



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2016-01-25  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
2093-15

**SÖKANDE**

Andritz OY  
Heikki Valtokari  
Tammasaarenkatu 1  
00180 Helsinki  
Finland

**MOTPART**

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590  
Box 1713  
501 17 Borås

Ombud: Advokat Johanna Jonsson  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 2235  
403 14 Göteborg

Ombud: Advokat Niklas Sjöblom  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 2235  
403 14 Göteborg

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

**BAKGRUND**

Borås Energi och Miljö AB (BEM) genomför en upphandling, förhandlat förfarande, av entreprenad *130 Yttre Bränslehantering*. Syftet med upphandlingen är att teckna avtal för anläggning av ett yttre bränslehanteringssystem (YBS) från mottagning av bränsle till inleverans av kraftvärmepannans pannhussilo. Upphandlingen utgör en del i anläggandet av ett nytt energi-

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-01-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 178524

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Hamngatan 15	<b>Telefon</b> 036-15 66 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

och miljöcentrum (EMC) i Borås bestående av ett nytt kraftvärmeverk, ett nytt avloppsreningsverk och en ny slam- och rötningsanläggning. Kriterium för tilldelning av kontraktet har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom tilldelningsbeslut fastställdes att avtal ska tecknas med BMH Technology OY(BMH). Andritz Oy (Andritz) uteslöts ur upphandlingen då anbudet inte uppfyllde samtliga de obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Andritz har därefter ansökt om överprövning.

#### YRKANDEN M.M.

Andritz yrkar att upphandlingen ska göras om.

BEM bestrider bifall till Andritz yrkande.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *Andritz*

Andritz anbud har blivit felaktigt förkastat eftersom kraven inte är i enlighet med transparens- och proportionalitetsprincipen. Förfrågningsunderlaget är otydligt. Det är omöjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingen bryter mot principerna i 1 kap. 24 § LUF.

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen. Möjligheterna att komplettera eller ändra ett förfrågningsunderlag är begränsade. Väsentliga förändringar är inte tillåtna. Förfrågningsunderlaget måste även vara tillräckligt tydligt och transparent så att en omsorgsfull anbudsgivare har möjlighet att lämna ett korrekt avfattat anbud. Utformningen av förfrågningsunderlaget har mycket stor betydelse för hur ett korrekt anbud ska kunna lämnas.

Av förfrågningsunderlaget A01 framgår att bilaga A02 innehåller obligatoriska krav, dels administrativa dels materiella skallkrav. Av förfrågningsunderlaget **A01 punkt 10** framgår följande.

”I förfrågningsunderlagets olika delar används orden ”skall” eller ”ska” på många ställen. Detta innebär inte att det är fråga om skall-krav i upphandlingsrättslig mening. Endast de krav som anges i bilaga A02 Obligatoriska krav, utgör skall-krav i upphandlingsrättslig mening”.

Redan här brister förfrågningsunderlaget i transparens eftersom det är svårt att veta exakt vilka krav som är obligatoriska krav och vilka som är förhandlingsbara. Vidare framgår i nästa stycke:

”När det gäller de delar i förfrågningsunderlaget som inte utgör skall-krav enligt vad som sägs ovan har anbudsgivaren möjlighet att i sitt anbud göra avvikelser från det som föreskrivs i förfrågningsunderlaget”.

Har BEM gjort en egen tolkning vad gäller upphandlingsjuridiken jämfört med i princip alla andra upphandlingar som genomförs? Frågan är vad som är obligatoriska skall-krav och vad som är förhandlingsbara krav.

I nästa stycke anges en liknande tvetydighet i:

”att anbudsgivaren accepterar och förbinder sig att uppfylla samtliga åtaganden som följer av förfrågningsunderlaget, oavsett om de berörs i anbudsgivarens anbud eller inte”.

Det sagda innebär att om anbudsgivaren inte anmäler avvikelser blir han bunden av alla skall-krav som anges i det omfattande förfrågningsunderlaget. Det är alltså en uppmaning till anbudslämnaren att aktivt ange avvikelser från skall-krav för att inte bli bunden och fråntas möjligheten att förhandla om villkoren. Det är aldrig möjligt att förhandla om skall-krav i en offentlig upphandling. Obligatoriska krav är obligatoriska. Det är inte möjligt att frånfalla några krav med mindre än att upphandlingen måste avbrytas och göras om. (jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 558-14, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1379-13).

I förfrågningsunderlaget A01, s. 21 rubrik 4 ”Administrativ och kommersiell standard” framgår att utvärderingen ska baseras på administrativ och kommersiell standard. Anbudets administrativa- och kommersiella standard värderas för kriterier beskrivna i punkt A-C nedan. Den administrativa och kommersiella standarden poängsätts för varje kriterium med 1-5 enligt Tabell 4. Poängen för respektive kriterium A-C översätts till ett värde genom att multiplicera en faktor med koefficienten KAdm.kom.std enligt tabell 4 och värdering av administrativ och kommersiell standard = A+ B+ C (i MSEK).

Det avsågs alltså att göras en utvärdering av hur väl anbudslämnaren uppfyllde de administrativa och kommersiella kraven i upphandlingen. Hela utvärderingen bjuder in anbudslämnare att fundera över hur man taktiskt avviker från de administrativa och kommersiella kraven. Det framgår ingensans att det inte är möjligt att avvika från dessa utan snarare anger poängsättningen att det är acceptabelt att avvika men att det kan rendera i lägre poäng och uteslutning om poängen blir för låg. Dock först efter ett förhandlingsmöte med anbudsgivaren.

Av förfrågningsunderlaget A02 framgår att:

”Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav, s.k. skallkrav som anbudsgivaren måste uppfylla. Dessa skallkrav framgår av denna bilaga”.

Det innebär att förfrågningsunderlagets övriga obligatoriska krav inte ska ses som skallkrav, även om det anges att det är ett skallkrav. Under rubriken 2 Administrativa krav framgår att:

”under dessa administrativa skallkrav sammanställs krav på uppgifter och dokument m.m. som måste bifogas anbudet”.

Om det måste bifogas, är det då ett skallkrav eller ett obligatoriskt krav?  
Även senare i samma bilaga framgår återigen den begreppsförvirring som

tidigare har påvisats i A01, d.v.s. vilka krav som är obligatoriska eller inte.

Se t.ex. B07 Anbudsformulär. Där återges att:

”samtliga föreskrifter i handlingarna utgör skall-krav. Bilagor och andra handlingar som det hänvisas till utgör dock endast skall-krav i den mån detta särskilt anges i denna sammanställning över skall-krav”.

Under 2.3. B07-B01 framgår återigen att bilagor och andra handlingar som hänvisas till endast utgör skall-krav i den mån det särskilt anges i sammanställningen över skall-krav. Sammanfattningsvis kan det vara så att ett krav bara behöver uppfyllas om det anges särskilt och måste anges att det är ett obligatoriskt krav eller ett skallkrav? Hittills i de två första delarna av förfrågningsunderlaget A01 och A02 kan det inte med säkerhet utläsas vad som är obligatoriskt och inte heller säkert om det är ett skall-krav eller inte.

Vidare anges i A02 under punkten 3.3.5 med rubriken punkt 7.11 Ärendehantering följande:

”Samtliga föreskrifter utgör skall-krav. Handlingar som det hänvisas till utgör dock endast skall-krav i den mån detta särskilt anges i denna sammanställning över skall-krav”.

Även under 3.3.14 och 3.6 och 3.7 samt på ett flertal andra ställen i A02 anges på liknande otydliga vis huruvida det är skall-krav eller inte. Ett förfrågningsunderlag som är så oklart och luddigt formulerat kan omöjligen medföra att ett anbud utesluts på grund av reservationer. Redan här framstår det som ett felaktigt beslut av BEM att utesluta Andritz från att gå vidare till förhandlingar i upphandlingen av pannan.

I en normalt genomförd förhandlad upphandling är det möjligt att förhandla om villkoren i förfrågningsunderlaget. Detta är då spelreglerna vid en förhandlad upphandling. BEM har alltså felaktigt formulerat förfrågningsunderlaget genom att på ett mycket otydligt och icke-transparent sätt ställa upp obligatoriska krav som i stort sett alla andra förhandlar om. I detta fall har Andritz anbud blivit förkastat på grund av reservationer mot de kommersiella villkoren och dessa utgör en del av upphandlingen som det i stort sett

alltid förhandlas om. Andritz har även i ett tidigt skede kontaktat BEM och påpekat otydligheterna i förfrågningsunderlaget.

#### ABB styrsystem

Det framgår under punkten 3.18 i A02 att styrsystemet för anläggningen skall vara av fabrikat ABB. Det är aldrig tillåtet att hänvisa till visst fabrikat i en offentlig upphandling eftersom det utgör ett konkurrenshinder och det utvalda fabrikatet får konkurrensfördelar. Eftersom det inte är fråga om vare sig ensamrätt för ABB eller någon tilläggsbeställning till tidigare leveranser utan en nyansskaffning finns det inte någon möjlighet för BEM att kräva att styrsystemet ska vara av fabrikatet ABB.

#### Svenska språket

Det anges i A02 2.1.2 att anbud med tillhörande handlingar ska lämnas på svenska språket. Befintliga tekniska specifikationer och motsvarande får dock anges på svenska eller engelska. Vad som avses med ”motsvarande” är inte definierat i förfrågningsunderlaget. Under punkten 3.10.5 anges att all dokumentation ska generellt vara på svenska. Funktionsbeskrivningar, installationsföreskrifter, drift-, skötsel, underhålls- och säkerhetsinstruktion samt felsökningsschema ska utan undantag vara med svensk text. Övrig dokumentation som överlämnas tillsammans med utrustningen kan i undantagsfall vara på engelska vilket ska förankras skriftligt hos beställaren innan det utförs. Namn på viktigare utrustningsdelar m.m. ska finnas i översättningstabell. Det finns en direkt motstridighet i A02 som innebär en svårighet för en anbudsgivare att veta vad som får inges på svenska och vad som får inges på engelska. Det finns inte några definitioner på vad som är övrig dokumentation eller motsvarande tekniska specifikationer. I aktuell upphandling anges svenska som språkkrav i annonsen. Förfrågningsunderlagets otydliga tillåtelse att lämna på engelska språket när det i annonsen har angivits att det är svenska som gäller i sig utgör ett otillåtet frånsteg från LUF.

**Reservationer i Andritz anbud**

Andritz har blivit förkastat på grund av reservationer mot punkten 18:14 Andra hävningsgrunder. Detta krav är omöjligt att leva upp till och omöjligt att kontrollera för den upphandlande enheten. Kravet är därför oproportionerligt. Det framgår inte vad syftet med detta långtgående krav är. Det krävs en tydligare målsättning och detaljeringsgrad för att det ska vara ett tillåtet socialt krav. Det första kravet är att leverantören ska följa arbetsrättslig lagstiftning i Sverige. Det är omöjligt för Andritz att efterleva att tillverkningen av material m.m. sker enligt svensk arbetsrättslig lagstiftning och med minimivillkor enligt lag och kollektivavtal i Sverige. Kravet är därmed oproportionerligt i upphandlingssammanhang. Det andra kravet rör ILO:s kärnkonventioner som handlar om socialt ansvarsfull upphandling. Någon närmare beskrivning av vilka dessa är eller dess innehåll framgår inte. ILO har utarbetat cirka 200 konventioner om rättigheter i arbetslivet. Åtta av dessa hänförs till kärnkonventionerna. Det måste kunna krävas att dessa beskrivs i sak och även hur minimikraven anknyter till den entreprenad varom nu är i fråga för att uppfylla kravet om proportionalitet. Det tredje kravet är omöjligt att uppfylla eller kontrollera. Det kan i vissa fall vara upp till fem leverantörsled bakåt för vissa komponenter/delar/material. En sådan kedja av underleverantörer kan inte någon entreprenör lova håller dessa förpliktelser. Kravet är oproportionerligt högt ställt och ett brott mot proportionalitetsprincipen. Det bryter mot transparensprincipen eftersom det inte närmare anges vad som kan rendera i hävning och på vilket sätt, när och hur ett skadestånd ska utgå. Det anges inte heller vilka beloppsgränser som kan komma ifråga. Den femte punkten handlar om att de fackförbund som är engagerade i projekten ska utföra kontroller och uppföljning av ovanstående mycket otydliga kriterier. Det brister i transparens eftersom det inte framgår på vilket sätt, hur denna information ska lämnas ut till fackförbund, hur kontrollerna ska komma att gå till eller om det är tillåtet med den typen av insyn från fackföreningar i en entreprenad. Det är ett oproportionerligt krav som inte kan uppfyllas. Det är i Andritz intresse att värna om sociala krav.

Dessa krav måste kunna gå att uppfylla på ett adekvat sätt och vara tillräckligt tydliga för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud och veta vad den ekonomiska risken blir för det fall motparten hävdar avtalsbrott.

Andritz anbud har även blivit förkastade på grund av punkten 22 Sekretess. Andritz har endast tillagt följande. ”Tillägga att i Leverantörens rätt att i annons eller reklamsyfte publicera något om anläggningen endast kan förkastas av betungande skäl”. Andritz tillägg är knappast att se som en reservation utan som en förklaring till det skriftliga godkännande som BEM kräver. BEM har fortfarande rätt att ensidigt neka publicering.

Andritz har även blivit förkastade för punkten 25 Ansvarsbegränsning. Här har Andritz erhållit ett svar från BEM som antyder att en förhandling om detta kontraktsvillkor är möjlig eftersom BEM har ändrat villkoren i frågor och svar. Denna förändring av ett av de obligatoriska skall-kraven framkom sent i anbudsprocessen. En upphandlande enhet får i regel inte tillföra andra krav eller förändra förfrågningsunderlaget. Det finns då risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras, i strid med bl.a. transparensprincipen. Om nya krav ställs måste upphandlingen avbrytas och göras om.

Andritz anbud lyder enligt följande: 1. Utökad definition och förtydligande av omfattning av ansvarsbegränsning. 2. Införande av ansvarsbegränsning till 40 % av kontraktspriset enligt ”frågor och svar” i ”Tendsign”. Andritz skrivelse kan omöjligt utgöra en reservation. Det är inte korrekt att förkasta anbudet på grund av detta när förfrågningsunderlaget var otydligt och när det är så otydligt vad som menas i frågor och svar.

Förfrågningsunderlaget är så otydligt och icke-transparent att det är omöjligt att veta vad som utgör obligatoriska krav och inte. Dessutom är många krav oproportionerliga. Andritz har på grund av dessa otydliga och olagliga för-



muleringar samt otillbörliga bedömningar av anbudet felaktigt förkastats. BEM har vidare gjort otillåtna ändringar i förfrågningsunderlaget under anbudstiden vilket framgår av frågor och svar. Förfarandet har inneburit en sådan skada för Andritz som medför att ett ingripande i upphandlingen måste ske. Bristerna är hänförliga till utformningen av förfrågningsunderlaget och av grundläggande karaktär. Upphandlingen måste göras om.

#### **BMH:s reservationer**

BMH:s anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. BEM har brutit mot likabehandlingsprincipen. Förfarandet har även inneburit skada för Andritz.

#### Buller- och vibrationsnivåer

Av förfrågningsunderlaget A02 Obligatoriska krav under rubriken 3.15 B04 Tekniska garantier framgår följande:

##### **3.15 B04 Tekniska garantier**

”Leverantören ska ge garantier på: buller, vibrationer, elförbrukning, minkapacitet, maxkapacitet, tillgänglighet, material (korrosion och erosion)”.

Av förfrågningsunderlaget B04 under rubriken 4.2 Absolutgarantier framgår följande:

##### **4.3 Buller**

”Leverantören lämnar absolutgaranti att ljudnivåerna inte överskrider nivåer i bilaga B05-B02-B01. Tekniska mekanisk utrustning, avsnitt 2.1. Mätning sker enligt ISO 3746 eller likvärdig norm 2.1.2 Buller till omgivningen B05-B02-B01. Anläggningen uppfyller ljudkraven enligt externt industribuller – allmänna råd (SNV RR 1978:5 rev. 1982) och gällande miljödömdom. Bullerbidraget från anläggningen får inte medföra att den totala ekvivalenta ljudnivån vid bostäder överstiger: Vardagar dagtid 47 dB (A) måndag-fredag kl. 07-18 Natttid 40 dB (A) kl. 22-07 Övrig tid 45 dB (A)”.

Av BMH:s anbud framgår följande:

”Vardagar dagtid 50 dB (A) måndag-fredag kl. 07-18 Natttid 40 dB (A) kl. 22-07 Övrig tid 45 dB (A)”.

Detta utgör en allvarlig reservation från ett obligatoriskt krav och en absolutgaranti ifråga om buller. BMH:s reservation strider således mot förfrågningsunderlagets obligatoriska krav.

Av samma del i förfrågningsunderlaget framgår följande ifråga om vibrationer:

**4.4. Vibrationer**

”Leverantören lämnar absolutgaranti att vibrationerna uppfyller de krav som specificeras i bilaga B05-B02-B01. Teknisk specifikation mekanisk utrustning, avsnitt 2.7. Anläggningen uppfyller de krav som ställs i SSG 3030 med anslutande dokument”.

Av BMH:s anbud framgår följande:

”Utrustning levererad av BMH kategoriseras som tillhörande ”ISO 10816-1:1995 Class III ZONE B machines” (se ISO 10816-1:1995, Annex B för referens). Exkluderande är dock de maskiner som listas separat i slutet av detta dokument”.

Här har BMH återigen reserverat sig från ett obligatoriskt krav och absolutgaranti. BMH:s anbud åberopas till stöd för dessa reservationer.

Vidare framgår under BMH:s bilaga Garantier under rubriken Vibrationer på s. 3 följande.

”BMH lämnar garantier på vibrationer härrörande från utrustningen. Vibrationer från anläggningen uppfyller de krav som specificeras i de standarder som listas i BMH bilaga 20191 – A Vibrationer”.

BEM:s förklaring beträffande vad som är ett obligatoriskt krav angående buller och vibrationer är förvirrande. BEM menar först att anbudsgivare ska lämna vissa garantier beträffande bl.a. buller och vibrationer. Av den tekniska specifikationen framgår de särskilda krav som ställs i form av absolutgarantier. BEM menar tydligen att dessa absolutgarantier inte är några obligatoriska krav. Det obligatoriska kravet utgörs av att anbudslämnaren lämnar en garanti, inte vad garantin innehåller. Varför ska en anbudsgivare överhuvudtaget lämna en absolutgaranti då den inte behöver innehålla någon garanti? Detta visar hur otydligt förfrågningsunderlaget är. Termen ”absolutgaranti” ger sken av att vara ett obligatoriskt krav och detta kan inte

vara i enlighet med transparensprincipen. Av miljödomen framgår att det finns villkor om att vissa nivåer på buller måste hållas för att verksamheten ska få tillstånd. Det måste rimligtvis därför vara så att det inte är en förhandlingsbar parameter med buller.

I BMH:s anbud framgår vidare att vissa maskiner är exkluderade från vibrationskraven såsom vibrationsmätare, sållarrangemang (plan-, skak, rull- och skivsåll etc.), krossare och rivare, bandtransportör och bandmagneter med traktormönstrade eller andra icke släta band. Alla hydraulaggregat och hydrauliskt manövrerade enheter, andra BMH- levererade utrustningar med pulserande process eller funktion samt axiella typer av fram- och återgående rörelser. Då finns inga garantier eller absolutgarantier avseende vibrationer, och detta utgör också en reservation från de absoluta kraven i förfrågningsunderlagets A02. Oavsett om garantierna inte är vare sig garantier eller absolutgarantier så har BMH reserverat sig mot vibrationskraven.

#### Priser för optioner

Av BMH:s anbud framgår att angivna priser för optionerna endast gäller vid beställning av hela omfattningen. BEM har därmed lämnat en reservation som innebär att angivna priser är villkorat av att BEM köper de fyra optioner som är frivilliga att avropa.

#### Juridiska och tekniska krav

Vidare framgår att BMH i sitt anbud även reserverat sig mot obligatoriska skall-krav ifråga om tekniska och juridiska krav:

”För att åstadkomma en optimal anläggningsfunktion samt för bägge parter ett bra kontrakt förbehåller vi oss även rätten att förhandla tekniska och juridiska frågeställningar i samband med kontraktsförhandlingarna”.

BMH har förbehållit sig rätten att förhandla om tekniska och juridiska frågeställningar och det är i sig en reservation. Andritz vet att det endast är beställaren som påkallar förhandlingar men förhandlingar får endast ske av de områden av förfrågningsunderlaget som är förhandlingsbara. Så som

BMH har skrivit föreligger det en total reservation mot de tekniska och juridiska kraven och den får inte bortses ifrån vid bedömningen av om anbudet är en ren accept eller inte av dessa till stor del kan vara obligatoriska skalkrav. Om det är så att BEM nu anser att det inte är en reservation att reservera sig mot tekniska och juridiska krav så måste även Andritz anbud anses vara fritt från reservationer.

Även om reservationen som innebär en rätt för BMH att förhandla om de tekniska och juridiska kraven är allmänt hållen så är det en klar reservation och borde därmed ha lett till ett förkastande av anbudet.

*BEM*

#### *Förfrågningsunderlaget*

Förfrågningsunderlaget innehåller klara och tydliga såväl obligatoriska som icke-obligatoriska krav. Anbud har endast förkastats om ett eller flera obligatoriska krav inte är uppfyllt. Det har funnits möjlighet för anbudsgivarna att förhandla, och göra avvikelser från, icke obligatoriska krav. Avvikelser från krav i denna del har legat till grund för utvärderingen och poängsättningen av anbudet.

Av A01 punkt 10 framgår att samtliga obligatoriska krav finns angivna i en särskild handling, A02. Bilagan hänvisar till de respektive platser i förfrågningsunderlaget där de obligatoriska kraven återfinns. Syftet med denna handling var att göra det helt klart för anbudsgivarna vilka krav som utgjorde obligatoriska krav. Det är endast i de fall då det i A02 hänvisas till ett visst krav som kravet är obligatoriskt. Det förtydligas att orden ”skall” eller ”ska” används på många ställen i förfrågningsunderlagets olika delar samt att detta i sig inte innebär att det är fråga om ett obligatoriskt krav. Om ett visst krav återfinns i A02 är kravet obligatoriskt. I annat fall finns möjlighet att göra avvikelser från kravet. Det tydliggörs också att anbud som inte upp-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING****DOM**

fyller samtliga skall-krav kommer att förkastas. Enligt BEM:s mening är dessa texter mycket tydliga. Det måste rimligen stått helt klart för Andritz vilka krav som utgjorde obligatoriska krav.

Andritz har gjort gällande att det inte på ett tydligt sätt framgår om bilagor till B02 och krav som anges däri utgör obligatoriska krav eller inte. Andritz har särskilt påpekat brister i föreskrifterna gällande ärendehantering. Under punkt 7.11 ärendehantering hänvisas till Avtalsbilaga B02-B01, Projektstyrning och samordning. I A02 anges att kraven i punkt 7.11 är obligatorisk i dess helhet. Vad gäller bilaga B02-B01 framgår att denna är obligatorisk i den mån detta särskilt anges i A02. Att avtalsbilaga B02-B01 innehåller obligatoriska krav anges i A02 punkt 3.4. På ett klart och tydligt sätt framgår vad som utgör obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget och vad som utgör förhandlingsbara krav. Andritz påstående om motsatsen ska lämnas utan avseende.

Andritz har förstått systematiken i förfrågningsunderlaget. I offertbrevet har angetts att Andritz i så stor utsträckning som möjligt har försökt följa förfrågningsunderlaget och de obligatoriska kraven. Vidare anføres att bolaget förstått innehållet i förfrågningsunderlaget och beaktat detta i sin offert. Andritz har vidare, när så varit möjligt, reserverat sig mot och föreslagit andra formuleringar avseende icke obligatoriska krav och villkor. Det är därigenom tydligt att Andritz varit införstådd med de krav och förutsättningar som gällt för upphandlingen. För det fall Andritz i någon del varit osäker rörande ett visst krav eller ansett uppställda krav vara otydliga har det funnits utrymme att klargöra sådana oklarheter genom att ställa frågor till BEM på så sätt som föreskrivs i förfrågningsunderlaget eller genom det anbuds möte med BEM som man hade den 26 maj 2014. Några sådana frågor har Andritz inte ställt. De nu framförda invändningarna har heller inte belysts eller omnämnts i offertbrevet eller på något annat ställe i anbudet.

De nu framförda invändningarna är efterhandskonstruktioner från Andritz sida.

BEM har på ett tillräckligt tydligt och transparent sätt redogjort för de olika typer av krav som finns i förfrågningsunderlaget. BEM har på ett pedagogiskt sätt redogjort för hur förfrågningsunderlaget har varit uppbyggt och hur de olika delarna relaterar till varandra. Någon oklarhet beträffande vilka krav som är obligatoriska och var dessa återfinns, samt i vilken mån avvikelser kan göras, kan därför knappast finnas hos en normalt omsorgsfull anbudsgivare. Andritz har inte på något sätt tidigare under upphandlingen påtalat nu anförda oklarheter för BEM. Av vilken anledning Andritz numera inte anser förfrågningsunderlaget vara tillräckligt tydligt formulerat har inte framkommit. BEM har således vid utformningen av förfrågningsunderlaget iakttagit de grundläggande unionsrättsliga principerna om transparens. Då Andritz anbud rätteligen förkastats och bolaget inte ens påstått att man lidit skada till följd av förfrågningsunderlagets utformning i denna del saknas skäl för ingripande enligt LUF på det sätt som Andritz har yrkat.

Andritz har även gjort gällande att BEM på ett otillåtet sätt krävt att offere-rad produkt ska vara av ett visst fabrikat. Inte heller i denna del har det framgått på vilket sätt Andritz lidit, eller riskerat att lida skada till följd av det aktuella kravet. Det har inte ens påståtts att det aktuella kravet legat bo-laget till last i upphandlingen eller att Andritz anbud förkastats på denna grund. Vid sådana förhållanden finns det inget skäl att förordna om åtgärder mot upphandlingen heller på denna grund.

#### **Det har funnits grund för att förkasta Andritz anbud**

Andritz uppfyller inte obligatoriska krav rörande sekretess. I B02 Administrativa föreskrifter punkt 22.1 anges följande vad gäller sekretess och förbud mot obehörig användning.

22.1 Förbud mot obehörig användning

”Med ändring av ABA 99 punkt 22.1 gäller följande. Som kommunalt bolag omfattas beställaren av bestämmelserna om allmänna handlingar. Detta innebär som huvudregel att all information som beställaren får från leverantören är offentlig. För att en uppgift ska kunna hemlighållas av beställaren krävs stöd i offentlighets- och sekretesslagen. Om leverantören anser att informationen som han tillställer beställaren ska sekretessläggas, ska han genom skriftligt meddelande ange informationen som konfidentiell. Beställaren förbinder sig under avtalsperioden att vid var tid följa de sekretessregler som gäller enligt offentlighets- och sekretesslagen eller annan tillämplig lagstiftning. I den mån hinder mot detta inte föreligger enligt tillämplig lagstiftning, ska beställaren om möjligt underrätta leverantören innan information som leverantören angett som konfidentiell enligt ovan lämnas ut till tredje man.

Med tillägg till ABA 99 punkt. 22.1 gäller följande.

Beställaren svarar för och hanterar kontakter med massmedia och annan extern kommunikation rörande anläggningen.

Leverantören äger inte, utan skriftligt godkännande från beställaren, rätt att i annons- eller reklam syfte publicera något om anläggningen”.

Av A02 Obligatoriska krav, framgår att nämnda föreskrift i dess helhet utgör ett obligatoriskt krav. I Andritz anbud, i anslutning till samma föreskrift, anges följande vad gäller sekretess och förbud mot obehörig användning.

~~Som kommunalt bolag omfattas beställaren av bestämmelserna om allmänna handlingar. Detta innebär som huvudregel att all information som beställaren får från leverantören är offentlig. För att en uppgift ska kunna hemlighållas av beställaren krävs stöd i offentlighets- och sekretesslagen. Om leverantören anser att informationen som han tillställer beställaren ska sekretessläggas, ska han genom skriftligt meddelande ange informationen som konfidentiell. Beställaren förbinder sig att under avtalsperioden att vid var tid följa de sekretessregler som gäller enligt offentlighets- och sekretesslagen eller annan tillämplig lagstiftning. I den mån hinder mot detta inte föreligger mot tillämplig lagstiftning, ska beställaren om möjligt underrätta leverantören innan information som leverantören angett som konfidentiell enligt ovan lämnas ut till tredje man.~~

”Med tillägg till ABA 99 punkt. 22.1 gäller följande.

Beställaren svarar för och hanterar kontakter med massmedia och annan extern kommunikation rörande anläggningen. Sådan rätt kan förkastas enbart av betungande skäl”.

Det kan således konstateras att Andritz i sitt anbud strukit över stora delar av föreskriften beträffande sekretess och i stället endast hänvisat till ABA 99 med vissa tillägg. Det går inte att tolka ovanstående på annat sätt än att Andritz ansett att de överstrukna delarna inte ska utgöra en del av det slutliga kontraktet med BEM utan att kontraktet istället ska formuleras på det

sätt som Andritz uppgett. BEM, i egenskap av kommunägt bolag, omfattas av offentlighetsprincipen. Det innebär att handlingar som kommit in till BEM är offentliga. BEM kan av den anledningen aldrig göra ett kontraktsmässigt åtagande med innebörden att handlingar som ges in med anledning av en pågående upphandling kommer att hemlighållas på det sätt som anbudsgivaren eller kontraktspartnern önskar. Ett sådant kontraktsvillkor hade stått i strid med BEM:s skyldigheter enligt TF. Därför har BEM varit tvunget att frångå vad som anges i ABA 99 på så sätt som beskrivits i B02, Administrativa föreskrifter, punkten 22.1

Att så har varit fallet har också tydliggjorts av BEM genom ”frågor och svar”. Det har ålegat Andritz att hålla sig uppdaterad om sådana frågor och svar som publicerats inom ramen för upphandlingen. Trots detta har Andritz i sitt anbud angett att ABA 99 ska tillämpas och att BEM därmed ska vara skyldig att hemlighålla viss information som ges in. En sådan skrivelse står i direkt strid med BEM:s skyldighet enligt TF att lämna ut allmänna handlingar. BEM kan därför under inga omständigheter åta sig sådana skyldigheter rörande sekretess som Andritz föreslagit. I så fall hade BEM åtagit sig att bryta mot svensk lag. Den förändring av avtalsvillkoren som Andritz har föreslagit kan därmed inte anses vara annat än väsentlig för BEM, och kan under inga omständigheter accepteras. Andritz anbud kan därigenom under inga omständigheter anses uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen i denna del. Det har därför funnits skäl att på denna grund förkasta Andritz anbud på det sätt som skett.

Andritz uppfyller inte obligatoriska krav rörande ansvarsbegränsning

I B02, Administrativa föreskrifter, punkten 25, anges följande vad gäller ansvarsbegränsning.

”Med tillägg till ABA 99 punkt 25.1 gäller följande.

Leverantörens ansvar för vite och skadestånd enligt avtalet ska sammanlagt inte överstiga 100 % av kontraktetspriset. Denna begränsning gäller dock inte



vid uppsåtligt kontraktsbrott eller då leverantören gjort sig skyldig till grov vårdslöshet”.

Av A02, Obligatoriska krav, framgår att nämnda föreskrift i dess helhet utgörs av obligatoriska krav. I Andritz anbud, i anslutning till samma föreskrift, anges följande vad gäller ansvarsbegränsning.

~~25.1. Med tillägg till ABA 99 punkt 25.1 gäller följande.~~

~~Leverantörens ansvar för vite och skadestånd enligt avtalet ska sammanlagt inte överstiga 100 % av kontraktetspriset. Denna begränsning gäller dock inte vid uppsåtligt kontraktsbrott eller då leverantören gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.~~

”Med ändring till ABA 99 ska punkt 25 utgå och ersättas med följande:  
Utan hinder av andra bestämmelser i detta kontrakt ska följande ansvarsbegränsningar gälla för leverantören, andra bolag inom leverantörens koncern och andra närstående bolag samt för leverantörens underentreprenörer och leverantörer, oavsett om kravet är grundat på avtal, otillåten handling (inklusive vårdslöshet), garanti, strikt ansvar, skadelöshetsåtagande eller på annan grund:

- a) Under inga omständigheter ska ansvaret gentemot beställaren omfatta vinstbortfall eller intäktsbortfall, förluster på grund av nedläggning av anläggning eller ökade kostnader för anläggningens verksamhet, förlust eller överdriven användning av råvaror eller energi eller några indirekta skador eller följdskador.
- b) Det sammanlagda ansvaret gentemot beställaren härrörande från detta kontrakt ska inte överstiga fyrtio procent (40 %) av kontraktetspriset.
- c) Allt ansvar som härrör från eller har samband med detta kontrakt, utförandet av kontraktet eller brott mot kontraktet ska upphöra fyra år efter övertagande av anläggningen i enlighet med detta kontrakt.

Ovanstående ansvarsbegränsningar gäller inte då leverantören handlat grovt vårdslöst eller med uppsåt”.

Enligt B02, Administrativa föreskrifter, punkten 18:5 har BEM rätt till ersättning för skador, kostnader och förluster för de fall leverantören inte uppfyller sina åtaganden. Andritz har dock i punkten a) genom föreslagen formulering begränsat möjligheten för BEM att tillerkännas ersättning för vinst- och intäktsbortfall. En sådan begränsning påverkar väsentligen möjligheten för BEM att tillerkännas ersättning i vissa fall och avviker därmed från det obligatoriska krav som BEM ställt upp. Enligt vad Andritz har angivit under punkten c) föreslår Andritz i sitt anbud en förändring av angivna

kontraktsvillkor såtillvida att allt ansvar hänförligt till det ingångna kontraktet upphör fyra år efter övertagandet av anläggningen. Någon motsvarande begränsning i leverantörens ansvar har inte angetts i det av BEM uppställda kontraktsvillkoret avseende ansvarsbegränsningar. Den av Andritz föreslagna lydelsen begränsar i betydande mån BEM:s möjlighet att kräva ersättning av leverantören. Begränsningen är väsentlig och utgör ett avsteg från det obligatoriska krav som BEM ställt upp. De av Andritz föreslagna ändringarna medför att föreskriften avseende ansvarsbegränsning får ett väsentligt annat innehåll. Anbudet uppfyller därmed inte de obligatoriska kraven. Det har därför funnits skäl att förkasta anbudet.

Andritz uppfyller inte obligatoriska krav rörande hävningsgrunder

I B02, Administrativa föreskrifter, punkten 18.14, anges följande vad gäller andra hävningsgrunder.

**18.14 Andra hävningsgrunder**

”Med tillägg till ABA99 avsnitt 18.

Leverantören är skyldig att efterleva vad som anges nedan som skyldigheter för leverantören enligt beslut från styrelsen för beställaren:

att en skyldighet för leverantören att till alla anställda i upphandlingen uppfylla minst de minimivillkor som regleras i lag och kollektivavtal samt att följa arbetsrättslig lagstiftning i det land som arbetet utförs tillika beställs och tillverkas,

att leverantören följer ILO:s kärnkonventioner om socialt ansvarsfull upphandling,

att leverantören ansvarar för dessa förpliktelser i alla underentreprenörsled att överträdelsen kan medföra hävning av hela avtalet och skadestånd

att kontroll och uppföljning är centrala faktorer i processen. De i projektet engagerade fackförbunden kan tillsammans med andra kontrollorgan anlitas som kontrollanter för uppställda krav. Dessa kontroller sker då som upphandlarens konsult enligt gällande tystnadsplikts- och sekretesslagstiftning”.

Av A02, Obligatoriska krav, framgår att punkten 18.14 utgör ett obligatoriskt krav i sin helhet. I Andritz anbud, i anslutning till samma föreskrift, anges följande vad gäller andra hävningsgrunder.

**18.14 Andra hävningsgrunder**

”Med tillägg till ABA99 avsnitt 18.

Leverantören är skyldig att efterleva vad som anges nedan som skyldigheter för leverantören ~~enligt beslut från styrelsen för beställaren:~~

att en skyldighet för leverantören att till alla anställda i upphandlingen uppfylla minst de minimivillkor som regleras i lag och kollektivavtal samt att

följa arbetsrättslig lagstiftning i det land som arbetet utförs tillika beställs och tillverkas,  
att leverantören följer ILO:s kärnkonventioner om socialt ansvarsfull upphandling,  
att leverantören ansvarar för dessa förpliktelser i alla underentreprenörsled att materiell överträdelse kan medföra hävning av hela avtalet och skadestånd, förutsatt att beställaren givit skriftligt meddelande till leverantören och leverantören inte vidtagit rättelse inom 60 dagar därefter.  
att kontroll och uppföljning är centrala faktorer i processen. De i projektet engagerade fackförbunden kan tillsammans med andra kontrollorgan anlitas som kontrollanter för uppställda krav. Dessa kontroller sker då som upphandlarens konsult enligt gällande tystnadsplikts- och sekretesslagstiftning”.

Andritz har ändrat kontraktsvillkoret genom att lägga till att en överträdelse ska vara materiell samt att part först ska ha tillerkänts visst utrymme att rätta överträdelsen, för att hävning ska kunna aktualiseras. Det har varit av stor vikt för BEM att några sådana förbehåll för hävning inte blir kontraktsinnehåll. Den av Andritz föreslagna ändringen har varit väsentlig på så sätt att den ger BEM:s avtalsmotpart möjlighet att göra avsteg från kontraktet och, så länge det rör sig om ett materiellt avsteg, undgå risk för hävning. Även vad Andritz lagt till avseende möjlighet till rättelse för leverantören innebär en väsentlig förändring av angivet kontraktsvillkor. Nämda avvikelser är betydande och innebär att Andritz inte heller kan anses ha uppfyllt det obligatoriska kravet i denna del. Andritz har i ansökan om överprövning anfört vissa andra synpunkter på det materiella innehållet i punkt 18.14 som framförallt rör socialt hänsynstagande. Någon reservation avseende innehållet i dessa krav har bolaget dock inte lämnat i sitt anbud. Det förefaller därmed som att Andritz under anbudstiden godtagit dessa krav, eller åtminstone inte haft anledning att söka förändra dem. Det bör noteras att Andritz anbud inte heller har förkastats på grund av att dessa krav inte ansetts vara uppfyllda. Andritz kan därmed inte anses ha lidit eller kan komma lida någon skada till följd av innehållet i dessa krav. Andritz har istället i väsentlig mån och i flera olika avseenden avvikit från obligatoriska krav genom att införa förbehåll om materiell avvikelse samt möjlighet till rättelse för leverantören. Sådana förändringar har varit väsentliga och har inneburit att Andritz anbud i flera olika avseenden inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

Buller- och vibrationsnivåer

Det är endast i den mån ett krav anges i A02 Obligatoriska krav, som ett krav är obligatoriskt i upphandlingsrättslig mening i upphandlingen. I A02 anges följande angående i vilken utsträckning kraven på tekniska garantier i B04, tekniska garantier är obligatoriska: Leverantören skall ge garantier på buller, vibrationer. I de fall ett visst avsnitt eller handling i dess helhet utgör ett obligatoriskt krav används skrivningen ”samtliga föreskrifter utgör skallkrav”. Om endast en del av avsnittet eller handlingen utgör obligatoriskt krav anges detta på så sätt att det speciella kravet anges explicit, exempelvis så som ovan. Av detta följer att det obligatoriska kravet avseende tekniska garantier endast innebär ett krav på att leverantörer ska ge garantier på ovan angivna parametrar. Det utgör inte något obligatoriskt krav att en viss nivå ska kunna garanteras. De särskilda nivåer och krav som anges i B05-B02-B01, Teknisk specifikation mekanisk utrustning, utgör inte obligatoriska krav i upphandlingen. I A02 hänvisas inte till B05-B02-B01 i någon del. Det har därför varit möjligt att avvika från dessa nivåer. Eventuella avvikelser beträffande tekniska garantier har sedan istället utgjort en av grunderna för utvärderingen och poängsättningen av anbud enligt A01, instruktioner till anbudsgivare, punkten 20. BMH:s anbud innehåller därmed inte några avvikelser från några obligatoriska krav i denna del. Det har därför inte på denna grund förelegat något skäl att förkasta BMH:s anbud. Vad Andritz har gjort gällande i denna del ska lämnas utan avseende.

Andritz har vidare påstått att BHM:s anbud innehållit en otillåten reservation beträffande miljödom. Det har inte närmare angetts var i BHM:s anbud denna reservation har gjorts eller innehållet i denna. Det är under alla förhållanden inte visat på vilket sätt ett sådant förbehåll innebär att Andritz lider, eller kan komma att lida, skada i den mening som avses i 16 kap. 16 § LUF och som utgör en förutsättning för bifall av Andritz ansökan om överprövning.

På sätt som BEM har redogjort för har anbudsgivarna haft att lämna absolutgarantier beträffande bl.a. buller- och vibrationsnivåer i sina respektive anbud. Det synes ostridigt att BMH lämnat sådana garantier. Enbart det faktum att termen "absolutgaranti" används innebär inte att kraven, och de riktvärden som angetts i förfrågningsunderlaget beträffande buller- och vibrationsnivåer, utgör obligatoriska krav i upphandlingen. Det är endast i de fall då det uttryckligen anges i A02, Obligatoriska krav som kraven är obligatoriska i upphandlingsrättslig mening. Detta förhållande har BEM tydligt och pedagogiskt redogjort för i såväl förfrågningsunderlag som i tidigare yttrande i målet. På sätt som redogjorts för tidigare framgår av A02, obligatoriska krav, B04 Tekniska garantier, att det enda obligatoriska kravet som ställs på anbuderna i denna del är att leverantören ska ge garantier på bl.a. buller och vibrationsnivåer. Något obligatoriskt krav på att vissa särskilda nivåer ska garanteras har alltså inte uppställts. På sätt som BEM har angett i förfrågningsunderlaget, och redogjort för i tidigare yttrande, har angivna värden legat till grund för utvärdering och poängsättning av respektive anbud. Vid sådana förhållanden har det varit möjligt för BMH samt samtliga övriga anbudsgivare, att avvika från de värden som angetts av BEM i förfrågningsunderlaget. Det har därför inte heller på något sätt varit onödigt eller obehövt att inhämta garantier från anbudsgivarna i dessa delar, anbuderna har utvärderats utifrån angivna värden. BMH:s anbud kan därmed inte anses innehålla någon otillåten reservation i denna del, varför det saknas anledning att förkasta anbudet på denna grund.

Vad Andritz har påstått framgår av miljödom påverkar inte i vilken utsträckning krav i upphandlingen har varit obligatoriska eller inte. Det är endast beträffande de krav som anges i A02, obligatoriska krav som avvikelser inte är tillåtna. Det är således denna förteckning och inte några andra förutsättningar, som Andritz har haft att utgå ifrån i samband med avgivande av anbud. Det är BEM som i det här fallet ansvarar för att gällande

lagar och domstolsbeslut uppfylls. Detta är alltså inte något som Andritz, så som anbudsgivare, haft att tillse. BEM har således inte på något sätt, varken i förfrågningsunderlaget eller i övrigt under upphandlingen, gett sken av att angivna buller- och vibrationsnivåer utgjort obligatoriska krav samt att anbud skulle komma att förkastas för det fall nämnda nivåer inte uppfylls.

Av det sagda följer att BMH:s anbud inte innehåller några avvikelser från obligatoriska krav på det sätt som Andritz har gjort gällande. BEM har inte heller i övrigt, med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning eller vad som i övrigt framkommit i upphandlingen på något sätt åsidosatt de grundläggande unionsrättsliga principerna genom att anta BMH:s anbud. Vad Andritz gjort gällande i målet ska alltså lämnas utan avseende.

#### Priser för optioner

I anbudsförmuläret ska en anbudssumma för anläggningen anges. Därutöver ska anbudsgivare också acceptera optioner beträffande fullserviceavtal, slit- och reservdelar, extra magnetavskiljare samt inbyggnad av bandgångar. För varje option ska prisuppgift lämnas. Anbudsgivarna ska vara bundna av optionerna i två år. Andritz har gjort gällande att BMH i sitt anbud villkorat angiven anbudssumma till att endast vara giltig för det fall BEM även väljer att avropa samtliga fyra optioner. BEM har tolkat ovan angivna priser och förbehåll på så sätt att priserna gäller för respektive option samt grundanbudet var för sig men att det krävs att hela grundanbudet antas för att priserna ska gälla. Det har alltså förtydligats från BEM:s sida att en beställning avseende halva grundanbudets omfattning till halva priset inte är möjlig. Anbudet kan därför inte tolkas på annat sätt än att det stått BEM fritt att endast ingå kontrakt avseende grundanbudet till det ovan angivna priset. Anbudet har inte innefattat något krav på BEM att avropa samtliga fyra optioner för att det angivna priset ska gälla. En sådan tolkning hade inneburit att det i själva verket inte rört sig om optioner, något som Andritz dock tydligt i sitt anbud angett att det rör sig om. Vid sådana förhållanden kan BEM:s anbud

inte i denna del anses innehålla en sådan otillåten reservation som Andritz påstått.

Tekniska och juridiska krav

Vad beträffar Andritz påstående om att BMH förbehållit sig rätten att förhandla tekniska och juridiska frågeställningar bör framhållas följande. Även om en upphandling genomförs som ett förhandlat förfarande har en anbudsgivare ingen rätt att kräva att få förhandla med den upphandlande enheten om att lämna anbud. Det är den upphandlande enheten som ensidigt avgör om förhandlingar ska äga rum eller ej. Vad BMH angett i sitt anbud saknar således helt relevans och är därtill så allmänt hållet att det under inga omständigheter kan tolkas som en reservation mot uppställda krav i upphandlingen. BMH är under alla omständigheter bundna av samtliga de uppgifter i sitt anbud som man inte uttryckligen har reserverat sig mot. Några reservationer mot i upphandlingen ställda obligatoriska krav har BMH inte gjort. Mot denna bakgrund saknas skäl att förkasta BMH:s anbud på denna grund.

Vad beträffar Andritz påstående om att BMH i sitt anbud på ett otillåtet sätt förbehållit sig rätten att förhandla vidhåller BEM att BMH:s påstådda förbehåll är allt för allmänt hållet för att på något sätt kunna tillmätas någon betydelse eller utgöra avvikelse från något obligatoriskt krav som uppställts i upphandlingen. Vidare kan nämnas att det i förfrågningsunderlaget angetts att anbudsgivarna genom ingivande av anbud accepterar och förbinder sig att uppfylla samtliga åtaganden som följer av förfrågningsunderlaget, oavsett om de berörs i anbudet eller inte. BMH har därför på inget sätt haft möjlighet att binda BEM vid något sådant förbehåll som Andritz påstått förekommit. Vad BMH angett i sitt anbud i denna del är således utan relevans och påverkar på inget sätt BEM i fråga om en eventuell förhandling ska ske eller inte. Andritz har inte heller i övrigt förmått visa att BMH:s anbud, genom nämnda formulering, inte skulle vara fullt ut gällande och bindande för bolaget. BMH:s anbud innehåller på så vis ingen reservation i denna del.

Under alla omständigheter har Andritz inte visat på vilket sätt BMH:s anbud, genom påstådda förbehåll, inte uppfyllt samtliga uppställda obligatoriska krav i upphandlingen. Vid dessa förhållanden har det även på denna grund saknats skäl att förkasta BMH:s anbud.

#### *Sammanfattning*

Som konstaterats ovan har BEM alltså vid prövningen av Andritz anbud funnit att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda. Vidare har BEM vid utvärderingen av anbuden gjort bedömningen att BMH har accepterat samtliga icke obligatoriska administrativa och kommersiella villkor, med undantag endast för vissa förtydliganden och oväsentliga ändringar. BEM har därför tilldelat BMH den angivna poängen i anbudsutvärderingen. Oavsett om visst poängavdrag vid utvärderingen av BMH:s anbud varit befogat eller inte har Andritz på inget sätt lidit eller kan komma att lida skada i denna del. Eftersom Andritz anbud rätteligen förkastats saknas det betydelse om BMH tilldelats högsta poäng eller inte avseende ett visst utvärderingskriterium. BMH skulle under alla omständigheter ha tilldelats kontraktet.

BEM har inte på något sätt åsidosatt den grundläggande unionsrättsliga likabehandlingsprincipen. Inte heller i övrigt har BEM, genom att utvärdera och anta BMH:s anbud, brutit mot sina skyldigheter enligt LUF. Under alla förhållanden har Andritz inte lidit skada, eller kan komma att lida, någon skada. Det saknas mot denna bakgrund skäl att förordna att upphandlingen görs om eller rättas på det sätt som Andritz yrkat i målet.

Andritz anbud har rätteligen förkastats. Bolaget är därmed inte längre att betrakta som en presumtiv leverantör i upphandlingen. Det har därför under inga omständigheter funnits möjligheter för BEM att tilldela Andritz kontraktet i upphandlingen. Vid sådana förhållanden kan Andritz inte anses lida, eller komma att lida, någon skada oaktat BMH:s anbud förkastades



eller ej. Det föreligger därför inte skäl för förvaltningsrätten att förordna om åtgärd avseende upphandlingen på det sätt som Andritz yrkat.

De grundläggande unionsrättsliga principerna har inte åsidosatts. Andritz anbud har rätteligen förkastats och bolaget har därför inte lidit, eller kan komma att lida, någon skada. Det saknas därmed skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om eller rättas på det sätt som Andritz har yrkat. Andritz ansökan om överprövning ska därför snarast avslås.

Vad sökanden anfört om hur upphandlingar enligt ett förhandlat förfarande enligt LUF i regel brukar gå till saknar betydelse i detta mål. Det saknar även betydelse huruvida Andritz har kunnat förhandla om vissa krav i andra upphandlingar. Det har i upphandlingen tydligt framgått vilka krav som varit obligatoriska och vilka krav anbudsgivaren har kunnat förhandla om, dvs. icke-obligatoriska krav.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

#### *Gällande regler*

Av 16 kap.6 LUF framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

I 1 kap. 24 § LUF stadgas att upphandlande enheter 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 iakttas.

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)

I 2 kap. 9 § LUF definieras förhandlat förfarande som ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

#### **Förfrågningsunderlagets utformning**

En upphandlande enhet har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt som den bedömer lämpligt. Förfrågningsunderlaget ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU, LUF samt unionsrätten inte träds för när (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

#### **Obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget**

Andritz har anfört att förfrågningsunderlaget brister i transparens då det inte tydligt framgår vad som utgör obligatoriska krav i upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget består av ett flertal olika bilagor. Hur systematiken i förfrågningsunderlaget är uppbyggt framgår av bilaga A01 "Instruktioner till anbudsgivarna". Därin anges att de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets olika bilagor endast är sådana som återfinns i bilaga A02 "Obligatoriska krav". De övriga delarna i förfrågningsunderlaget, som inte omnämns i bilaga A2, är det möjligt att göra avvikelser ifrån. Ifråga om bilagor till de obligatoriska kraven framgår att sådana handlingar endast måste bifogas anbudet om de särskilt anges i bilaga A02 som ett obligatoriskt krav.

Formuleringarna i förfrågningsunderlag kan med beaktande av detta inte anses ge utrymme för olika tolkningar avseende vad som är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därmed att förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt formulerat i detta hänseende för att alla rimligen informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat avgöra vilka de obligatoriska kraven är i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande med stöd av LUF föreligger således inte i denna del.

#### Språkkrav

Andritz har anfört att förfrågningsunderlaget varit otydligt och motstridigt då det inte klart framgått vilken dokumentation som får inges på respektive språk och att detta medfört svårigheter för anbudsgivarna. Vidare har bolaget anfört att det i aktuell upphandling anges svenska som språkkrav i annonsen och att anbud därmed får inges på engelska är i strid mot LUF och de EU-rättsliga principerna. Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår av förfrågningsunderlaget att anbud med tillhörande handlingar ska lämnas på svenska språket. Tekniska specifikationer eller motsvarande får dock anges på svenska eller engelska. Någon brist i transparensen i förfrågningsunderlaget föreligger således inte enligt förvaltningsrättens mening. Andritz har heller inte konkretiserat vilken skada bolaget anser sig ha lidit av att tekniska specifikationer eller motsvarande får inges på engelska. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte på denna grund.

#### Hänvisning till visst varumärke

Under punkt 3.18 i förfrågningsunderlaget har BEM hänvisat till att styrsystemet ska vara av fabrikatet ABB. Andritz har gjort gällande att förfrågningsunderlaget i denna del skett i strid mot LUF. Förvaltningsrätten konstaterar att Andritz inte har gjort gällande att det varit möjligt för BEM att beskriva den aktuella produkten utan hänvisning till ett visst varumärke. Inte heller har anförts att bolagets anbud skulle vara annorlunda utformat eller att bolaget kunna offerera andra likvärdiga produkter än vad bolaget nu tvingats

göra om förfrågningsunderlaget inte hänvisat till ett visst varumärke. Enligt förvaltningsrättens mening har Andritz därmed inte gjort sannolikt att det finns en risk för att bolaget har missgynnats genom att BEM hänvisat till ett specifikt varumärke.

Förändringar av förfrågningsunderlaget under anbudsstiden

Andritz har framfört synpunkter på de förändringar som BEM har gjort i förfrågningsunderlaget avseende ansvarsbegränsningar.

LOU innehåller inte några närmare regler avseende utformning och ändring av förfrågningsunderlag och inte heller när det gäller förtydliganden eller kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får således bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden för att klargöra tveksamheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget, såvida dessa inte innebär en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan ett tillägg till eller en ändring av ett obligatoriskt krav ses som en väsentlig förändring (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom, mål nr 1247-13)

BEM har gjort ett tillägg i förfrågningsunderlaget avseende B02, Administrativa föreskrifter, punkten 25 "Ansvarsbegränsningar". Tillägget innebär en justering avseende leverantörens ansvar för vite och skadestånd. Enligt förvaltningsrättens mening har BEM inte genom justeringen avseende ansvarsbegränsningar ändrat förutsättningarna för upphandlingen. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att den kompletteringen inte är en sådan väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som står i strid med de grundläggande principerna i LUF. Dessutom har Andritz, i sitt anbud, avvikit från den aktuella punkten och i sin avvikelse gått utöver den ändring som BEM har gjort genom frågor och svar. Det framstår därför inte som om den av BEM gjorda ändringen har påverkat Andritz möjligheter att lämna ett

fördelaktigt anbud. Andritz bedöms därför inte ha lidit eller kunnat lida skada av tillägget i förfrågningsunderlaget.

#### Skall-kraven

En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, så kallade skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller bortse från ställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

#### Förbud mot obehörig användning

Av B02 punkt 22.1 ”förbud mot obehörig användning” framgår bl.a. att BEM som kommunalt bolag omfattas av bestämmelserna om allmänna handlingar och att beställaren under avtalstiden ska följa de sekretessregler som gäller enligt offentlighets- och sekretesslagen eller annan tillämplig lagstiftning. Vidare framgår att beställaren svarar för och hanterar kontakter med media och annan extern kommunikation rörande anläggningen. Av A02 punkt 3.3.16 framgår att föreskriften är obligatoriskt i sin helhet.

BEM har anfört att Andritz inte uppfyllde nämnda skall-krav i sitt anbud då bolaget strukit över stora delar av föreskriften gällande sekretess och istället endast hänvisat till ABA 99 med vissa tillägg. Förvaltningsrätten konstaterar att Andritz skrivelse utgör reservationer/avvikelser från BEM ställda obligatoriska villkor och att Andritz härigenom har justerat det aktuella skallkravet på ett icke-godtagbart sätt. BEM har således haft skäl att förkasta Andritz anbud på angiven grund.

#### Ansvarsbegränsning

Av B02 punkt 25 ”ansvarsbegränsning” framgår bl.a. att leverantörens ansvar för vite och skadestånd enligt avtalet sammanlagt inte ska överstiga 100

procent av kontraktetspriset. Begränsningen gäller dock inte vid uppsåtligt kontraktsbrott eller då leverantören gjort sig skyldig till grov vårdslöshet. Av A02 punkt 3.3.16 framgår att föreskriften är obligatoriskt i sin helhet.

Det är i målet otvistigt att Andritz i sitt anbud under nu aktuella skall-krav har strukit över aktuell föreskrift och angett att den ska utgå. Andritz har därefter lagt till en förändring av angivet kontraktsvillkor. Av denna framgår bl.a. att allt ansvar hänförligt till det ingångna kontraktet upphör fyra år efter övertagandet av anläggningen. Förvaltningsrätten konstaterar även i denna del att Andritz skrivelse utgör reservationer/avvikelser från BEM ställda obligatoriska villkor och att Andritz härigenom har justerat det aktuella skall-kravet på ett icke godtagbart sätt. BEM har således haft skäl att förkasta Andritz anbud på angiven grund.

#### Andra hävningsgrunder

Av B02 punkt 18:14 framgår bl.a. att leverantören är skyldig att efterleva vissa socialt uppställda krav i upphandlingen gällande bl.a. arbetsrättslig lagstiftning och ILO:s konventioner. Om dessa inte efterföljs kan det-rendera i att avtalet hävs i sin helhet och skadestånd. Av A02 3.3.12 framgår att föreskriften är obligatoriskt i sin helhet.

Andritz har i denna del fört en hel del argumentation i frågan om skall-kravet avseende sociala hänsynstagande kan anses vara proportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen. BEM har i förvaltningsrätten anfört att Andritz i sitt anbud inte lämnat någon reservation avseende innehållet i de sociala kraven som uppställts och därmed under anbudstiden godtagit dessa krav. Detta är oemotsagt av Andritz. Mot bakgrund av detta anser förvaltningsrätten att Andritz inte kan anses ha lidit eller kan komma att lida någon skada av skall-kravets utformning i denna del. Det finns därmed inte anledning för förvaltningsrätten att pröva om skall-kravet i sig kan anses vara proportionerligt.

Det är i målet otvistigt att Andritz i sitt anbud under nu aktuellt skall-krav strukit över den del av föreskriften som rör hävning och därefter lagt till en förändring av angivet kontraktsvillkor enligt följande. ”Att materiell överträdelse kan medföra hävning av hela avtalet och skadestånd, förutsatt att beställaren givit skriftligt meddelande till leverantören och leverantören inte vidtagit rättelse inom 60 dagar därefter.” Förvaltningsrätten konstaterar att Andritz villkor avseende hävning utgör en avvikelse i strid med förfrågningsunderlagets villkor. Andritz anbud uppfyller således inte de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger således inte heller på denna grund.

*Skaderekvisitet och prövningen av BMH:s anbud*

En anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndigheten inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Omständigheterna är dock sådana att det enbart är den vinnande leverantörens anbud som gått vidare från kvalificeringen i upphandlingen. Av praxis framgår att i det fall även det enda kvarvarande anbudet borde ha förkastats kan anbudsgivaren under sådana omständigheter riskera att lida skada. Ett bifall till en invändning att en upphandlande myndighet i strid med bestämmelserna i LUF utvärderat det enda kvarvarande anbudet när det rätteligen borde ha förkastats, skulle få till följd att upphandlingen görs om. Vid en ny upphandling har leverantören en ny möjlighet att lämna anbud och en ny möjlighet att tilldelas kontraktet (jfr Kamrarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2013, mål nr 2658-2667-13 samt mål nr 4660-10 och 665-11).

Av utredningen i målet framgår att BMH var det enda bolaget som gick vidare till förhandlingar med BEM. Oaktat om Andritz uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget eller inte finns därmed, enligt förvaltningsrättens bedömning, grund för att pröva bolagets invändningar gentemot BMH:s anbud i sak.

Vad gäller Andritz invändningar mot vinnande anbudsgivares anbud konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis följande. I första hand är det BEM som har att kontrollera att ställda krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda och att utvärdera anbuden. Enligt förvaltningsrättens mening måste den upphandlande myndigheten i regel ges stor frihet inom ramen för affärsmässiga överväganden att göra egna bedömningar och att de avvägningar som då görs stundtals är svåra att värdera för en domstol. Det är vidare Andritz som har att visa att BEM vid en sådan kontroll och utvärdering handlat i strid mot bestämmelserna i LUF.

#### Buller- och vibrationsnivåer

Det är ostridigt i målet att BMH har lämnat garantier avseende buller- och vibrationsnivåer. Andritz menar dock att de garantinivåer som BMH lämnat inte är i överensstämmelse med förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Av förfrågningsunderlaget A02 p. 3.15 B04 Tekniska garantier framgår att leverantören ska lämna garantier avseende buller- och vibrationsnivåer. Någon hänvisning till de nivåer som anges i bilaga B05-B02-B01 i förfrågningsunderlaget finns dock inte i A02. Dessa angivna buller- och vibrationsnivåer är därför möjliga att avvika ifrån. Att det förhåller sig på detta vis framgår även av bilaga A01 punkt 4 B ”Driftsättning och övertagande” som avser utvärderingen av förfrågningsunderlagets icke obligatoriska krav. Däri framgår att kravuppfyllelse avseende tekniska garantier (B04) utgör en del av utvärderingen av de icke obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget är transparent i denna del. BMH har därmed även uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Såvitt framgår av uppgifterna i BMH:s anbud uppfylls även de riktlinjer som anges i gällande miljödom. Skäl för ingripande med stöd av LUF föreligger därför inte på denna grund.



### Optioner

I anbudsformuläret ska priset för grundbeställningen samt de i förfrågningsunderlaget angivna optionerna anges. BMH har i anslutning till lämnade prisuppgifter kommenterat följande: ”Allmänt. Angivna priser endast gäller vid beställning av hela omfattningen”. Andritz gör gällande att BMH genom denna formulering villkorat angiven anbudssumma till att endast vara giltig för det fall BEM även väljer att avropa samtliga fyra optioner. BEM har anfört att anbudet från BMH inte villkorat anbudssumman på sådant sätt, utan att anbudet har innebörden att priserna för hela grundbeställningen och vardera option gäller var för sig men att det krävs att hela grundbeställningen antas för att priserna ska gälla.

Förvaltningsrätten konstaterar att en optionsrätt innebär att innehavaren ges en rätt att vid en framtida tidpunkt (optionens slutdag) lösa in denna. Detta medför således att beställaren har en rätt men ingen skyldighet att besluta om och hur stor del av optionerna som ska utnyttjas. Det förefaller därmed inte rimligt att tolka kommentaren i BMH:s anbud som att optionerna måste inlösas för att anbudspriset ska gälla. Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att Andritz inte förmått visa att anbudet från BMH innehåller en reservation på så sätt som påstås. Det är inte heller visat att BEM tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av anbudet.

### Tekniska och juridiska krav

BMH har i sitt anbud även angett följande under rubriken Allmänt: ”För att åstadkomma en optimal anläggningsfunktion samt för bättre parter ett bra kontrakt förbehåller vi oss rätten att förhandla tekniska och juridiska frågeställningar i samband med kontraktshandlingarna”. Andritz har i denna del anfört att BMH genom denna skrivning reserverat sig mot alla de obligatoriska kraven i upphandlingen. BEM har bestritt detta.

Gällande frågan om BMH:s skrivelse kan anses utgöra en reservation mot de obligatoriska villkoren gör förvaltningsrätten följande bedömning. Vid

ett förhandlat förfarande finns en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna om olika punkter så länge förhandlingen syftar till att anpassa anbudet till förfrågningsunderlaget. De tvingande villkoren i kontraktshandlingarna måste dock iaktas. Det finns således en relativt stor frihet att förhandla om merparten av uppställda avtalsvillkor vid en eventuell framtida förhandling. BMH:s skrivning är allmänt hållen och det finns inte någon uttrycklig reservation mot något av de uppställda obligatoriska villkoren i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser därmed att BEM:s kommentar är för generellt hållen för att anbudet ska anses innehålla en reservation mot de obligatoriska kraven på så sätt som Andritz påstått.

#### Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Andritz inte förmått göra sannolikt att BEM brutit mot LUF på sätt som medfört att Andritz lider eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Ansökan ska därför avslås.

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

Jan Källman

Föredragande har varit Nina Melander.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 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.

