tillställas rätten utan dröjsmål. I

fråga om sådant bevis gäller i övrigt 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalken i tillämpliga delar.

I 38 kap. 8 § första stycket rättegångsbalken (1942:740) anges att om allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten förordna att handlingen ska tillhandahållas. Av andra stycket tredje punkten samma paragraf följer emellertid att första stycket inte gäller handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

Syftet med edition är att en part ska få del av handlingar som kan antas ha betydelse som bevis i ett mål. Bolaget åberopar Björks anbud i de delar som avser driftskostnader. Förevarande mål gäller främst frågan om de av Gästrike Vatten uppställda kraven är proportionerliga och om Bolagets anbud uppfyller dessa krav. Förvaltningsrätten anser att handlingarna i målet innehåller den information som krävs för att förvaltningsrätten ska kunna ta ställning till dessa frågor och finner inte att det finns synnerlig anledning att begära in de aktuella delarna av Björks anbud. Bolagets yrkande om edition ska därför avslås. Enligt förvaltningsrätten får Bolagets editionsyrkande och vad Bolaget anfört kring detta även uppfattas så att de gör gällande att Gästrike Vatten brutit mot bestämmelsen i 9 kap. 9 § LUF, genom att inte ange skälen för tilldelningsbeslutet. I tilldelningsbeslutet (§ 5) anges att det efter kvalificeringsfasen konstaterats att anbudet från Bolaget inte uppfyller begränsningskravet i Tekniska beskrivningen gällande punkt 1.3 "kemikalier får inte användas i reningsprocessen" samt att det bedöms att kvarstående anbud från Björks är konkurrenskraftigt och kan antas (§ 6). Förvaltningsrätten anser att Gästrike Vatten härigenom får anses ha fullgjort sina skyldigheter enligt 9 kap. 9 § LUF och anser vidare att det saknas skäl att i enlighet med Bolagets yrkande förelägga Gästrike Vatten att ytterligare specificera i vilka avseenden Bolaget inte uppfyller kraven i den tekniska beskrivningen.

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget?

I den tekniska beskrivningen, vilken ingår som en del i förfrågningsunderlaget, anges bl.a. följande under rubriken "Begränsningar" (punkt 1.3).
"Kemikalier får inte användas i reningsprocessen annat än erforderliga tvättkemikalier och beläggningshämmare till membranen. Alla kemikalier skall vara godkända att användas i dricksvattenproduktion. Beläggningshämmaren, eller nedbrytningsprodukter av denna, skall inte kunna överföras till permetatflödet. Beläggningshämmaren skall också, i de koncentrationer som förekommer i retentatflödet, kunna tillföras recipient."

Bolaget, som menar sig uppfylla ovan redovisade krav, gör gällande att den tekniska beskrivningen brister i transparens då de kemikalier som får användas, dvs. "erforderliga tvättkemikalier" och "beläggningshämmare till membranen", inte specificeras närmare. Enligt Bolagets mening innebär denna skrivning att leverantörer kan välja vilka kemikalier denne vill med hänsyn till den tekniska lösning som erbjuds, förutsatt att dessa är tvättkemikalier eller beläggningshämmare.

Gästrike Vatten har, vad gäller den påstådda bristen på transparens i förfrågningsunderlaget, fört fram att det inom branschen är välkänt vad som avses med "erforderliga tvättkemikalier" och har som exempel på sådana angett svavelsyra, saltsyra, citronsyra, natriumhydroxid och natriumhypoklorit. Gästrike Vatten har vidare pekat på att dessa kemikalier i förfrågningsunderlaget har angetts med ett å-pris som ska användas vid beräkningen av driftskostnaderna. I Livsmedelsverkets dricksvattenföreskrifter (SLVFS 2001:30) anges vidare godkända beläggningshämmare till membran. Gästrike Vatten menar att det vore orimligt att tillhandahålla en specifikation av vilka kemikalier som inte kan utgöra erforderliga tvättkemikalier eller beläggningshämmare till membran. Gästrike Vatten påtalar även att Bolaget under upphandlingens gång haft möjlighet att ställa frågor i syfte att reda ut eventuella frågetecken rörande specifika kemikalier. Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 24 § LUF följer att den upphandlande enhetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje

leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget och där ingående teknisk beskrivning (punkt 1.3) tillräckligt tydligt framgår vilka krav som gäller avseende användningen av kemikalier i reningsprocessen. Förvaltningsrätten delar härvid Gästrike Vattens uppfattning att aktuella benämningar/klassificeringar av kemikalier får anses vedertagna inom vattenreningsbranschen och att potentiella leverantörer med branschkunskap därmed får antas vara förtrogna med vad som avses med ”tvättkemikalier” respektive ”belägningshämmare”, utan att dessa behöver specificeras närmare i förfrågningsunderlaget. Vidare kan noteras att Gästrike Vatten den 18 oktober 2012 på fråga från leverantör har bekräftat att inga övriga kemikalier får användas i reningsprocessen än de som anges i den tekniska beskrivningen punkt 1.3. Förvaltningsrätten anser inte heller att den tekniska specifikationen som sådana står i strid med bestämmelserna i 6 kap. LUF eller att Bolaget på annat sätt förmått visa att det finns skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Proportionalitetsprincipen m.m.

Bolaget gör vidare gällande att kraven i punkten 1.3 i den tekniska specifikationen strider mot proportionalitetsprincipen, är konkurrensbegränsande samt står i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget har i denna del bl.a. anfört att förbudet mot kemikalier i reningsprocessen är utformat i syfte att missgynna Bolaget och att Gästrike Vatten hade kännedom om att Bolaget erbjuder en annan teknisk lösning innebärande att kemikalien PAX måste användas.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande enhet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen, dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Av EU-domstolens praxis gällande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. Först ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Gästrike Vatten har fört fram att syftet med det uppställda kravet att inga andra kemikalier än erforderliga tvättkemikalier och beläggningshämmare till membran får användas i reningsprocessen, är att reningsanläggningen ligger inom infiltrationszonen i Gävle-Valboåsens primära vattenskyddsområde där risken är stor för att föroreningar snabbt når grundvattnet då området är beläget på mark med mycket hög genomsläplighet. Enligt gällande vattenskyddsföreskrifter (21FS 2006:33) får vattenverksamhet endast bedrivas inom infiltrationszon, varvid all hantering av kemikalier och transporter ska undvikas. Vid den aktuella platsen finns för närvarande inte dricksvatten, avlopp eller vattenreservoar, vilket medför att spolvatten, driv- och blandningsvatten för kemikalier saknas liksom avloppsmöjlighet-

er för kemikalieinnehållande avlopp. Gästrike Vatten har därför bedömt att lagring och hantering av stora mängder kemikalier inte är godtagbart på grund av områdets sårbarhet och den risk kemikalier och transporter utgör för grundvattnet. Gästrike Vatten har mot den bakgrunden och för att minimera risker fattat ett principiellt beslut om att inga reningsmetoder som innefattar kemisk fällning får ingå.

Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av vad Gästrike Vatten har framfört bedömningen att de aktuella begränsningskraven gällande kemikalier, såsom de uppställts i den tekniska specifikationen, får anses lämpliga och effektiva. Förvaltningsrätten anser inte att det i utredningen har framkommit något som med styrka talar för att kraven syftat till att rikta sig till en eller ett fåtal specifika leverantörer eller att kraven på annat sätt skulle vara konkurrensbegränsande. Kraven framstår inte heller som godtyckliga eller uppenbart oskäligen utan får sammanfattningsvis anses förenliga med proportionalitetsprincipen och de övriga principer som bär upp upphandlingslagstiftningen. Det saknas således skäl för ingripande enligt LUF även på denna grund.

Bolagets uppfyllelse av kravet i punkt 1.3 i den tekniska beskrivningen

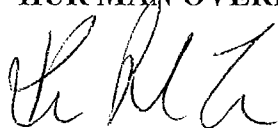
En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande enheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Bolaget har offererat en membranfilteranläggning med Ultrafiltrering (UF, hålfibermembran). I Bolagets anbud anges, under rubriken "Kemikaliedo-
sering" att valet av koagulant är PAX eller en polymeriserad aluminium-

klorid. Bolaget bekräftar även, såväl i ansökan som i de yttranden som getts in i målet, att det är kemikalien PAX som avses användas. Bolaget menar emellertid att man ändå uppfyller begränsningskravet i punkten 1.3 och pekar i den delen bl.a. på att PAX är en vedertagen kemikalie som är godkänd av Livsmedelsverket för användning vid dricksvattenrening.

Gästrike Vatten har för sin del anfört att Bolaget i anbudet angett att kemikalien PAX-XL60 ska användas i reningsprocessen ”för att oxidera och fälla ut den lösta färgen”. Gästrike Vatten har vidare uppgett att PAX (polyaluminiumklorid) är en fällningskemikalie/koagulant och inte en tvättkemikalie/beläggningshämmare enligt Livsmedelsverkets föreskrifter (SLVFS 2001:30). Bolaget har inte motsagt dessa uppgifter. Förvaltningsrätten anser vid dessa förhållanden inte visat annat än att Bolaget inte uppfyller det aktuella begränsningskravet. Gästrike Vatten har därmed haft fog för att förkasta Bolagets anbud. Ett Bolag vars anbud rätteligen har förkastats riskerar normalt sett inte att lida någon skada, såvida inte samtliga andra anbud också borde ha förkastats. Bolaget har inte åberopat att anbudet från Björks skulle vara behäftat med sådana fel att Gästrike Vatten borde ha förkastat detsamma. Vad Bolaget har anfört om att Gästrike Vatten inte utvärderat Björks anbud i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget (AFB.52) kan inte heller anses visa att det förelegat någon risk för skada för Bolagets vidkommande. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det inte finns skäl för ingripande enligt LUF på de av Bolaget åberopade grunderna, varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Karin Forslund Johansson

rådman