



SÖKANDE

AB Franssons Verkstäder, 556054-5237
Timmervägen 8
857 53 Sundsvall

MOTPART

Jämtkraft AB, 556001-6064
Box 394
831 25 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-09-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Jämtkraft AB (Jämtkraft) genomför upphandlingen Ny krosslinje för beredning av biobränsle, dnr Jämt13/2530/171, med avsikten att komplettera befintlig krosslinje med en förkross för beredning av biobränsle. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Vid anbudstidens utgång hade två anbud kommit in, varav den ena enligt utvärderingsrapporten befanns vara orent och därför inte möjligt att utvärdera. Jämtkraft beslutade därför i tilldelningsbeslut den 9 maj 2014 att anta det anbud som kommit in från IQR Systems AB.

AB Franssons Verkstäder (Franssons) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Franssons anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Jämtkraft har brutit mot ett flertal punkter i LUF varpå Franssons lidit skada genom att bli uteslagna från upphandlingen. Fel upphandlingsform har använts. Kontraktsvärdet är för högt för att förenklat förfarande ska vara tillämpligt. Kontraktet bör betraktas som ett blandat kontrakt, där den största delen avser varuleverans och där den mindre delen avser entreprenadarbeten, till exempel grundläggning samt rivning och kompletteringar av befintliga stödmurar. Uppskattningsvis utgör entreprenadarbetena (enligt prissättningen i de inkommande anbuden och enligt egen beräkning) enbart tio procent av entreprenadsumman. Det som i huvudsak upphandlas är således en krosslinje och inte en entreprenad.

Angående ska-kravet om storleken på kvarnens öppning för ilastning ska det enligt förfrågningsunderlaget vara minst 3400x2400 mm, +/- fem procent. Detta är ett obligatoriskt krav, och frågan är om kravet är förenligt med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Vad gäller proportionalitetsprincipen ska kravet vara rimligt i förhållande till syftet och leda till att syftet uppnås på ett skäligt och effektivt sätt. Funktionaliteten och den praktiska användningen av en kvarn med andra mått behöver dock inte bli annorlunda. Det är möjligt att påstå att samma funktion kan uppnås och

att Jämtkrafts logistik inte blir annorlunda med den kvarn Franssons kan offerera. Det var därmed oproportionerligt att ställa ett sådant krav eftersom det inte är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vidare strider det mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast en eller ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, så länge inte kraven är "sakligt motiverade" av upphandlingsföremålet. Enligt Jämtkraft påverkar en mindre öppning för ilastning enhetens tillverkning på ett icke önskvärt sätt. För att påståendet ska vara sakligt bör det dock inte finnas andra kvarnar med mindre öppning som kan uppfylla samma funktion och dessutom inte påverka Jämtkrafts tillverkning. Endast en eller möjligen ett fåtal leverantörer kan leverera i enlighet med detta krav. Begreppet "inmatningstratt" - som Jämtkraft anger i inlaga till förvaltningsrätten - är nytt och är inte samma sak som "kvarnens öppning för ilastning". Inmatningstratten är belägen ovanför krossens inmatningsyta, vilken ska leda ned materialet till krossen som har en mindre inmatningsyta. Begreppen ska således inte sammanblandas. I förfrågningsunderlaget anges att minimi-måttet avser inmatningsytan i krossen, under inmatningstratt. Hade måttet avsett inmatningstratten skulle Franssons ha kunnat anpassa sina produkter till kravet och det hade inte varit något hinder för att lämna anbud. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att det är Jämtkrafts tolkning som ska gälla ska förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt på denna punkt att det bryter mot transparensprincipen och att upphandlingen ska göras om av detta skäl.

Vad gäller det uppställda kravet på två valsar får ett anbud inte förkastas på grund av att varan inte överensstämmer med de specifikationer som den hänvisat till, så länge det är möjligt att visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna. Jämtkraft har dock tydliggjort att endast kvarnar med två valsar kommer att godkännas. Franssons kvarn med en vals och en pusher åstadkommer en större bearbetningszon, alltså en annan lösning med samma eller bättre funktion än den efterfrågade lösningen. Kravet på två valsar torde vara

oproportionerligt och dessutom i strid med likabehandlingsprincipen, då det missgynnar leverantörer med likvärdiga lösningar. Franssons har frågat Jämtkraft om det är acceptabelt att lämna ett anbud med en annan lösning som uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt, men fått till svar att avvikelser inte accepteras. Franssons har ingen kvarn med två valsar varför man inte kunde lämna något anbud, trots att man kunnat erbjuda en likvärdig eller bättre lösning.

Vidare är kravet på en bankgaranti motsvarande entreprenadsumman, som alltså kan överstiga kontraktssumman, oproportionerligt högt och har en utestängande effekt. Detta krav är oskäligt och är inte praxis vid leveranser av ifrågavarande slag, då det enligt standardavtalet ABT 06, som i övrigt valts av Jämtkraft, endast anges att den säkerhet leverantören ska ställa ska gälla för ett belopp om tio procent av kontraktssumman. Då ett standardavtal är framtaget av representanter från både beställare och leverantör bör säkerheten om tio procent av kontraktssumman ses som ett standardmått för vad som är normalt gällande totalentreprenader. Franssons menar dock att uppdraget inte är att betrakta som en totalentreprenad, varför annat standardavtal är lämpligt. Enligt egen erfarenhet är en bankgaranti motsvarande cirka 30 procent av den totala ersättningen praxis. Det är vidare i princip omöjligt att erhålla en bankgaranti i dessa mått, cirka 10 000 000 kronor, för en normalstor leverantör. Franssons har mycket god kreditvärdighet och en årlig omsättning på 43 000 000 kronor, men har trots detta inte blivit beviljad en bankgaranti i denna storlek. Det finns mindre ingripande åtgärder för att tillvarata syftet med ställd säkerhet, t.ex. krav på kreditvärdighet eller viss årsomsättning i förhållande till kontraktsvärdet. Kravet på en bankgaranti av denna storlek har en utestängande effekt för potentiella anbudsgivare, särskilt mindre leverantörer, och strider såväl mot proportionalitetsprincipen som mot likabehandlingsprincipen.

Angående garantitid enligt ABT 06 finns det en erkänd gränsdragningsproblematik när en maskin ska tillverkas på ett visst ställe och sedan lever-

eras och installeras i fast egendom. I dessa situationer är det svårt att konstatera om maskinen är material/vara eller en arbetsprostation, varpå det uppstår frågetecken om garantitiden för maskinen ska vara två eller fem år. Att tillämpa ABT 06 på denna upphandling är starkt avvikande från praxis. Den huvudsakliga upphandlingen gäller maskininköp och uppskattningsvis endast 10 procent utgör entreprenadarbete som ABT 06 avser. De normala avtalen är i stället SSG, ABA och NLM. Jämtkraft har emellertid uppfattat kontraktet som ett byggtreprenadkontrakt vilket medfört oförutsebarheter vad gäller krav på standardavtalet ABT 06 och gränsdragningsproblem gällande garantiansvaret. Denna oförutsebarhet om vilken garantitid som ska gälla medförde också att den andre anbudsgivaren, som är en ledande leverantör av effektiva processlösningar till kunder inom gruvidrift, bygg- och anläggning, samt olje- och gasindustrin, reserverade sig mot ABT 06. Det är således både icke-transparent och oproportionerligt att reglera garantitiden genom ABT 06 vid en upphandling som den i förevarande fall.

Slutligen uppfyller inte heller det antagna anbudet ska-kravet på kvarnöppningen, då det enligt den tekniska specifikationerna framgår att kvarn- eller krossöppningen är 2700x2700 mm. Inmatningstratten är 3400x2800 mm, men det är inte relevant då Jämtkraft anger att kravet gäller att ilastningens öppning, vilket inte anses utgöra mått på inloppsstup/tratt utan är ett mått på själva kvarnhuset (se svaret från Jämtkraft den 25 februari 2014). Ett flertal leverantörer har lidit skada genom att det finns stora avvikelser från LUF. Franssons hade kunnat uppfylla denna funktion på ett mer ändamålsenligt och betydligt billigare sätt än det antagna anbudet.

Jämtkraft bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Angående upphandlingsförfarandet ingår i entreprenaden leverans av en ny krosslinje för bearbetning av biobränsle och omfattar projektering, schaktning, gjutning samt leverans och montage av den levererade utrustningen. Upphandlingen är sålunda en byggtreprenad enligt LUF:s definition och kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet om 45 000 000 kronor då entrepre-

naden uppskattats till cirka 10 000 000 kronor. Valet av upphandlingsförfarande är således riktigt. För det fall att förvaltningsrätten gör en annan bedömning påtalas att upphandlingen i sin helhet följer ett öppet förfarande med allmän annonsering via Tendsign. Under den period om 59 dagar som entreprenaden var annonserad har 44 företag hämtat ut handlingar via systemet. Tröskelvärdet torde inte vara av avgörande betydelse då det sätt upphandlingen avviker från öppet förfarande endast är i benämningen för enkelt förfarande.

I förfrågningsunderlagets punkt 5.5.1 anges att kvarnens öppning för ilastning ska vara minst 3400x2400 mm. Jämtkraft har hela tiden vidhållit att kvarnens öppning för ilastning ska ha ett visst mått med ett tillägg i "Frågor och svar", där man tillåter en avvikelse på +/- fem procent. Med inmatningstratt avses den tratt som utgör överdelen på kvarnen där allt material ska lastas i. Inmatningstratten är endast en anpassning vid uppbyggnad av bränslelinjen och är således inget hinder för anbudslämnande. Skälet till måttangivelsen är direkt kopplat till det material som kvarnen ska bearbeta. Måttkravet är nödvändigt för att Jämtkraft ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Verksamheterna orsakas annars problem i exempelvis logistikhänseende och de entreprenadmaskiner som idag finns på anläggningen ska kunna nyttjas utan ytterligare investeringar. Då flera intressenter deltagit i upphandlingen kan konstateras att det finns flera aktörer på marknaden som potentiellt uppfyller det aktuella ska-kravet, och kravet innebär varken att proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen har trätts för när.

Angående kravet på två valsar har krav ställts på ett utförande där det finns ett flertal fabrikat och leverantörer som har möjlighet att leverera och lämna anbud. Den sammantaget bästa lösningen har valts för att Jämtkrafts produktion ska kunna få ett jämt flöde av biobränsle och med rätt bränslmix till anläggningen. LUF tillåter den upphandlande enheten att tämligen fritt utforma utförandekrav så länge konkurrensen upprätthålls och

inga upphandlingsrättsliga principer träds för när. Kravet på två valsar är nödvändigt för att Jämtkraft ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Utsedd leverantör har inte egen tillverkning av krossdelen med två valsar men har genom underleverantör kunnat prestera efterfrågad lösning. Den möjligheten har även Franssons kunnat välja för att leverera utifrån Jämtkrafts ska-krav.

Angående kravet på bankgaranti får det anses vara praxis vid leveranser av aktuellt slag. Föremålet för upphandlingen utgör en viktig del i Jämtkrafts verksamhet, och driftstörningar riskerar att orsaka omfattande skador. Storleken på bankgarantin har valts för att säkerställa att vald leverantör har tillräcklig ekonomisk styrka och för att Jämtkraft ska få rimlig försäkrans om en trygg leverans.

Tillämpningen av ABT 06 är väl etablerad vid byggtreprenader. Vad som påstås om otydlighet med gränsdragning gällande garantier är detta väl reglerat i kapitel 5 ABT 06. Påståendena är grundlösa.

Det är felaktigt att IQR Systems anbud inte uppfyller ska-kraven. IQR Systems har åtagit sig att leverera enligt förfrågningsunderlaget och har följaktligen accepterat berört ska-krav. Jämtkraft har inom ramen för sin prövningsrätt bedömt att IQR Systems tydligt uppfyllt berört ska-krav.

Slutligen har Franssons inte lidit skada då man inte deltagit i upphandlingen. Av handlingarna i målet framgår att Franssons inte skulle ha kunnat uppfylla samtliga ska-krav enligt förfrågningsunderlaget, exempelvis avseende krav på kvarnens öppning och två valsar. Franssons har följaktligen inte haft någon realistisk möjlighet att erhålla kontrakt. Skäl för ingripande enligt LUF saknas därför.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter 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 iaktas (1 kap. 24 § LUF).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § 1 LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF 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 LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva om Jämtkrafts upphandling av ny krosslinje för beredning av biobränsle genomförs i enlighet med unionsrätten och LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder bolaget har åberopat till stöd för överprövningstalan (jfr. RÅ 2009 ref. 69). Som grund för ansökan om överprövning har Franssons åberopat att Jämtkraft har brutit mot LUF bl.a. genom att uppställa kravet att den offererade kvarnen ska vara i ett utförande med två valsar.

I förfrågningsunderlagets punkt 5.5.1 med krav på utförande av kvarnen anges bl.a. att kvarnens valsar/diskar ska vara excentriska. På fråga under anbudstiden om en kvarn med endast en vals och en så kallad påskjutare/pusher kan accepteras, har Jämtkraft den 18 mars 2014 förtydligat att krossen ska ha två valsar och att avvikelser inte accepteras.


Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen, och som äger rätt att ställa de krav på den efterfrågade varan eller tjänsten som den upphandlande myndigheten finner vara lämpligt. De krav som ställs ska dock vara förenliga med LUF och de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling till exempel på så sätt att de ska ha ett samband med kontraktets föremål och inte medföra att den upphandlande myndigheten får obegränsad valfrihet. Franssons har anfört bl.a. att Jämtkraft även borde ha accepterat likvärdiga lösningar i stället för att bara efterfråga kvarn med två valsar, och att Jämtkraft genom att inte även tillåta likvärdig lösning brutit mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Enligt Franssons mening medför en kross med det utförande som Franssons kan erbjuda samma eller bättre funktion än vad som är fallet med den efterfrågade kvarnen med två valsar. Det ankommer emellertid inte på förvaltningsrätten att avgöra vad som är lämpligt för en upphandlande myndighet att upphandla. Mot bakgrund av vad Jämtkraft uppgett angående fabrikat och leverantörer av kvarnar med två valsar anser förvaltningsrätten att Franssons inte heller har visat att det uppställda kravet på en kvarn med två valsar innebär att principerna om likabehandling eller proportionalitet träffs för när. Jämtkraft har således haft rätt att uppställa ska-kravet ifråga om att den efterfrågade kvarnen ska ha två valsar och att andra utföranden inte accepteras.

Vad sedan avser skaderekvisitet konstaterar förvaltningsrätten följande. Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LUF reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det emellertid inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska i enlighet med 16 kap. 6 § LUF visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats. Härmed uppstår således frågan om Franssons visat att man på grund av upphandlingens genomförande lidit eller riskerat att lida skada.

Förvaltningsrätten konstaterar att Franssons, både under anbudstiden och under målets handläggning i domstol, uppgett att man inte har möjlighet att leverera en kvarn med två valsar. Då detta ska-krav enligt vad förvaltningsrätten konstaterat ovan så som det utformats i förevarande upphandling är ett krav som är förenligt med LUF och de grundläggande principerna för offentlig upphandling, och då det enligt vad Franssons själv uppgett således inte kan uppfyllas, har inte Franssons visat att man lidit eller riskerat att lida skada på grund av utformningen av detta krav. Grund för ingripande enligt LUF saknas därför. Vad Franssons i övrigt anfört om att upphandlingens genomförande och att förfrågningsunderlaget även på andra punkter skulle strida mot LUF och de grundläggande principerna för offentlig upphandling föranleder därför inte heller någon åtgärd från förvaltningsrätten. Ansökan ska således avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LUF, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Per-Olov Larsson
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



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 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.