



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2015-05-12
Meddelad i
Luleå

Mål nr
371-15

KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 1 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

San Sac AB, 556501-1227

Ombud: Karl Sunnermalm
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPARTER

1. Bodens kommun
2. Luleå kommun
3. Överkalix kommun
4. Luleå Renhållning Aktiebolag, 556019-0331
5. Älvsbyns Energi AB, 556216-7451

Ombud för 1–5: Kommunjuristen Andreas Wallstén
Luleå kommun
971 85 Luleå

6. NPA Plast AB, 556976-8236

Ombud: Jur. kand. Lars Fridén
Jansson & Norin AB
Karl Gustavsgatan 1A
411 25 Göteborg

7. Scan Lux Flexible A/S

Ombud: Rasmus Bisgaard
Hedeager 3
DK-8200 Århus N
Danmark

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

Dok.Id 62489

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandling av Bioplastpåsar för matavfall, dnr 14/269, ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från NPA Plast AB och Scan Lux Flexible A/S inte får beaktas.

BAKGRUND

Luleå Renhållning Aktiefbolag (LRAB) har via Luleå kommuns inköpsavdelning, tillsammans med Bodens kommun, Älvsbyns Energi och Överkallix kommun genomfört upphandling av "Bioplastpåsar för matavfall", dnr 14/269. Fyra anbud kom in, varav ett från San Sac AB (San Sac). Enligt underrättelse om beslut den 16 februari 2015 antog LRAB NPA Plast AB:s (NPA) anbud. Anbudet från Scan Lux Flexible A/S (Scan Lux) kom på andra plats och anbudet från San Sac på tredje plats.

PARTERNARS INSTÄLLNING

Vad San Sac framför

San Sac har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av anbuden från NPA och Scan Lux.

Till stöd för sin talan har San Sac anfört följande. LRAB har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera anbuden från NPA och Scan Lux, trots att de inte uppfyller alla obligatoriska krav, samt genom att tillåta NPA komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång. San Sac har lidit skada på grund av den felaktiga utvärderingen. Om anbuden från NPA och Scan Lux inte hade utvärderats skulle San Sac ha tilldelats kontraktet istället.

Närmare om bristerna i NPA:s anbud

NPA har till sitt anbud bifogat två dokument till styrkande av att bioplastpåsarerna består av minst 50 procent förnyelsebar råvara samt är GMO och klorfria – ett dokument benämnt "EP-01 Renewable raw materials from GMO ver 6 EN" och ett dokument benämnt "GMO Status EF05S

Flexopack". Inget av dessa dokument styrker att påsarna består av minst 50 procent förnyelsebar råvara. NPA har efter anbudstidens utgång fått komplettera sitt anbud med ett nytt intyg från IBC. Av det intyget framgår att påsarna innehåller mer än 50 procent förnyelsebart råmaterial. Eftersom intyget innehåller helt ny information är det fråga om en otillåten komplettering i strid med 9 kap. 8 § andra stycket LOU och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Kompletteringar och förtydliganden är tillåtna endast om det kan ske utan risk för särbehandling. Enligt gällande rättspraxis är det inte tillåtet att genom kompletteringar läka bristande kravuppfyllelse av obligatoriska krav eller ersätta befintliga fakta med nya. Av e-postkonversation mellan upphandlaren och NPA framgår att LRAB infordrat ytterligare information från NPA till styrkande av det aktuella kravet. Denna information har begärts in efter att beslutet om tilldelning meddelades och San Sac ifrågasatt tilldelningen. NPA har därigenom tillåtits att komplettera sitt anbud med ett nytt intyg till styrkande av det obligatoriska kravet.

Enligt San Sac kan en anbudsgivare svårligen offerera en bioplastpåse som består av minst 50 procent förnyelsebar råvara till det låga priset som NPA har gjort. San Sac kontaktade därför råvarutillverkaren av materialet som NPA:s påsar är gjorda av. Enligt intyg från Novamont S.p.A. består NPA:s bioplastpåsar endast av 22 procent förnyelsebar råvara.

Närmare om bristerna i Scan Luxs anbud

Scan Lux har till sitt anbud bifogat ett dokument benämnt "Non GMO Confirmation_2015-26-01". Av dokumentet framgår inte att bioplastpåsar består av minst 50 procent förnyelsebar råvara. Enligt intyg från Novamont S.p.A. består materialklass NF01U endast av 27 procent förnyelsebar råvara. Scan Lux uppfyller inte det obligatoriska kravet om att minst 50 procent av bioplastpåsar ska bestå av förnyelsebar råvara.

Vad LRAB framför

LRAB har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. NPA har liksom Scan Lux i deras respektive anbud bekräftat att de uppfyller kraven i upphandlingen. Det framgår redan av de uppgifter som NPA och Scan Lux lämnat i anbudsformuläret att offererade bioplastpåsar består av 50 procent förnyelsebar råvara. Både NPA och Scan Lux har i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget bifogat intyg avseende materialets beskaffenhet. Några särskilda krav på hur intygen skulle vara formulerade eller avseende deras innehåll i övrigt har inte ställts i upphandlingen utan anbudsgivarna har haft stor frihet att själva bedöma vad för slags dokumentation som skulle ges in.

Närmare om NPA:s anbud

Vid genomgång av NPA:s anbud har LRAB inte kunnat uttyda var det gick att utläsa att påsarna bestod av minst 50 procent förnyelsebar råvara. LRAB har därför ställt en fråga till NPA varpå bolaget skickade in ett nytt intyg benämnt "IBC_garantee_of_reneable-material-2015.01.10". Några nya sakuppgifter kan inte anses ha tillförts anbudet genom denna handling då det redan av NPA:s anbud framgick att kravet var uppfyllt. Denna handling har inte ersatt några befintliga fakta med nya och ligger därför inom ramen för vad som är tillåtet enligt LOU.

Efter att tilldelningsbeslutet meddelades har LRAB infordrat ytterligare information från NPA angående förnyelsebar råvara i bioplastpåsar. Åtgärden föranleddes av San Sacs påståenden att NPA:s påsar innehöll för liten andel förnyelsebart material. Den information som NPA inkommit med har inte visat annat än att kraven var uppfyllda på det sätt NPA angett tidigare. Tilldelningsbeslutet var redan meddelat och någon ändring av beslutet har inte skett.

Angående San Sacs egna efterforskningar som visat att NPA:s bioplastpåsar i själva verket skulle bestå endast av 22 procent förnyelsebar råvara kan LRAB konstatera att LRAB har haft att utgå från de uppgifter som lämnats i NPA:s anbud. LRAB valde att kontakta NPA för att kontrollera om det fanns fog för San Sacs påståenden men vid dessa kontakter har det inte framkommit annat än att NPA:s bioplastpåsar motsvarade det som efterfrågades. Några undersökningar utöver vad som skett har inte ansetts nödvändiga och regelverket ställer inte heller krav på några sådana. LRAB har inte haft anledning att ifrågasätta NPA:s pris i upphandlingen och därför inte varit skyldig att vidta några särskilda åtgärder på grund av detta.

Närmare om Scan Luxs anbud

I Scan Luxs anbud anges att påsarna består av minst 50 procent förnyelsebar råvara och kravet på intyg i form av till anbudet bifogad dokumentation är uppfyllt. LRAB har haft att utgå från de uppgifter Scan Lux lämnat i anbudet. LRAB har, efter San Sacs ifrågasättande, tillfrågat Scan Lux om materialet verkligen överensstämmer med vad som har angetts i anbudet och Scan Lux har bekräftat att lämnade uppgifter är korrekta. Några närmare undersökningar har inte gjorts och det finns inte heller skyldighet för en upphandlande myndighet att göra det.

Skada

San Sac kan inte anses ha lidit eller riskera att lida skada på grund av LRAB:s förfaringssätt i upphandlingen.

Vad NPA framför

NPA har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande.

NPA har i sitt anbud bekräftat att av bolaget offererade bioplastpåsar uppfyller kravet om att dessa ska bestå av minst 50 procent förnyelsebar rå-

vara. Förfrågningsunderlaget ställer inga krav på hur intygen som ska styrka angivna kvalificeringskrav ska vara formulerade. NPA får därmed anses ha haft stor frihet att själv bedöma vilken dokumentation som skulle bifogas till anbudet och LRAB får anses ha haft stor frihet att bedöma innehållet i intygen. NPA har till sitt anbud bifogat intyg avseende materialets beskaffenhet och kan inte anses ha brustit i fråga om kravet på att kopior av intyg ska bifogas till anbudet.

Att LRAB gett NPA möjlighet att komplettera sitt anbud står inte i strid med vare sig 9 kap. 8 § andra stycket LOU eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. NPA har genom kompletteringen inte tillfört anbudet några nya sakuppgifter eftersom NPA redan i sitt anbud angett att det aktuella kravet var uppfyllt. Kompletteringen har endast gett ytterligare stöd till den redan lämnade uppgiften. Några befintliga fakta har inte ersatts till följd av kompletteringen, varför denna måste anses vara tillåten.

Det relevanta i upphandlingen är kravet om att minst 50 procent av bioplastpåsar ska bestå av förnyelsebar råvara, inte kravet om att bifoga erforderligt intyg. I synnerhet när ingen ytterligare information anges i anbudet som ger skäl för den upphandlande myndigheten att anta att kravet inte uppfylls. Att inte tillåta den angivna kompletteringen skulle vara ett alltför formalistiskt förhållningssätt med hänsyn till den kompletterande uppgiftens karaktär och syftet bakom kravet om intyg. Av specialmotiveringen (se prop. 2006/07:128 s. 377) till 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller förekommer brister i ingivna intyg, skriftliga bevis eller andra handlingar. LRAB:s begäran om ytterligare dokumentation har endast föranletts av San Sac:s felaktiga påståenden. LRAB:s agerande med anledning av detta kan inte anses stå i strid med LOU. LRAB har tvärtom, endast uppfyllt sin, om än mycket begränsade, skyldighet att undersöka huruvida NPA verkligen uppfyllt det aktuella kravet. Redan innan det nya dokumen-

tet ingavs uppfyllde NPA såväl kvalificeringskravet som kravet på intyg. NPA bifogar en kopia av det intyget som bolaget gav in till LRAB efter San Sac:s påpekanden.

Av San Sac till ansökan bifogat intyg från Novamont S.p.A. och San Sacs påstående om att NPA:s bioplastpåse inte uppfyller kravet om att minst 50 procent av påsens material ska bestå av förnyelsebar råvara ska lämnas utan avseende. Novamont S.p.A. är inte den råvarutillverkare som NPA anlitar för tillverkningen av de offererade påsarna och materialklass EF05S är inte materialklass för den påse NPA offererat. Även påståendet att en anbudsgivare svårligen kan offerera en påse som består av minst 50 procent förnyelsebar råvara till det låga pris som NPA gjort, är felaktigt.

San Sac kan inte anses ha lidit skada med anledning av att för det fall NPA:s anbud inte hade utvärderats hade kontraktet rätteligen tilldelats Scan Lux.

Vad Scan Lux framför

Scan Lux har motsatt sig bifall till ansökan och anført att bolaget har gett in alla i upphandlingen nödvändiga handlingar till LRAB.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om LRAB brutit mot LOU genom att tillåta NPA att komplettera sitt anbud, anta deras anbud och utvärdera anbudet från Scan Lux samt om detta medfört att San Sac lidit eller kan komma att lida skada.

Ska-krav m.m.

San Sac har gjort gällande att det av NPA till anbudet bifogat intyg inte framgår att offererade bioplastpåsar består av minst 50 procent förnyelsebar råvara samt att LRAB vid två tillfällen låtit NPA tillföra anbudet nya uppgifter. LRAB och NPA har i sin tur hävdat att NPA redan genom att i sitt anbud bekräfta att kraven i upphandlingen är uppfyllda samt genom att bifoga en kopia av intyg om materialets beskaffenhet uppfyllt det i målet aktuella kravet. Enligt LRAB och NPA har de kompletterande intygen inte tillfört bolagets anbud några nya sakuppgifter varför kompletteringar måste anses vara tillåtna.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.1 framgår följande.

3.1.1. Kravspecifikation

Säljaren ska uppfylla följande krav (ska-krav):

...

Material: Påsar ska vara av bioplast, bestå av minst 50 % förnyelsebar råvara samt vara GMO och klorfria. Kopia på intyg som styrker detta ska bifogas anbudet. (Bifogat dokument)

...

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det ovan nämnda kravet är ett obligatoriskt krav, ett så kallat ska-krav innehållande två delar. Dels ska påsar bestå av minst 50 procent förnyelsebar råvara samt vara GMO och klorfria, dels ska kopia på intyg som styrker detta bifogas till anbudet. Förfrågningsunderlaget innehåller visserligen inte några närmare hänvisningar om hur intyget ska vara utformat, men enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt att det som efterfrågas är en handling – annan än själva anbudet – som bekräftar att påsar uppfyller de krav som har ställts på dem. Med hänsyn till ovan anförda räcker det således inte med att en anbudsgivare i sitt anbud bekräftar att ska-kraven som har ställts på kontraktsföremålet är uppfyllda. För att det aktuella kravet ska anses vara

uppfyllt krävs det därför att en kopia på ett intyg som styrker kravuppfyllelsen enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.1. bifogas till anbudet.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det inte av NPA till anbudet bifogat intyg att deras bioplastpåsar består av minst 50 procent förnyelsebar råvara. Av utredningen i målet framgår att NPA efter anbudstidens utgång har inkommit med två nya intyg. Det är ostridigt att dessa intyg uppfyller kravet enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.1. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad som i övrigt framkommit i målet finner förvaltningsrätten att LRAB tillåtit NPA att tillföra anbudet uppgifter om ska-krav som saknades i anbudet. Det är inte tillåtet att komplettera anbud med uppgifter som är nödvändiga för att samtliga obligatoriska krav ska anses vara uppfyllda. Sådana kompletteringar medför nämligen risk för särbehandling. Genom förfarandet har kommunen brutit mot såväl 9 kap. 8 § andra stycket LOU som likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Att anta ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven står dessutom i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. LRAB har följaktligen brutit mot LOU även av denna anledning.

San Sac har även gjort gällande att inte heller Scan Lux har till sitt anbud bifogat erforderligt intyg enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.1. LRAB och Scan Lux har anfört att det av Scan Lux till anbudet bifogad dokumentation visst går att utläsa att det aktuella kravet är uppfyllt. Enligt LRAB har Scan Lux, efter att bolaget tillfrågats, även bekräftat att i anbudet lämnade uppgifter är korrekta.

Förvaltningsrätten finner att det inte heller av Scan Lux till anbudet bifogat intyg går att utläsa att offererade bioplastpåsarna består av minst 50 procent förnyelsebar råvara. Av ett bifogat anbuds-brev framgår förvisso att de offererade påsarna ”består av minst 50 % samt är GMO fria” men i den mån som detta kan betraktas som ett sådant intyg som efterfrågats har bolaget i vart fall inte angett vad påsarna till minst 50 % består av. LRAB har således genom att utvärdera Scan Lux anbud, trots den bristfälliga kravuppfyllelsen i bolagets anbud, brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Onormalt lågt pris

San Sac har slutligen gjort gällande att NPA har lämnat ett onormalt lågt pris för bioplastpåsarna. LRAB har hävdade att det inte har funnits skäl att ifrågasätta av NPA offererade priset samt att LRAB inte har varit skyldig att vidta några särskilda åtgärder.

Av 12 kap. 3 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet ”får” förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet att förkasta anbudet eller kräva en förklaring av anbudsgivaren finns dock inte. LRAB har i förevarande fall inte funnit att av NPA offererat pris är onormalt lågt. Redan med anledning härav saknas förutsättningar för LRAB att förkasta NPA:s anbud. Skäl för ingripande på denna grund saknas härmed.

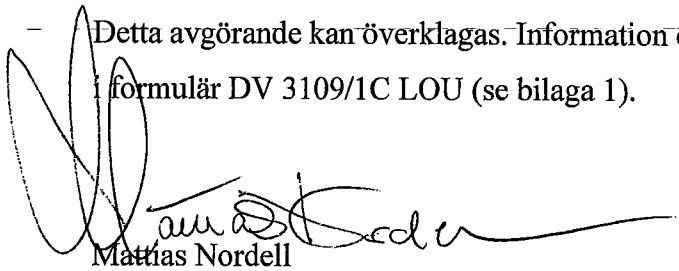
Skada

Eftersom anbuderna från NPA och Scan Lux rätteligen inte skulle ha utvärderats och för att LRAB antagit NPA:s anbud i strid med LOU, har San Sac, vars anbud placerades trea i upphandlingen, lidit eller i vart fall riskerar att lida skada till följd av LRAB:s agerande. Skäl för ingripande enligt

16 kap. 6 § LOU finns därmed. Eftersom bristerna inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse genom en ny utvärdering på det sätt som framgår av avgörandet en tillräcklig åtgärd. Ansökan om överprövning ska följaktligen bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1C LOU (se bilaga 1).



Mattias Nordell

Raili Funck har föredragit målet.



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.