


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden:
Susanne Philipsson

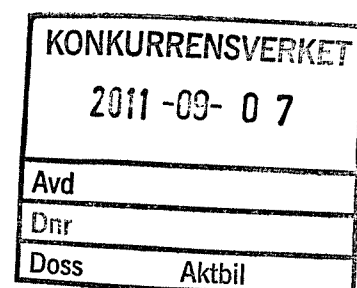
DOM
2011-09-06
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2548-11,
2549-11,
2550-11

KLAGANDE

Malmberg Miljöhantering AB, 556292-9322
Box 48
296 85 Åhus

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Box 7229
10389 Stockholm


MOTPART

1. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

2. Växjö Energi AB, 556187-5203
Box 497
351 06 Växjö

3. Växjöhem AB, 556403-7868
Box 241
351 05 Växjö

Ombud för 2 och 3: Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att utvärderingen beträffande del A3 görs om med bortseende från Värends Miljö AB:s anbud.

Dok.Id 34419

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Växjö kommun, Växjö Energi AB och Växjöhem AB har i samverkan genom genomfört en upphandling avseende slamsugning och spolning (U-11-07). Upphandlingen har administrerats av Växjö kommun (kommunen) och genomförts som en förenklad upphandling. Enligt tilldelningsbeslut den 8 april 2011 har beträffande del A3, Planerad högtrycksspolning, torr-sugning och slamsugning, de upphandlande enheterna beslutat att anta anbud från fem anbudsgivare bl.a. Värends Miljö AB.

Malmberg Miljöhantering AB (Malmberg) ansökte om överprövning av upphandlingen beträffande del A3 och yrkade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Värends Miljö AB:s anbud förkastades. Förvaltningsrätten biföll, i dom den 22 juni 2011 mål nr 1354-11, 1355-11 och 1356-11, ansökan om överprövning och förordnade att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse skett på så sätt att utvärderingen beträffande del A3 gjorts om med bortseende från Värends Miljö AB:s anbud.

Värends Miljö AB (Värends Miljö) överklagade förvaltningsrättens dom. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 21 juli 2011 undanröjt förvaltningsrättens dom och återförvisat målen till förvaltningsrätten för handläggning. Som skäl för beslutet angavs att Värends Miljö inte fått tillfälle att yttra sig över den konkurrerande leverantörens uppgifter om att Värends Miljö inte uppfyllde skall-kraven i förfrågningsunderlaget; uppgifter som sedan låg till grund för förvaltningsrättens beslut om rättelse av upphandlingen genom ny utvärdering med uteslutande av Värends Miljö (jämför HFD mål nr 471-11).

Efter Värends Miljös yrkande i aktuella mål har förvaltningsrätten i beslut den 29 juli 2011 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att rätten beslutar något annat.

Malmberg vidhåller sitt yrkande och därför angivna grunder och yrkar således att upphandlingen beträffande del A3 ska rättas på så sätt att Värends Miljös anbud förkastas. Malmberg anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att ”anbudsgivare ska inneha och visa att de har dokumenterade resurser/kapacitet och kompetens för att utföra antaget uppdrag”. Av Värends Miljös anbud framgår att bolaget inte har resurser/kapacitet för torrsugning. Bolaget anger vidare i anbudet att ”för torrsugningsuppdraget har vi GJ o Son AB från Ulricehamn som underentreprenör”. Av detta följer att bolaget inte själv uppfyller det ställda skallkravet på anbudsgivaren men att man ska använda underentreprenör för uppdraget, i den mån det avser torrsugning. Det torde vara ostridigt att något åtagande i enlighet med 15 kap 5 a § LUF från GJ o Son AB inte inlämnats tillsammans med anbudet. Det innebär dock inte att blotta uppgiftslämnandet, dvs. omnämmandet av en underleverantör, till uppfyllandet av ett kvalificeringskrav är tillräckligt. Enligt doktrin ska det vara fråga om t.ex. koncerngarant eller utfästelse. En ickebindande handling är inte tillräckligt. Någon proportionalitetsprövning får enligt Malmbergs uppfattning inte ske i detta avseende. Värends Miljö har inte visat att man uppfyller skallkravet och borde därför ha diskvalificerats. De upphandlande enheterna har låtit Värends Miljö gå vidare till anbudsprövningen, vilket står i strid med principen om likabehandling. Som en direkt konsekvens av de upphandlande enheternas agerande har alltså Malmberg lidit skada.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlande enhet gör en kvalificering av anbudsgivarnas lämplighet för respektive uppdrag utifrån anbudsgivarnas redovisning i anbudet. Värends Miljö har till största del egen kapacitet att utföra uppdrag för delområde A3. Det är för en mindre del i delområde A3, som avser torrsugning där Värends Miljö åberopat en underleverantör eftersom de själva saknar utrustning för att utföra denna tjänst. Kommunen anser att det hade varit en

alltför långtgående åtgärd att avkräva ett skriftligt åtagande från en underleverantör, dels för att man inte kräver detta för de som kommer att antas som avtalsleverantörer, dels för att det avser en marginell del inom delområdet A3. Det har inte funnits fog för att diskvalificera Värends Miljö som anbudsgivare, vilket hade varit en oproportionerlig och konkurrensbegränsande åtgärd. Värends Miljö har tydligt angivit priser för samtliga efterfrågade tjänster och visat att de har uppfyllt ställda krav på resurser och kapacitet genom den redovisning som skett i anbudet då man på "annat sätt" visat att man förfogar över nödvändiga resurser för ett fullföljande av framtida kontrakt. Med anledning av att upphandlingen har genomförts enligt LUF så vill kommunen erinra om att förarbetena tillåter en bredare tolkning än vad som exempelvis tillåts i LOU. I 11 kap. LOU regleras bl.a. vilka bevis som den upphandlande myndigheten får kräva av leverantören för att kunna bedöma hans eller hennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Motsvarande reglering saknas i LUF. De krav som ställs på en leverantörs kapacitet och bevis om kapaciteten ska vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Värends Miljö's utfästelse genom åberopande av annan leverantörs kapacitet är tillräcklig och beviskravet ryms inom tolkningen av LUF.

Värends Miljö har givits tillfälle att yttra sig i målet och då anfört bland annat följande. Malmbergs ansökan om att upphandlingen ska rättas ska inte bifallas. Värends Miljö's anbud uppfyller kraven i upphandlingen. Under upphandlingsförfarandet ställdes den 29 mars 2011 en fråga avseende vilka bilagor som skulle ingå i anbudet. Kommunen svarade att det framgår av förfrågningsunderlaget vad som ska respektive bör bifogas och fyllas i, vad gäller bilagor se punkt 3.2.4 och 3.2.5. Dessa två punkter avser miljöpolicy och kvalitetscertifiering. Värends Miljö hade således ingen anledning att anta att det behövdes ytterligare bilagor till anbudet, exempelvis de leverantörsintyg som Malmberg påstår skulle bifogas. Enligt rådande praxis är det ovanligt att en upphandlande enhet på detta tydliga sätt

anger de handlingar som exklusivt ska bifogas ett anbud, särskilt när kravet lyder att anbudsgivarna ska ”visa” att de har ”dokumenterade” resurser. Det skulle innebära ett brott mot förutsebarhetsprincipen om Värends Miljö trots det otvetydiga svaret skulle uteslutas från upphandlingen. Vidare har Malmbergs inte lidit skada på det sätt som krävs enligt 16 kap 5 § LUF. Enligt p 3.3.1 i förfrågningsunderlaget ska för del A3 endast fyra leverantörer antas. Malmberg kom sist av sex anbudsgivare. För att en rättelse ska komma ifråga krävs att Malmberg har eller kan komma att lida skada genom överträdelsen. Malmberg kunde ej ha fått uppdraget även om Värends Miljö skulle uteslutas. Kommunen har aldrig ändrat kravet att endast fyra anbudsgivare ska antas. Att kommunen sedan antog fem anbudsgivare är därför en otillåten avvikelse från upphandlingens förutsättningar efter anbudstidens utgång eftersom ändringen strider mot förutsebarhetsprincipen, vilket påverkar både potentiella andra anbudsgivare och de fyra förstplacerade anbudsgivarna som tilldelats avtalet. En sådan otillåten ändring får inte leda till att Malmbergs anbud ska antas eller att Malmbergs talan ska bifallas. Med tillämpning av samma resonemang framgår att Malmberg inte har talerätt eftersom talerätten förutsätter att Malmberg har lidit eller kan komma att lida skada.

Malmberg har, som svar på Värends Miljös yttrande, anfört bland annat följande. Skyldigheten att visa åtagande från företag vars kapacitet man önskar åberopa framgår av lag, 15 kap 15 a § LUF. Att Värends Miljö misstas detta kan inte skyllas på hur frågor och svar hanteras, samt hur dokument ska bifogas, i ett upphandlingsverktyg.

Kommunen har givits tillfälle att yttra sig över Värends Miljös skrivelse men ej avhört.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 §.

Av 16 kap 5 § LUF framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 1 kap 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 15 kap 15 a § LUF får en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. 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 § LUF. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LUF.

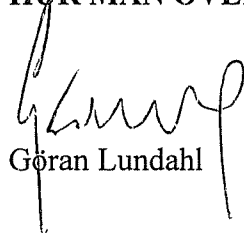
Av punkt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska inneha och visa att de har dokumenterade resurser/kapacitet och kompetens för att utföra antaget uppdrag. Värends Miljö har i sitt anbud angett bland annat följande om sin organisation. Företaget har i dagsläget 2 styck stor-kombi fordon, vilket innebär att båda ekipagen är lämpliga för uppdragen A1 och A2 samt större delen i A3, förutom torrsugning och spolbil med återvinning. För torrsugningsuppdrag har de GJ o Son AB från Ulricehamn som underentreprenör. Vad gäller bil med återvinning kan de mycket väl tänka sig att göra den investeringen.

Obligatoriska s.k. skall-krav måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska kunna kvalificera sig och gå vidare till anbudsutvärdering. I Värends Miljös anbud anges att bolaget inte har fordon som är lämpliga för torrsugning, men för torrsugningsuppdraget har man GJ o Son AB från Ulricehamn som underentreprenör. Det får därmed anses stå klart att Värends Miljö inte ensamt har tillräcklig kapacitet för att fullgöra uppdraget utan avser att anlita underleverantör. Bolaget har trots detta inte visat att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. Värends Miljös anbud uppfyller därmed inte det i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kravet på tillräcklig kapacitet. Förvaltningsrätten finner att kommunen genom att utvärdera Värends Miljös anbud har agerat i strid mot principerna om likabehandling i 1 kap. 24 § LUF.

Mot bakgrund av det som anförts ovan finner förvaltningsrätten att kommunen vid sitt upphandlingsförfarande handlat på ett sätt som strider mot kraven i LUF och att detta medfört att Malmberg lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar föreligger därför att bifalla Malmbergs ansökan om överprövning och förordna om rättelse på så sätt att Värends Miljös anbud ska uteslutas vid utvärderingen.

Vad Värends Miljö har anfört i målet förändrar inte denna bedömning.

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



Göran Lundahl



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. 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 uppgive 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 3109/1D LOU