



SÖKANDE

Purac AB, 556229-3125
Box 1146
221 05 Lund

Ombud: advokaten Ulf Contman
Contman AB
Box 7390
103 91 Stockholm

MOTPART

Kristianstads Biogas AB
Box 2105
291 02 Kristianstad

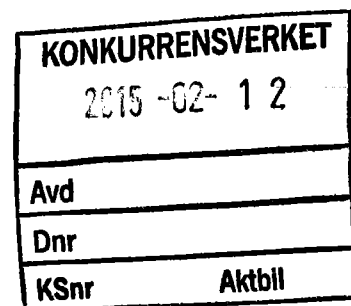
Ombud: advokaten Henrik Willquist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Purac AB:s ansökan om ingripande enligt LUF.



BAKGRUND

Kristianstads Biogas AB (KBAB) genomför en upphandling av förbehandlingsanläggning av matavfall. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LUF. Enligt tilldelningsbeslut har Cellwood Machinery AB (Cellwood) tilldelats kontraktet. Purac AB (Purac) har placerat sig på andra plats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Purac ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts av utvärderingen på så sätt att Purac tilldelas kontraktet. Som grund för sin talan anför Purac bl.a. följande. I AFB.51 framgår att KBAB kommer att göra en prövning av anbudsgivarna utifrån uppräknade kriterier. Ett av kriterierna är följande.

Erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning, max 3 p.

- | | |
|--|-----|
| - Väl dokumenterad av likvärdig verksamhet | 3 p |
| - Erfarenhet av enstaka likvärdig verksamhet | 1 p |
| - Ingen dokumenterad erfarenhet | 0 p |

Av tilldelningsbeslutet framgår att Cellwood fått tre poäng men skulle ha erhållit 0 poäng då Cellwood inte har någon dokumenterad erfarenhet.

Som framgår av referenslistan är den upprättad av Wackerbauer som enligt punkt 5 i Cellwoods anbud är angiven som underleverantör av en våt-hammarkvarn. Cellwood har inte åberopat Wackerbauers kapacitet enligt 15 kap. 15 a LUF och därmed inte heller visat varken åtagande eller på annat sätt visat att Cellwood kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Även om Cellwood hade gjort det så är Wackerbauers leverans begränsad till en produkt. Om en anbudsgivare vill utnyttja ett annat företags tekniska kapacitet måste det förhållandet åberopas

och visas vilket inte är gjort. Wackerbauer har enligt referenslistan som bifogades anbudet enbart utfört produktleveranser och inte utfört någon liknande anläggning. För att uppfylla kravet på erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning så har Cellwood inte genom referenslistan visat sig ha någon dokumenterad erfarenhet av likvärdig verksamhet.

KBAB påstår att erfarenheten bedömts utifrån de handlingar som anbudsgivarna skickat tillsammans med sina anbud men också från möten med anbudsgivarna. Purac hoppas att det påståendet inte är riktigt eftersom det skulle strida mot de allmänna principerna i 1 kap. 24 § LUF. En upphandlande enhet måste öppet och tydligt redovisa vilka kriterier som läggs till grund för sina beslut om kvalificering och tilldelning. I annat fall kan en anbudsgivare inte bedöma om besluten är korrekta. Det är anbudsgivaren som har bevisbördan för att ett skall-krav är uppfyllt och det måste vara tydligt vad han i det avseendet åberopar. Om en upphandlande enhet kräver att anbudsgivaren ska visa tidigare erfarenhet brukar det innebära referenser. Det framgår inte av förfrågan men Cellwood har uppfattat det så eftersom Cellwood inte åberopat något annat än en referenslista. Då får KBAB inte beakta några andra omständigheter. Annars tar man ovidkommande hänsyn men referenslistan innehåller inga egna referenser utan gäller enbart referenser som härrör från Wackerbauer. Därför hade KBAB en skyldighet att enbart bedöma skall-kravet om erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning från denna lista. Det är ovidkommande om KBAB kände till Cellwoods verksamhet sedan tidigare. KBAB har ställt upp ett skall-krav som måste uppfyllas.

För att få tre poäng ska erfarenheten vara "väl dokumenterad". Enbart av själva ordalydelsen framgår att anbudsgivaren skriftligen ska visa att kravet är uppfyllt. Annars är den inte dokumenterad. Det räcker inte att en erfarenhet faktiskt kanske finns utan den måste visas på ett objektivt och

öppet sätt. Eftersom enstaka erfarenhet ger en poäng måste i vart fall minst två erfarenheter visas för tre poäng. Underförstått bör man uppfatta att kravet gäller tre referenser eftersom tre referenser är det normala antalet för att kunna bedöma tidigare erfarenheter. Cellwood har inte visat någon dokumenterad erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning. Cellwood uppfyller inte kravet vilket innebär att i stället för tre poäng skulle Cellwood inte fått någon poäng alls. Därmed har Cellwood inte uppnått de 6 poäng som var kravet för att pröva anbudet. Det innebär att Cellwood skulle ha uteslutits från ytterligare anbudsprövning enligt AFB.51. Rätteligen skulle enbart Puracs anbud ha utvärderats.

KBAB bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att KBAB har ställt krav på att anbudsgivarna till sina anbud ska redovisa eller bifoga någon särskild handling utvisande erfarenheten. Det står inte att anbudsgivaren ska redovisa eller ange erfarenhet, endast att den rent faktiskt finns. Det är med andra ord inte fråga om att Cellwood underlätit att skicka in viss särskild krävd dokumentation.

KBAB har bedömt erfarenheten utifrån de handlingar som anbudsgivarna skickat tillsammans med sina anbud men också utifrån de möten som ägt rum varvid respektive anbud gått igenom. Branschen är relativt begränsad och det är allmänt veterligt att Cellwood de facto har en mycket omfattande erfarenhet av liknande entreprenader som upphandlingen avser. KBAB var väl medveten om Cellwoods erfarenhet. Erfarenheten exemplifieras i publikationer såsom teknisk rapport från branschorganisationen Avfall Sverige rapport B2013:01 och B2014:02. Vidare har personal från KBAB tidigare besökt förbehandlingsanläggningarna som Cellwood och Purac levererat.

Sammantaget anser KBAB att Cellwood väl visat på en dokumenterad erfarenhet av likvärdig verksamhet. Att det krävs åtminstone tre referenser för att uppfylla kravet såsom Purac påstår saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Som KBAB förstår det bestrids det i och för sig inte att Cellwood har påstådd erfarenhet, endast att den inte är ”väl dokumenterad”.

Av förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning framgår i punkt 4.6 att anbudsgivarna ska offerera en horisontell hammarkvarn konstruerad för aktuellt ändamål. Kravet är att hammarkvarnen ska kunna påvisas ha använts för aktuellt ändamål. Cellwood har offererat en horisontell hammarkvarn tillverkad av Wackerbauer (Wackerbauer är angiven underleverantör till Cellwood). För att visa på att den offererade hammarkvarnen använts tidigare för ändamålet har Cellwood skickat med en referenslista där det framgår att den aktuella hammarkvarnen använts på krävt sätt. Något krav på att referenslistan ska upprättas av Cellwood finns inte då kravet omfattar att hammarkvarnen tidigare använts för aktuellt ändamål. Något krav på att anbudsgivaren själv ska tillverka kvarnen finns inte. Cellwood har till fullo uppfyllt kravet och KBAB kan konstatera att offererad hammarkvarn tidigare använts för det nu aktuella ändamålet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LUF kan rätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt AFB.51 att beställaren kommer att göra en prövning av anbudsgivare i enlighet med bestämmelserna i LUF och enligt följande.

Erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning,
max 3 poäng

- | | |
|--|-----|
| - Väl dokumenterad av likvärdig verksamhet | 3 p |
| - Erfarenhet av enstaka likvärdig verksamhet | 1 p |
| - Ingen dokumenterad erfarenhet | 0 p |

Anbudsgivare ska minst uppfylla 6 poäng och ha minst 1 poäng inom varje del enligt ovan. Uppfylls inte dessa krav, riskerar anbudsgivaren att uteslutas från ytterligare anbudsprövning.

I AFB.52 framgår att vid anbudsprövning kommer det anbud med lägst pris att antas.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 4.6 i förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning anges att material ska sönderdelas i en horisontell hammarkvarn, särskilt konstruerad för detta ändamål. Leverantören ska ha referens där hammarkvarnen används för detta ändamål.

Av Cellwoods anbud framgår att Cellwood offererat en våthammarkvarn av märket Wackerbauer. Det framgår inte annat än att Cellwood skickat

med en referenslista upprättat av Wackerbauer för att visa att den offerrade kvarnen tidigare använts för ändamålet. I punkt AFD.28 anges att entreprenören i sitt anbud ska ange vilka underentreprenörer han avser att anlita. Wackerbauer är angiven underleverantör till Cellwood. Anlitande av underentreprenör är inte samma sak som att åberopa annat företags kapacitet enligt 15 kap. 15 § a LUF. Enligt förvaltningsrätten har inte Purac förmått visa att Cellwood haft att åberopa Wackerbauers kapacitet såsom underleverantör.

I förevarande upphandling kommer det anbud att antas som har lägst pris. Kravet att en anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning utgör ett kvalificeringskrav. Kvalificeringskrav syftar således till att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra ett kontrakt men inte hur väl det kan genomföras. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att anbudsgivarna haft att bifoga någon särskild dokumentation till sitt anbud för att påvisa en väl dokumenterad erfarenhet av tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning. Detta oavsett hur kravet är formulerat. Anbudsgivaren ska emellertid självfallet inneha erfarenheten. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller att det krävs tre referenser.

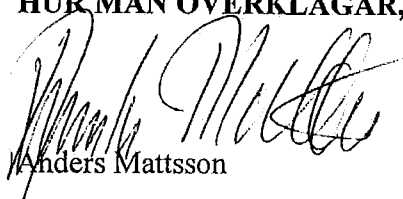
KBAB anför att man har bedömt erfarenheten utifrån de handlingar som anbudsgivarna bifogat sina anbud men också utifrån möten som ägt rum med respektive anbudsgivare. Vidare anför KBAB att det är allmänt veterligt att Cellwood de facto har en mycket omfattande erfarenhet av liknande entreprenader och att erfarenheten exemplifieras i olika publikationer samt att KBAB tidigare har besökt förbehandlingsanläggningar som Cellwood och Purac levererat.

Enligt förvaltningsrätten har en upphandlande myndighet normalt inte att bedöma erfarenhet utifrån andra omständigheter än de som anges i förfråg-

ningsunderlaget. I aktuellt mål har Purac hävdad att Cellwood inte har visat på någon dokumenterad erfarenhet från tidigare entreprenader, men gör därvid inte gällande att Cellwood inte har angiven erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning. Enligt förvaltningsrätten framgår således inte annat än att Cellwood de facto uppfyller kravet för att erhålla tre poäng avseende erfarenhet från tidigare entreprenader av liknande typ och omfattning. Detta trots förfrågningsunderlagets utformning. Vidare framgår inte annat än att KBAB har behandlat anbudsgivarna lika.

Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Purac inte förmått visa att KBAB har brutit mot LUF på sådant sätt att det finns skäl för ingripande. Puracs ansökan härom ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

