



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
 Enhet 2  
 Ann-Louise Jonsson

**DOM**  
 2016-02-08  
 Meddelad i  
 Falun

Mål nr  
 4238-15

**SÖKANDE**

STRABAG Umwelttechnik GmbH

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och jur.kand. Mattias Wiklund  
 Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
 Box 4501  
 203 20 Malmö

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-02-10	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**MOTPART**

Gästrike Ekogas AB, 556036-0785

Ombud: Advokat Ylva Lindahl  
 Ahlford Advokatbyrå AB  
 Box 1111  
 751 41 Uppsala

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår STRABAG Umwelttechnik GmbH:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 152144

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

### BAKGRUND

Gästrike Ekogas AB (i det följande Ekogas) genomför en upphandling avseende inköp av en biogasanläggning för produktion av biogas i Forsbacka ("Forsbacka Biogas"). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Beslut om tilldelning meddelades den 9 oktober 2015, varvid Thöni Industriebetriebe GmbH (Thöni) tilldelades kontraktet utifrån tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

### YRKANDEN M.M.

**STRABAG Umwelttechnik GmbH** (Strabag) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av Thönis anbud. Strabag anför som grunder för sin ansökan i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i strid med 1 kap. 24 § LUF då Ekogas har antagit anbudet från Thöni trots att anbudet innehöll reservationer och därmed inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Thönis anbud saknar vidare ett obligatoriskt namnförtydligande. Strabag har lämnat det ekonomiskt näst mest fördelaktiga anbudet och har därmed lidit skada.

**Ekogas** bestrider bifall till ansökan.

### 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 (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Strabag har anfört är visat att Ekogas har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse

i LUF och om detta har medfört att Strabag har 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).

Av rättspraxis följer att ett anbud som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget, dvs. avvikelser i fråga om villkor, reservationer och förbehåll, inte får utvärderas. Likabehandlingsprincipen kräver således att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan lämnade anbud (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält).

*Otillåtna reservationer i Thönis anbud?*

“Guaranteed Total raw gas production”

Strabag gör gällande att Thöni, i förhållande till sitt huvudanbud och Option 1, har reserverat sig mot angiven garanterad produktionsvolym. Strabag anför i denna del bl.a. följande. Thöni har, såvitt avser ”Guaranteed Total raw gas production”, uppgett 3 732 000 Nm<sup>3</sup>/år, men har tillagt att ”Gas yields are guaranteed against GB21 tests according to our offer and warranty statement. Subject to contract agreement.”. Den uppgivna produktionen är således villkorad av Thönis eget anbud och egna garantivillkor och Thöni har dessutom villkorat den uppgivna produktionen av utfallet av kommande avtalsförhandlingar. Kommentaren måste rimligen tolkas som att den uppgivna produktionen endast garanteras under förutsättning att testmetoden GB21 används. Thönis reservation innebär att bolaget inte har garanterat offererad prestanda i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget. Thönis anbud är således inte jämförbart med de övriga anbuden i upphandlingen och kan inte tas upp till utvärdering. Oavsett hur Thönis reservation gällande garanterad produktion ska förstås vad gäller tillämplig test-

metod, har Thöni därutöver reserverat angivna uppgifter mot sina egna garantivillkor samt mot utfallet av kommande avtalsförhandlingar. Var och en av dessa reservationer innebär att Thönis anbud borde ha förkastats. Huvudanbudet och Option 1 är mycket högt viktade i utvärderingsmodellen (sammanslagt 85 % enligt punkten 6, Administrative Provisions), vilket ger intrycket av att Thöni använt reservationerna i syfte att åstadkomma en så fördelaktig utvärdering som möjligt. Strabag har för egen del inte villkorat motsvarande uppgift i sitt anbud.

**Ekogas** bestrider att Thönis anbud innehåller otillåtna reservationer och anför i denna del i huvudsak följande. Den i förfrågningsunderlaget angivna testmetoden utgår inte från en vedertagen standard kopplat till torrötning. Testmetoden påverkar inte heller den garanterade gasproduktionen, utan används för att skapa en referensnivå innan projektstart, i syfte att kunna följa upp eventuella förändringar i substratkompositionen när prestandaprov genomförs under ansvarstiden. Thöni har accepterat den i förfrågningsunderlaget angivna beräkningsmetoden och dess resultat, men har i sin kommentar föreslagit att parterna i stället ska använda sig av den internationellt erkända testmetoden GB21. Den av anbudsgivarna garanterade produktionskapaciteten påverkas inte av vilken mätmetod som används. Thönis kommentar innebär således inte någon otillåten reservation. Strabag har dessutom för egen del lämnat motsvarande kommentar och har därvid föreslagit att VDI 4630 används som testmetod.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget (punkten 3.2 jämförd med punkten 2.1, Administrative Provisions) kan utläsas att samtliga ska-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas och att anbudet bl.a. ska innehålla ifyllt Tender Standard Form (Appendix 7), Evaluation model including annual costs (Appendix 5) samt "Shall" requirement List (Appendix 6).

I målet har inte framkommit annat än att Thöni i sitt anbud (punkten 6, Appendix 7, Tender Standard Form) har garanterat att dess anbud uppfyller samtliga "Shall-demands" enligt Appendix 6 ("Shall" Requirement List) samt att Thöni i anbudet (Thöni Bid Document) angett att "The general administrative requirements of the project, all Shall requirements of the client Invitation to Tender, including clarifications via Questions and Answers and the timetable as amended during the procurement and as posted on the procurement and as posted on the procurement portal are accepted.". Ekogas har uppgett att den mätmetod som anges i förfrågningsunderlaget syftar till att man ska erhålla ett referensvärde för att kunna utvärdera produktionskapacitetens förändring över tid. Den garanterade gasproduktionen påverkas enligt Ekogas inte av vilken mätmetod som används. Enligt förvaltningsrätten talar dessutom skrivningen "Subject to contract agreement" rent språkligt för att det enbart är fråga om ett förslag att använda en annan testmetod än den föreskrivna. Förvaltningsrätten anser inte att det går att utläsa av Thönis kommentar att anbudet skulle vara villkorat på så sätt att den föreslagna ändringen av testmetod måste godtas vid kontraktsskrivningen för att anbudet ska vara giltigt. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den kommentar som Thöni har lämnat i Appendix 5 om testmetoden GB21 inte kan sägas innebära någon reservation i förhållande till den gasproduktion som Thöni garanterat ("Guaranteed Total raw gas production"). Vad Strabag har anfört i denna del visar enligt förvaltningsrättens mening således inte att Ekogas vid bedömningen av Thönis anbud har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna i LUF.

"Guaranteed availability of Biogas plant"

**Strabag** gör vidare gällande att Thöni har reserverat sig mot angiven garanterad tillgänglighetsgrad och pekar i denna del på bl.a. följande. Avseende "Guaranteed availability of Biogas plant" har Thöni uppgett en tillgänglighet på 99 %, men tillagt att detta endast är en "Theoretical calculation to derive at the guarantee value below". Thönis kommentar kan inte uppfattas

på annat sätt än att Thöni inte garanterar tillgänglighetsgraden, utan endast har angivit en hypotetisk procentsats för beräkningens skull. Ekogas tolkning av reservationen är svårförenlig med dess språkliga utformning och det ligger nära till hands att reservationen kan komma att tolkas och tillämpas på ett annat sätt om Thöni uppför anläggningen och det visar sig att tillgänglighetsgraden understiger 99 %.

**Ekogas** framför i denna del bl.a. följande. Thöni har uppgett att bolaget har förmåga att uppfylla en hundra procentig tillgänglighet. För att vara på den säkra sidan har Thöni i sin garanti avseende tillgänglighet dock reducerat värdet till 99 %. Eftersom Thöni har förmåga att tillförsäkra en hundra procentig tillgänglighet har bolaget valt att i kommentaren förtydliga detta genom att ange att beräkningen för 99 % tillgänglighet endast är teoretisk. Thönis kommentar utgör ingen reservation och bolagets garanti om 99 % tillgänglighet är oinskränkt. Samtliga anbudsgivares beräkningar är dessutom teoretiska innan det finns en färdig anläggning som tagits i drift och vars tillgänglighet går att mäta.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Vad beträffar ”Guaranteed availability of biogas plant” noterar förvaltningsrätten att begreppet ”availability” definieras närmare i förfrågningsunderlagets tekniska specifikation (punkten 6.16, Appendix 1), vari även anges att ”The Biogas plant has a requirement of 98 % availability [...]”. Ekogas har oemotsagt uppgett att Thöni i anbudet har sagt sig ha förmåga att uppfylla en hundra procentig tillgänglighet. I utvärderingsbilagan (Appendix 5) garanterar Thöni, såvitt avser Base Case, en tillgänglighet på 99 %. Förvaltningsrätten kan inte finna på vilket sätt den kommentar som Thöni har lämnat härvidlag om att beräkningen är teoretisk, skulle kunna innebära att Thöni inte står fast vid den garanterade tillgänglighetsnivån på 99 % eller att det garanterade värdet skulle vara villkorat eller inskränkt på något sätt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I FALUN**  
Enhet 2

**DOM**

Förvaltningsrätten gör således sammanfattningsvis bedömningen att den av Thöni lämnade kommentaren i anbudsbilagan avseende garanterad tillgänglighet inte utgör någon reservation vare sig i förhållande till obligatoriska krav eller till egna utfästelser i anbudet. Förvaltningsrätten finner således inte att Strabag har förmått visa att Ekogas förfarande i denna del står i strid med någon av de grundläggande principerna i LUF.

“Total Electrical Energy consumption” och “Heat consumption”

Strabag gör vidare gällande att Thöni har reserverat sig dels i förhållande till angivet värde avseende “Total Electrical Energy consumption”, dels i förhållande till det angivna värdet för “Heat consumption”. Strabag pekar på att Thöni i kommentarer till ovan nämnda värden har angett ”excludes existing compost unit obligations”. Strabag anför bl.a. följande. Ekogas har efterfrågat uppgift om den totala energi- respektive värmeförbrukningen och det råder ingen tvekan om att befintlig konsumtion skulle beaktas (jfr fråga AP1.16 och punkten 4.1 i Appendix 1, Technical Specifications). Genom att helt exkludera befintlig konsumtion har Thöni erhållit en bättre jämförelsepoäng vid utvärderingen. Ekogas tolkning av reservationen saknar helt stöd i den språkliga utformningen då Ekogas synes anse att ordet ”existing” (befintlig) betyder ”framtida”.

Ekogas framför för sin del bl.a. följande. De aktuella kraven är utformade så att leverantören i beräkningen av den framtida anläggningens el- och värmeförbrukning ska ta med energiförbrukningen av den nuvarande komposteringsanläggningen i den utsträckning denna avses användas (och därmed förbrukar el och värme) för att leverera efterfrågad funktion. Av Thönis anbud framgår att bolaget, för att leverera efterfrågad funktion, har för avsikt att använda fyra av sex kamrar i den nuvarande komposteringsanläggningen och att el- och värmeförbrukningen för denna har tagits med i beräkningen. Thöni har genom sina kommentarer tydliggjort att den nuvarande förbrukningen för de två kamrar som inte avses användas inte heller ingår i

bolagets beräkningar. Förtydligandet har skett mot bakgrund av att Ekogas har möjlighet att använda outnyttjade delar av befintlig anläggning för framtida verksamheter. Thöni har genom förtydligandet velat framhålla att bolaget inte kan garantera el- och värmeförbrukningen vid Ekogas eventuella framtida nyttjande av anläggningen, utan att man endast garanterar den el- och värmeförbrukning som förväntas utifrån den i förfrågningsunderlaget preciserade och upphandlade funktionen.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget anges följande: "The Tenderer shall include the electrical consumption of existing equipment into their total electrical consumption" (punkten 4.1, Appendix 1, Technical Specification). Ekogas har uppgett att kravet ska förstås så att leverantören vid beräkningen ska ta hänsyn förbrukningen för den befintliga anläggningen i den utsträckning denna avses användas för att leverera efterfrågad funktion. Även om detta inte kommer till direkt uttryck i den aktuella punkten i förfrågningsunderlaget, anser förvaltningsrätten att Ekogas uppfattning om hur beräkningen ska ske framstår som given med tanke på att de delar av anläggningen som leverantören inte kommer att ta i anspråk inte heller kommer att förbruka någon el eller värme. Förvaltningsrätten noterar även att Thöni har lämnat motsvarande kommentar avseende Option 4 (Service- and support contract). Med Strabags utgångspunkt skulle således kostnader för serviceavtal i hela den befintliga anläggningen behöva räknas med och få betydelse vid utvärderingen, oaktat att denna kostnad i praktiken inte skulle uppkomma. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Ekogas uppgift om att det av Thönis anbud framgår i vilken utsträckning bolaget har för avsikt att använda den befintliga komposteringsanläggningen. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att de aktuella kommentarer som Thöni har lämnat i Appendix 5 inte innebär något avsteg från de obligatoriska kraven på det sätt Strabag påstår. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.



*Avsaknad av namnförtydligande*

**Strabag** gör slutligen gällande att Thönis anbud saknar en obligatorisk uppgift i form av ett namnförtydligande och anför i denna del bl.a. följande. Någon har signerat Thönis anbudsbilaga (Appendix 5), men något namnförtydligande har inte angivits. Signaturen går inte att tyda och kan inte ersätta ett namnförtydligande. Avsaknaden av namnförtydligande strider mot anvisningarna i Appendix 5 om "printed name".

**Ekogas** genmäler i denna del bl.a. följande. Kravet på undertecknande är uppställt i syfte att klarlägga att anbudet är seriöst menat. Eftersom det rör sig om ett tvåstegsförfarande i vilket Thöni har kvalificerat sig, har det varit uppenbart att Thöni har önskat delta i upphandlingen och att dess anbud varit seriöst. Thönis anbudsbrief har undertecknats av bolaget VD, vilket visar att anbudet är sanktionerat inom bolagets egen organisation. Därtill har Thönis anbudsansökan undertecknats av Technical Director Michael Krismer. I nämnda handling framgår även namnförtydligande. Michael Krismer är även den person som har skrivit under den av Strabag ifrågasatta utvärderingsbilagan. I den aktuella bilagan finns visserligen tryckt "signature(s) and printed name", vilket dock inte innebär att namnförtydligande utgjort ett obligatoriskt krav. Ekogas har vidare enkelt kunnat kontrollera att även utvärderingsbilagan varit undertecknad av behörig person. Namnförtydligandet har således inte haft någon betydelse och det vore därför oproportionerligt att förkasta Thönis anbud enbart på den grunden att namnförtydligande inte framgått direkt av utvärderingsbilagan.

**Förvaltningsrätten** gör följande bedömning.

Ekogas har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudet ska undertecknas av en person som är behörig att företräda anbudsgivaren (punkten 3.2, Administrative Provisions). Av förfrågningsunderlaget i övrigt kan inte utläsas något obligatoriskt krav på namnförtydligande. Den omständigheten

att det längst ned i anbudsbilagan Appendix 5 anges "signature(s) och printed name" kan enligt förvaltningsrättens mening inte rimligen uppfattas som att namnförtydligandet har utgjort ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Ekogas har uppgett att Thönis anbudsbrief är undertecknat av bolagets VD samt att bolagets anbudsansökan, liksom Appendix 5, är undertecknade av bolagets Technical Director Michael Krismer. Av förfrågningsunderlaget kan inte utläsas något krav på att anbudsgivaren vid anbudsinlämnandet ska ge in bevis i form av t.ex. fullmakt till styrkande av att personen som undertecknat anbudet är behörig företrädare för bolaget. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att vare sig LUF, förarbetena till lagen eller praxis ger stöd för att en upphandlande enhet är skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten i uppgifterna (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 och den 15 juli 2011 i mål nr 6417-10). Med hänsyn till vad som angetts ovan, gör förvaltningsrätten bedömningen inte att det finns grund för ingripande enligt LUF utifrån vad Strabag har anfört om avsaknaden av namnförtydligande.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att det finns skäl för ingripande enligt LUF på de av Strabag åberopade grunderna, varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Eva Karlsson Helghe  
rådman



# 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 nå 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.

