



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2019-03-15
Meddelad i Luleå

Mål nr
3215-18

SÖKANDE

Aktiebolaget Inge Wikströms Schaktmaskiner, 556140-1166
Kopplingsvägen 3-5
961 38 Boden

Ombud: Advokat Anders Olofsson
Anders Olofsson Advokatbyrå AB
Box 263
826 26 Söderhamn

MOTPART

Gällivare kommun, Centrala Inköpsfunktionen
982 81 Gällivare

KONKURRENSVERKET	
2019-03-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aktiebolaget Inge Wikströms Schaktmaskiners ansökan om överprövning.

Dok.Id 108939

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 43	Telefon 0920-29 54 90 E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	Telefax 0920-22 04 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--	--	--	---------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gällivare kommun (kommunen) har genom öppet förfarande genomfört en upphandling avseende ramavtal drift av Kavahedens avfallsanläggning (INK 2018:79). Kommunen beslutade att tilldela Gällivare Frakt AB kontrakt (tilldelningsmeddelande den 27 november 2018).

Aktiebolaget Inge Wikströms Schaktmaskiner (bolaget) yrkar i första hand att bolagets anbud ska anses kvalificerat att utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny anbudsutvärdering, där bolagets anbud beaktas såsom kvalificerat för att gå vidare till utvärdering.

Kommunen anser att upphandlingen ska göras om alternativt att bolagets anbud inte ska anses kvalificerat för utvärdering.

VAD PARTERNA ANFÖR

Vad bolaget framför

Enligt den av kommunen utförda anbudsutvärderingen har bolagets anbud diskvalificerats från att gå vidare i utvärderingen med hänvisning till att bolaget inte uppfyller angivna ska-krav pga. att lastmaskinen till komprimator inte uppfyller miljökravet. Eftersom kommunen nu medgett att den felaktigt – på grund av miljökrav – förkastat bolagets anbud bör bolagets yrkanden bifallas.

Det är inte möjligt för kommunen att åberopa nya grunder än vad som angivits vid anbudsutvärderingen för att utesluta bolagets anbud. Den bedömning som kommunen gjort vid anbudsutvärderingen, dvs att bolaget upp-

fyllde kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet, är inte föremål för prövning i nu aktuellt mål. Eftersom kommunen numera medgett att dess agerande var felaktigt ska bolagets yrkanden således bifallas. Vad kommunen anfört avseende den maskinpark som angivits i bolagets anbud och som avses användas i uppdraget saknar därmed relevans för nu aktuell prövning.

Bolaget vill dock påtala att det uppfyllt samtliga krav i upphandlingen. I anbudsskyltet har bolaget lämnat samtliga efterfrågade uppgifter och har därtill besvarat kommunen på de till bolaget ställda frågorna. Bolaget lämnade tydliga svar som visar att komprimatorn tillsammans med de lastmaskiner som avsågs användas med denna uppfyllde kravet om 30 ton. Kommunen har varken i anbudsförfrågan eller i anbudsskyltet begärt att anbudsgivare särskilt skulle prissätta de lastmaskiner som avsågs användas tillsammans med komprimatorn, utan endast efterfrågat vilken modell av komprimator som skulle användas med å-priser härför. Kommunen har givetvis inom ramen för upphandlingsförfarandet haft möjlighet att ställa frågor om detta.

Vad kommunen anfört om att förfrågningsunderlaget inte skulle vara förenligt med LOU såvitt avser kravet om referenser för anbudsgivare saknar i sammanhanget relevans. Inget av de i upphandlingen lämnade anbuden har vid anbudsvärderingen uteslutits på denna grund. Kravet på referenser har således inte haft någon betydelse för anbudsvärderingen eller tilldelningsbeslutet. Någon grund att förordna om att upphandlingen ska göras om föreligger därmed inte.

Vad kommunen framför

Kommunen har efter granskning upptäckt att bolagets anbud förkastats på felaktig grund (miljökrav) samt att bolagets anbud skulle ha förkastats på annan grund.

Bolagets anbud avseende komprimator och hjullastare uppfyller inte kravet om en vikt av 30 ton. I anbudsformuläret har bolaget redovisat för en hjullastare Volvo L70H och en komprimator W-komp, vilka tillsammans inte uppfyller kravet om 30 tons vikt. Vidare har bolaget bifogat ett produktblad för andra hjullastare (modell L150H och L180H) vilka inte är prissatta eller nämnda i anbudsformuläret under lastmaskin/er. Kommunen begärde då in ett förtydligande om hur totalvikten om 30 ton skulle uppfyllas. Bolaget gav till svar att de skulle använda sig av L150H och L180H men kommunen fick inte något svar på frågan om bolaget avsett att köpa in dessa maskiner. Kommunen anser därför att bolaget inte uppfyller kravet. Något tydligt svar om hur kravet på 30 ton ska uppfyllas framgår inte och maskinerna L150H och L180H är inte prissatta vilket medför att bolaget inte är kvalificerat för utvärdering.

Kommunen har vidare efter ytterligare granskning funnit att det finns brister och felaktigheter i förfrågningsunderlaget, exempelvis är det ställda kravet om referens i strid med gällande bestämmelser. Enligt 15 kap. 11 § LOU får en myndighet begära referenser för de senaste fem åren men kommunen har begärt att anbudsgivare ska redovisa sina referenser under de senaste tio åren.

Mot bakgrund av de brister och felaktigheter som konstaterats både i förfrågningsunderlaget och i kravspecifikationen samt även med beaktande av den felaktiga hanteringen av kompletteringar i frågor och svar, anser kommunen att upphandlingen bör göras om. I andra hand anser kommunen att bolagets anbud inte ska anses uppfylla de ställda kraven och därmed uteslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Brister i upphandlingsdokumenten och felaktig komplettering?

Kommunen har gjort gällande att upphandlingsdokumenten innehåller felaktigheter vad gäller kravet på referenser genom att kommunen i förfrågningsunderlaget ställt krav om referenser i strid med bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att en förutsättning för att domstolen ska ingripa enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU är att leverantör lidit eller kan komma att lida skada på grund av felet.

I mål om ingripande enligt LOU gäller vidare som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne vilar sin talan (se RÅ 2009 ref. 69).

Om upphandlingsdokumenten innehåller felaktigheter är detta förstås en brist men det framgår inte av handlingarna att bolaget lidit skada på grund av den felaktighet som kommunen nu framför gällande kravet om referenser. Kommunen har vidare inte heller förklarat vilka följder felet fått för bolaget eller för upphandlingsförfarandet.

Eftersom kommunen inte närmare har förklarat vilka följder kravet om referenser eller andra brister i dokumenten fått för bolaget eller för upphandlingsförfarandet är det inte möjligt att ingripa mot upphandlingen på grund av felaktigheter i upphandlingsdokumenten.

Kommunen har vidare framfört att den felaktigt hanterat kompletteringar i frågor och svar. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte alls förklarat vad felaktigheten eller felaktigheterna skulle bestå i. Någon grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte heller på denna grund.

Uppfyller bolaget de ställda kraven?

Som framgår har bolagets anbud uteslutits från utvärderingen på grund av brister i miljöhänsende. Kommunen har dock medgett att den agerat felaktigt och att bolaget uppfyller dessa krav. Parterna är således överens om att bolagets anbud uteslutits på felaktig grund. Förvaltningsrätten gör ingen annan bedömning i denna del och konstaterar att bolaget uppfyller de ställda miljökraven.

Kommunen har dock invänt att bolagets anbud innehåller andra brister och att det på grund av dessa brister inte anses kvalificerat till utvärdering.

Bolaget har framfört att kommunen inte kan åberopa nya grunder än vad som angivits vid anbudsutvärderingen för att utesluta bolagets anbud.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12 tagit ställning till frågan om den upphandlande myndigheten under överprövningsprocessen kan invända att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett ska-krav, trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att så var fallet. Kammarrätten fann att sådana invändningar bör prövas inför ställningstagandet av om det bolag som begärt överprövning lidit skada. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att det inte föreligger något hinder för kommunen att i målet framställa en ny invändning mot att bolaget inte uppfyller ställda krav i upphandlingen.

Kommunen har anfört att bolagets anbud inte uppfyller kravet om att komprimator och hjullastare ska ha en vikt om 30 ton.

I de administrativa föreskrifterna framgår under punkten **3.7 Anbudets form och innehåll** att ”Anbudet ska följa förfrågningsunderlaget och avges enligt tillhandahållet anbudsformulär inklusive begärda handlingar.”

I kravspecifikation (reviderad den 18 oktober 2018) anges under punkten **2.1.5 Deponi** att ”Avfall som ska till deponi ska vägas på vågstation som drivs i kommunens egen regi. Avfallet ska dagligen komprimeras samt täckas. Entreprenören svarar för att täckning sker kontinuerligt enligt gällnade regler. Deponibart avfall komprimeras med komprimator eller likvärdigt, om minst 30 ton. Det går att använda sig av komprimatorutrustning som kan kopplas till lastmaskin, totalvikt inkl. lastmaskin ska vara minst 30 ton.”

I kravspecifikation (reviderad den 18 oktober 2018) anges vidare följande.

7.2 Utrustning och fordon som entreprenören ska tillhandahålla till

- Lastmaskin/er
- Allu-skopa
- Grävmaskin med rotator och grip
- Lastväxlare
- Komprimator (totalvikt inkl. ev. lastmaskin ska vara minst 30 ton)

Komprimatorns eller komprimator inklusive ev. lastmaskins vikt ska redovisas med intyg/certifikat.

Bolaget har i sitt anbudsformulär angett att bolaget avser att använda lastmaskin av modell L70H och komprimator W-komp. Produktblad har getts in för komprimatorn W-komp enligt vilket den har en totalvikt på 6-6,5 ton. Bolaget gav inte in något intyg/certifikat för lastmaskinen L 70 H där vikten för denna maskin framgår.

Bolaget har istället gett in produktblad för Volvo hjullastare L150H, L180H och L220H, dvs. andra maskiner än den som angavs i anbudsformuläret.

Kommunen ställde därefter den 13 november 2018 bl.a. följande fråga i ”Frågor och Svar” till bolaget:

Förtydligande av ert anbud krävs enligt följande: I ert anbud har ni angett L 70 som lastmaskin samt komprimator w-comp. Ni har även bifogat produktblad för annan lastmaskinstyp. Vänligen förtydliga hur ni ska uppnå en totalvikt om minst 30 ton för komprimator (inkl. ev. lastmaskin).

Bolaget svarade enligt följande:

Bilaga E1. Anger komprimator W-komp och Bilaga E2 är en broschyr/specifikation på en större hjullastare till W-komp, denna bilaga är märkt "Hjullastare till komprimator". Av bilagorna kan man utläsa två möjliga kombinationer enl. nedan.

1. Volvo L150H (24,1-25,6 ton) + W-komp ink. belastningslåda (6,0-6,5 ton) = 30,1-32,1 ton.
2. Volvo L180H (27-28 ton) + W-komp utan belastningslåda (3,5 ton) = 30,5-31,5 ton.

Kommunen ställde därefter, den 15 november 2018, bl.a. följande fråga i "Frågor och svar":

Förtydligande av ert anbud krävs enligt följande. I ert anbud har ni angett L 70 som lastmaskin samt komprimator W-comp. Ni har även bifogat produktblad för annan lastmaskinstyp, men det framgår inte huruvida denna ska köpas in och användas. Vänligen förtydliga hur ni ska uppnå en totalvikt om minst 30 ton för komprimator (inkl. ev. lastmaskin).

Bolaget svarade enligt följande:

Bifogar 3 st sidor med specifikationer på hur vi skall uppnå en totalvikt om minst 30 ton för komprimator (inkl. hjullastare) (typ Tana) som ingår i entreprenadens angivna fasta priser. Lastmaskin typ Volvo L150H och Volvo L180H är ej inskrivet i Anbudets Bilaga 1, p.g.a. att de får frångå miljökrav (Typ Tana) och skall endast användas för komprimering till fast pris.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i anbudsformuläret angett att det avser att använda en lastmaskin av modell L70H. Komprimator inklusive eventuell lastmaskin ska enligt punkt 7.2 i kravspecifikationen ha en totalvikt om minst 30 ton och detta ska redovisas med intyg/certifikat. Bolaget har inte lämnat in intyg/certifikat som visar att komprimator inklusive den lastmaskin som bolaget i anbudsformuläret angett att det avser att använda

har en totalvikt om minst 30 ton. Bolaget uppfyller således inte det uppgivna ska-kravet. Att bolaget lämnat in intyg på andra maskiner som bolaget inte uttryckligen i anbudet uppgett att det avser att använda kan enligt förvaltningsrättens mening inte medföra att kravet är uppfyllt.

Slutsats

En grundförutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om något ingripande mot upphandlingen är att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada.

Kommunen uteslöt bolagets anbud på felaktigt grund (miljöskäl). Bolaget kan trots detta inte ha riskerat eller lidit skada eftersom bolagets anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Linnea Nyström
förvaltningsrättsfiskal

Carola Andersson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

