



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-07-18
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 11456-11
 Enhet 15

SÖKANDE

RenoNorden AS
 Lindebergsveien 3 PB 102
 NO-2016 Frogner
 Norge

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
 Advokatfirman Fylgia KB
 Box 55555
 102 04 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-07-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Järfälla kommun
 177 80 Järfälla

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att förvaltningsrätten beslutar att Järfälla kommuns upphandling av avfallshämtning, Ten 2011/1211 ska göras om.

Dok.Id 144758

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun (kommunen) har inlett en upphandling avseende avfallshämtning, Ten 2011/1211 (upphandlingen). Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande. RenoNorden AS har inte kvalificerat sig till utvärderingen.

RenoNorden AS ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten upphäver kommunens tilldelningsbeslut och beslutar om rättelse av upphandlingen genom att anbudsutvärderingen ska göras om, varvid deras anbud ska tas upp till slutlig värdering. Till stöd för sin talan har RenoNorden AS anfört huvudsakligen följande. Under rubriken "Kvalificering" framgår i redovisningen av utvärderingen att kommunen gjort bedömningen att de inte uppfyller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och att deras anbud därför inte tagits upp till prövning. De har i sitt anbud redovisat att RenoNorden AB ska vara det bolag som äger de fordon som tillhandahålls för entreprenaden och att chaufförerna för fordonen kommer att vara anställda i det bolaget. RenoNorden AB är ett till RenoNorden AS närstående bolag, dock ej dotterbolag i aktiebolagsrättslig mening. Kommunen har innan tilldelning till RenoNorden AS ställt frågan huruvida det är riktigt uppfattat av kommunen att de inte skulle utföra någon del av uppdraget självt. De har besvarat frågan enligt följande (RN uttyds RenoNorden): "Den interna organisationen inom RN innebär inte på något sätt att någon annan part än RN AS till någon del ansvarar gentemot beställaren för uppdraget. RN AS personal kommer att vara delaktig i uppbyggnaden och driften av verksamheten i Järfälla. RN AS huserar även de koncerngemensamma staberna inom RN och den know-how som är knuten till RN. RN AS har den fulla kontrollen över RN AB och kommer oavsett ägandet av fordonen och den därtill knutna personalen finns i RN AB eller i RN AS, att gentemot beställaren ta det hela och fulla ansvaret för uppdragets utförande. Det är således felaktigt att anta att moderbolaget självt inte

kommer att utföra någon del av uppdraget.” Kommunen har trots deras klagörande uteslutit dem med hänvisning till att de avser att anlita ett närstående bolag som underentreprenör. Principen om anbudsgivarnas rätt att använda sig av underleverantörer har bekräftats bl.a. i EU-domstolens dom i mål nr C-314/01 samt C-176/98. Vid införandet av LOU uttalade departementschefen med hänvisning till bl.a. C-314/01 att bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU om att underentreprenad inte utgör grund för den upphandlande myndigheten att förbjuda eller begränsa användningen av underleverantörer (prop. 2006/07:128 s. 350 y). Principen får även anses bekräftad i svensk praxis. Det är således inte möjligt att som kommunen har gjort vid sin utvärdering, utesluta dem från den offentliga upphandlingen med hänvisning till att det angetts i förfrågningsunderlaget att ”uppdraget i huvudsak ska utföras av anbudsgivaren”. Deras anbud ska således rätteligen tas upp till slutlig värdering. Kommunens förfarande att utesluta dem från deltagande i upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och den rätt som därav följer för leverantörer att anlita underentreprenörer. Detta har medfört att de har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen yrkar i först hand att förvaltningsrätten avslår RenoNorden AS:s yrkande avseende att göra om utvärderingen och kommunen yrkar i andra hand, om förvaltningsrätten bedömer att kommunens krav strider mot något av de grundläggande kraven i LOU, att upphandlingen ska göras om. RenoNorden AS har lämnat anbud i upphandlingen men har i anbudshandlingarna angivit att RenoNorden AB kommer att utföra huvuddelen av arbetet. RenoNorden AB är att betrakta som underleverantör till RenoNorden AS. Kommunen är väl medveten om att det inte är möjligt att förbjuda underleverantörer och kommunen har i förfrågningsunderlaget tydligt angivit att underleverantörer kan användas för att delar av uppdraget om detta anges i anbudet. Av EU-domstolens dom i mål nr C-314/01 framgår det att är

möjligt att begränsa möjligheten att anlita underleverantörer vid utförandet av väsentliga delar av kontraktet. En av anledningarna till att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att uppdraget i huvudsak ska utföras av anbudsgivaren är att det är av stor vikt att avfallshämtningen fungerar felfritt i kommunen. I anbudet är det inte tydligt vilka uppgifter som härrör från RenoNorden AS och vilka uppgifter som handlar om RenoNorden AB. Det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget är tillåtet att ställa och i och med att det inte varit möjligt att kontrollera underleverantören på ett tillfredställande sätt blev RenoNorden AS inte godkänt i kvalificeringsfasen. RenoNorden AS lämnade anbud i upphandlingen, men har för avsikt att anlita underleverantör för att utföra uppdraget. Detta kan accepteras om det i anbudet bifogas ett åtagande från underleverantören i enlighet med 11 kap. 12 § LOU. I RenoNorden AS:s anbud saknas åtagande från underleverantören RenoNorden AB. Även om det funnit ett åtagande så är det ändå varit möjligt för kommunen att utesluta RenoNorden AS från utvärderingen eftersom uppdraget i huvudsak ska utföras av anbudsgivaren. Bolaget har inte för avsikt att utföra någon del av uppdraget i upphandlingen och EU-domstolens dom i mål nr C-314/01 visar att det är tillåtet att ställa det aktuella kravet. Sammanfattningsvis har kommunen genomfört en upphandling av avfallshämtning som är korrekt genomförd. Kommunen agerande har inte skett i strid mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU.

RenoNorden AS har i yttrande anfört bl.a. följande. Kommunen påstår att RenoNorden AS inte har för avsikt att utföra någon del av uppdraget. Detta är felaktigt, vilket framgår av såväl anbudet, deras svar på kommunens fråga därom och ansökan om överprövning. RenoNorden AB avses däremot utföra väsentliga delar av uppdraget, dock inte uppdraget i dess helhet. RenoNorden AS vitsordar att RenoNorden AB är att anse som underentreprenör till dem. Att RenoNorden AB är att anse som underentreprenör till dem är inte ett godtagbart skäl för att utesluta dem från upphandlingen,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

oavsett omfattningen av underentreprenörsuppdraget. Frågan om leverantörernas rätt att använda sig av underleverantörer får inte sammanblandas med frågan om leverantörers möjlighet att åberopa andra företags resurser. I sitt yttrande åberopar kommunen nu regleringen i 11 kap. 12 § LOU och menar såvitt de kan förstå att kommunen inte på ett tillfredställande sätt har kunnat kontrollera underleverantören med hänvisning till att det skulle saknas ett åtagande från RenoNorden AB att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Vad kommunen nu åberopar rör leverantörernas rätt att åberopa andra företags resurser, vilket är något annat än vad som legat till grund för ställningstagandet att utesluta dem från förfarandet för den offentliga upphandlingen. Den nya invändningen kan inte prövas inom ramen för den aktuella processen. Det ska ändå noteras att det av deras anbud klart framgår att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Därtill har kommunen i anbudsförutsättningarna tydligt angett att prövningen av underentreprenörer kommer att ske först efter avtalstecknandet, punkt 4.3.2 i förfrågningsunderlaget. Av där angivna anbudsförutsättningar framgår att entreprenören efter avtalstecknande skriftligt ska meddela beställaren vilka underentreprenörer som avses anlitas samt vilka delar av uppdraget som berörs. Kommunen kommer vid den tidpunkten att granska de föreslagna underentreprenörerna och kontrollera att dessa uppfyllt sina juridiska och ekonomiska skyldigheter. Prövningen av den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som anbudsgivarna åberopar hos underentreprenörer ska således enligt de av kommunen bestämda anbudsförutsättningarna ske vid ett senare tillfälle; efter avtalstecknande. Kommunen synes nu vilja frångå anbudsförutsättningarna och istället vilja göra den angivna prövningen vid kvalificeringen av anbudena, därtill med tillbakaverkande effekt. Vad förvaltningsrätten ska pröva i målet är huruvida kommunen ägt utesluta dem från deltagande i förfarandet för den offentliga upphandlingen på den vid tilldelning angivna grunden att de avser anlita underentreprenör i en omfattning

som kommunen bedömt uppgå till stor del att uppdraget inte ”i huvudsak” ska utföras av anbudsgivaren.

Kommunen gemälar bl.a. följande. Av RenoNorden AS:s anbud framgår att RenoNorden AS har för avsikt att använda en underentreprenör, IL Recycling AB. RenoNorden AS verkar nu ha insett att även RenoNorden AB är att betrakta som en underentreprenör. I RenoNorden AS:s anbud finns ingen tydlig information om vad som är RenoNorden AS:s ansvar och vilka delar av entreprenaden som ska genomföras av RenoNorden AB. Av anbudet framgick dock att RenoNorden AB skulle ha huvudansvaret för att genomföra entreprenaden. RenoNorden AS hävdar att det tydligt har framgått att RenoNorden AS har för avsikt att genomföra vissa delar av uppdraget. Kommunen vitsordar att RenoNorden AS säkerligen hade för avsikt att ansvara för någon del av uppdraget, men denna del skulle inte vara särskilt stor och vad det skulle handla om är inte särskilt tydligt angivet i anbudet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att uppdraget i huvudsak ska utföras av anbudsgivaren. I RenoNorden AS:s yttrande förs ett resonemang som verkar handla om att kommunen inte får åberopa bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU. RenoNorden AS verkar ha missförstått kommunens tilldelningsbeslut. RenoNorden AS uteslöts redan vid punkt 3.2.4, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Någon vidare prövning av RenoNorden AS:s anbud gjordes aldrig. Helt klart är att det i anbudet saknas åtagande från RenoNorden AB, vilket med största sannolikhet beror på att RenoNorden AS inte förstod att RenoNorden AB var att betrakta som en underleverantör till RenoNorden AS. RenoNorden AS uteslöts från vidare utvärdering i och med att RenoNorden AS inte uppfyllde kravet på kapacitet. Ett åtagande från RenoNorden AB skulle kunna ha inneburit att RenoNorden AS uppfyllt kravet på kapacitet och därmed kvalificerat sig för vidare utvärdering. RenoNorden AS har i sitt anbud inte visat att de förfogar över nödvändig kapacitet för att kunna fullgöra kontraktet. Kommunen har inte som RenoNorden AS antyder frångått de förutsättningar som an-

gavs i förfrågningsunderlaget. RenoNorden AS:s anbud klarade inte samtliga kvalificeringskrav och därmed kunde inte RenoNorden AS:s anbud gå vidare i den fortsatta prövningen.

RenoNorden AS genmäler bl.a. följande. Påståendena om svårigheter att av deras anbud utläsa vilka delar som RenoNorden AB avses utföra är felaktiga då det redan av bilaga 6 B till anbudet, klart framgår i vilka delar RenoNorden AB avses utföra uppdrag för dem. De har dessutom efter fråga från kommunen förtydligt anbudet såvitt avser RenoNorden AB:s roll. Av svaret framgår även att de offererar att utföra de delar där RenoNorden AB föreslås som underentreprenör i egen regi om det är så anbudsförutsättningarna ska uppfattas. Påståendena är också irrelevanta då kommunen lämnat det öppet till anbudsgivarna att först efter avtalstecknande bestämma sig för och föreslå underleverantörer för uppdraget och därvid meddela kommunen vilka delar av uppdraget som berörs. De har uteslutits från förfarandet med hänvisning till att de inte själv skulle utföra huvuddelen av uppdraget. Kommunen anger nu: ”RenoNorden AS uteslöts från vidare utvärdering i och med att RenoNorden AS inte uppfyllde kravet på kapacitet och därmed kvalificerat sig för vidare utvärdering”. Vad kommunen anger kan inte tolkas på annat sätt än som en ytterligare bekräftelse på att kommunen efter sitt beslut sammanblandar frågan om leverantörers rätt att använda sig av underleverantörer med frågan om leverantörernas möjlighet att åberopa andra företags resurser. Kommunen tycks nu mena att leverantörerna skulle ha en obligatorisk skyldighet att med anbudet ge in ett åtagande från underleverantörer om underleverantörer avses användas för att fullgöra uppdrag. Det förtjänar i detta sammanhang att påpeka Siemensavgörandet punkt 46. Detta innebär dock inte någon inskränkning i den upphandlande myndighetens frihet att efterfråga bevisning i upphandlingsskedet eller att avvakta med detta till efter avtalstecknandet. Kommunen har valt att i upphandlingsskedet varken kräva bindande besked om vilka underleverantörer som avses anlitas eller än mindre bevisning avseende an-

budsgivarens förfogande av de resurserna. Kommunen har istället tydligt angett i anbudsförutsättningarna att det är först efter avtalstecknandet som anbudsgivarna ska meddela beställaren vilka underentreprenörer som avses anlitas och som kommunen kommer att granska de sålunda föreslagna underentreprenörerna. Att kommunen nu vill hävda att de skulle ha inkommit med sådant åtagande från underleverantör redan i anbudet strider i vart fall mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. För övrigt står det kommunen fritt att i enlighet med deras anbud välja utförande utan RenoNorden AB som underleverantör. Kommunen har inte möjlighet att först i förvaltningsrätten åberopa sig på andra uteslutningsgrunder än de som meddelats vid beslutet att utesluta dem från anbudsutvärderingen. Deras talan ska redan härav bifallas, då deras anbud uteslutits i strid med förbudet mot att begränsa användningen av underleverantörer. Deras anbud innebär dessutom att kommunen kan välja den lösningen att RenoNorden AS själv tillhandahåller de delar de avsett utföra genom RenoNorden AB. Uteslutning på den i förvaltningsrätten nya uteslutningsgrunden om bristande bevisning vid åberopande av andra enheters tekniska och yrkesmässiga kapacitet strider mot de av kommunen givna anbudsförutsättningarna i upphandlingen och därmed mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Felen i utvärderingen har medfört att de har lidit eller kan komma att lida skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. att 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 iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) är huvudregeln att det är den part som gör gällande att en upphandling är belagd med fel, att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrätten har att pröva om det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på att ”uppdraget ska i huvudsak utföras av anbudsgivaren” strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Den upphandlande myndigheten har, inom ramarna för de grundläggande principerna, en mycket stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag.

RenoNorden AS har anfört bl.a. följande. De har uteslutits från förfarandet med hänvisning till att de inte själva skulle utföra huvuddelen av uppdraget. Kommunens agerande strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och den rätt som därav följer för leverantörer att anlita underentreprenörer. Att RenoNorden AB är att anse som underentreprenör till dem är inte ett godtagbart skäl att utesluta dem från upphandlingen, oavsett omfattningen av underentreprenörsuppdraget.

Kommunen har anfört bl.a. följande. En av anledningarna till att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att uppdraget i huvudsak ska utföras av anbudsgivaren är att det är av stor vikt att avfallshanteringen fungerar felfritt i kommunen. Av EU-domstolens dom i mål nr C-314/01 framgår det att det är möjligt att begränsa möjligheten att anlita underleverantörer vid utförandet av väsentliga delar av kontraktet.

Mot bakgrund av EU-domstolens dom i mål nr C-314/01 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6652-05 finner förvaltningsrätten att det inte kan anses proportionerligt att begränsa användandet av underleverantörer på det sätt kommunen gjort i förfrågningsunderlaget. Detta har medfört att leverantörer kan komma att lida skada. Därmed föreligger grund för ingripande enligt 16 kap. LOU.

En ansökan om överprövning av en upphandling kan bifallas på så sätt att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse i ett visst avseende vidtagits. Vid valet är förvaltningsrätten inte bunden av sökandens yrkanden utan det är domstolen som bestämmer om upphandlingen ska göras om eller rättas. Den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och får anses ha påverka upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Därför kan, enligt förvaltningsrättens mening, ingen annan åtgärd komma i fråga än att upphandlingen ska göras om.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag också avgjort mål nr 11585-11 avseende samma upphandling. I detta mål har rätten avslagit ansökan om överprövning.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Maria Kendel.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU