



KLAGANDE

Vafab Miljö AB, 556191-4200

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

EKAB Recycling AB, 556380-5257

Ombud: Advokaten Johanna Näslund
Box 143
701 42 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 27 februari 2014
i mål nr 4834-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-06-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av vad EKAB Recycling AB i övrigt har fört fram till stöd för sin ansökan om överprövning.

Dok.Id 309431

Postadress

Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress

Birger Jarls Torg 5

Telefon

08-561 690 00

Telefax

08-14 98 89

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:00

08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Vafab Miljö AB yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå EKAB Recycling AB:s ansökan om överprövning. Vafab för fram bl.a. följande till stöd för sitt överklagande. Utvärderade anbud från Mälby och Norrlandsjord uppfyller obligatoriska krav enligt förfrågningsunderlaget. Vad gäller Mälbys anbud är parterna ense om att intyget från MaskinLeverantörerna är utfärdat av en branschförening. Till anbudet finns dock även bifogat ett intyg från Hitachi Construction Machinery Co Ltd, dvs. maskinleverantören. Intyget visar överensstämmelse med EU-direktiven och därmed uppfyllande av aktuellt miljökrav. Förvaltningsrätten har inte beaktat intyget. Mälbys anbud uppfyller alltså uppställda obligatoriska krav på anbudets form och innehåll. Den av EU-domstolen fastställda principen om talerätt är därför inte tillämplig i målet. Aktuella intyg bifogas till överklagandet.

EKAB anser att förvaltningsrättens dom ska stå fast och för fram bl.a. följande till stöd för sin inställning. Intyget från Hitachi uppfyller inte kravet på att anbud inklusive bifogade intyg ska vara upprättade på svenska (se förfrågningsunderlaget 2.9 och 2.12). Intyget innehåller inte heller efterfrågad uppgift om att avgaskravet i EU-direktivet är uppfyllt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning av Norrlandsjords anbud.

Vad gäller Mälbys anbud är frågan som först ska prövas om anbudet avseende hjulgravaren Hitachi uppfyller det miljökrav som anges i avsnitt 4.1 i förfrågningsunderlaget. Uppfyllandet av kravet ska styrkas genom intyg från maskinleverantören.

EKAB gör gällande att uppfyllande av miljökravet inte styrkts på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten konstaterar att Mälby till sitt anbud har bifogat två intyg, ett från branschföreningen MaskinLeverantörerna och ett från maskinleverantören Hitachi. Intyget från maskinleverantören är inte på svenska och hänvisar till att den aktuella maskinen uppfyller kraven enligt flera EU-direktiv. Det går inte att direkt av intyget utläsa att hjulgravaren uppfyller det i upphandlingen aktuella miljökravet. Intyget från

MaskinLeverantörerna visar att maskinen uppfyller miljökravet.

MaskinLeverantörerna är dock inte den faktiska leverantören av maskinen, varför intyget inte är ett sådant som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten konstaterar därmed att Mälbys anbud avviker från det obligatoriska kravet om hur uppfyllandet av miljökravet ska styrkas. Att det aktuella miljökravet är uppfyllt är dock klarlagt. Frågan blir då om avvikelsen från det obligatoriska kravet innebär att anbudet från Mälby ska förkastas.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark).

Även proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. I upphandlingens utvärderingsfas innebär proportionalitetsprincipen enligt doktrinen bl.a. att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Kommentar Offentlig upphandling, uppl. 1:3, s. 16). I Förstainstansrätten har vid flera tillfällen anförts att den som genomför en

upphandling har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att domstolens prövning endast ska avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se bl.a. mål T-139/99, Alsace International Car Service). Uttalandet från domstolen ger enligt kammarrätten stöd för att det kan anses vara oproportionerligt att förkasta ett anbud till följd av oväsentliga och irrelevanta avvikelser från obligatoriska krav.

Kammarrätten konstaterar att genomförandet av den aktuella upphandlingen ställer krav på att leverantörerna har relativt stora maskinella resurser och att samtliga krossverk och andra maskiner ska uppfylla vissa miljökrav. Målet avser en av dessa maskiner. Den avvikelse som konstaterats är alltså att uppfyllandet av miljökraven har styrkts inte av maskinleverantören utan av en branschorganisation för maskinleverantörer. Kammarrätten anser att avvikelsen från förfrågningsunderlaget, med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och innebörden av det aktuella kravet, måste anses vara irrelevant och oväsentlig. Det väsentliga är att miljökravets uppfyllnad är styrkt av en sakkunnig och oberoende tredje part. Vid denna bedömning beaktar kammarrätten också att avvikelsen från kravet inte är av sådan art att det kan ge Mälby en konkurrensfördel gentemot de övriga leverantörerna och att bristen på likabehandling, om det återopade intyget godtas, därför får anses vara försumbar. Det är därför oproportionerligt att förkasta Mälbys anbud på denna grund. Mälbys anbud får därmed enligt kammarrättens mening anses uppfylla aktuellt miljökrav vad gäller hjulgrävaren Hitachi. Förvaltningsrätten har mot denna bakgrund inte haft fog för att förordna att upphandlingen ska göras om.

EKAB har i förvaltningsrätten även fört fram flera andra brister i fråga om Mälbys anbud. Förvaltningsrätten har inte prövat vad bolaget har anfört i dessa delar. Denna prövning bör med hänsyn till instansordningsprincipen inte göras av kammarrätten som första instans. Målet ska därför visas åter

till förvaltningsrätten för prövning av de övriga brister som EKAB har
anfört som grund för sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

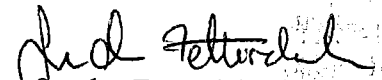


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande

Fredrik Fries
kammarrättsråd



Jonas Karlsson
tf assessor
referent



Sandra Zetterdahl
kammarrättsfiskal
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2014-02-27
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4834-13
Enhet 1

ab 23
Sida 1 (8)

SÖKANDE

EKAB Recycling AB, 556380-5257

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART

Vafab Miljö AB, 556191-4200

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 112119

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Vafab Miljö AB (Vafab) har genomfört en upphandling av krossning av avfall från Vafabmiljöregionen med dnr 2013/249-VMA-061 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. EKAB Recycling AB (bolaget) hade lämnat anbud i upphandlingen, men det var bara Mälby Gård AB:s (Mälby) och Norrlandsjord & Miljö AB:s (Norrlandsjord) anbud som gick vidare till kvalificerings- och utvärderingsfasen. Vafab fattade den 13 september 2013 ett tilldelningsbeslut varvid Mälbys anbud antogs.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud kvalificeras och att nytt tilldelningsbeslut lämnas, i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget edition av bilagorna 2 och 3 till Norrlandsjords anbud. Med handlingarna avser bolaget att visa att Norrlandsjords anbud inte uppfyller samtliga skall-krav.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget har som en av fem leverantörer lämnat anbud i upphandlingen. Anbud skulle lämnas in elektroniskt till företaget EU Supply senast den 15 augusti 2013. Bolagets ställföreträdare skrev ut bilagan Anbudsformulär-priser (prisbilagan) och fyllde i priserna den 15 augusti 2013. Dokumentet lades in i en mapp med samtliga bilagor som laddades upp till EU Supply. Mappen med samtliga bilagor togs dock inte emot av EU Supply. Efter två uppladdningsförsök laddades istället bilagorna upp en efter en. Samtliga 27 bilagor markerades och skickades till EU Supply. Kl. 23.58 hade EU Supplys system slutat att ange att mottagandet alltjämt skedde. Det är Vafab som har ansvaret för att det elektroniska upphandlingssystemet fungerar. Ett sådant system ska fungera tillfredsställande och kunna ta emot en mapp om 15,2 MB. EU Supply har drabbats av någon form av tekniskt fel. Bolaget har skickat in anbudet och samtliga bilagor, inklusive prisbilagan, och borde

rätteligen ha tilldelats uppdraget. Eftersom bolaget diskvalificerats, trots komplett anbud som haft lägst pris, har bolaget lidit skada.

Om inte upphandlingen rättas ska den göras om eftersom det saknas kvalificerade anbud att anta. Bolaget har fortfarande inte fått tillgång till samtliga efterfrågade bilagor till Norrlandsjords anbud. Det står dock klart att Norrlandsjords anbud inte uppfyller samtliga skall-krav och att anbudet ska diskvalificeras. För de maskiner som ska inköpas för uppdraget (valskross, slagkross, ilastningsmaskin och lastmaskin) saknas samtliga beskrivningar och intyg. Av p. 4.1, tillgång till utrustning, framgår att även utrustning som ska införskaffas ska redovisas fullständigt. Detta saknas till fullo för de inte införskaffade maskinerna varför Norrlandsjord inte uppfyller ställda skall-krav.

Även Mälbys anbud ska diskvalificeras. Intyget för Hitachi ZX 170 WT-3 (Hitachiintyget) är utfärdat av en branschorganisation och inte av en maskinleverantör. Det är irrelevant huruvida intyget innehåller efterfrågad information. Skall-kravet avseende intyg under rubriken miljö i förfrågningsunderlagets kapitel 4 stadgar att dessa intyg skall vara utfärdade av maskin-/motorleverantör. Mälbys anbud uppfyller inte skall-kravet avseende intyg eftersom det inte är utfärdat av rätt aktör. Det är ett brott mot likabehandlingsprincipen att acceptera intyg från aktörer som inte är maskin-/motorleverantör när detta är ett skall-krav.

Det finns anledning att diskvalificera samtliga inkomna anbud. Om den upphandlande myndigheten agerat på ett korrekt sätt skulle bolaget ha fått en ny möjlighet att inkomma med anbud eftersom upphandlingen rätteligen ska gå om p.g.a. avsaknad av giltiga anbud. Med beaktande av att bolaget haft ett komplett anbud med lägst pris är bolagets skada eller risk för skada tydlig.

Vafab bestrider bifall till bolagets talan och anför i huvudsak följande. Prisbilagan fanns inte med när bolagets anbud öppnades. Vafab har agerat helt i enlighet med likabehandlingsprincipen när bolagets orena anbud förkastades. Det elektroniska upphandlingsverktyget har fungerat fullt ut och det har inte haft några tillkortakommanden. Samtliga andra anbudsgivare har kunnat ladda ned prisbilagan, fylla i den och därefter ladda upp den. Av förteckningen från EU Supply framgår alla bilagor som bolaget laddat upp. Den bilaga som bolaget påstår sig ha laddat upp finns inte med i förteckningen. Det är inte möjligt för den upphandlande myndigheten att radera ett dokument som en anbudsgivare laddat upp som en del av sitt anbud. Den maximala filstorleken enligt EU Supply är 2 GB, vilket vida överstiger storleken på den fil som bolaget påstår ha laddat upp. Vidare har det inte funnits några begränsningar avseende möjligheterna att ladda upp alla bilagorna som en enda fil.

Anbudet från Norrlandsjord innehåller inga brister och uppfyller alla skallkrav. De maskiner som Norrlandsjord avser att använda återges i anbudsbilaga "Organisation, teknisk förmåga och kapacitet samt referenser" (bilaga O) och anbudsbilaga "Resurser" (bilaga R). I bilagorna återfinns samtliga efterfrågade uppgifter, inklusive miljökrav. Miljöklassningen framgår genom en hänvisning till EU-direktiven.

Vidare uppfyller Mälbys anbud samtliga ställda skallkrav. Det bestrids att skallkraven avseende intyg från maskin-/motorleverantör inte är uppfyllda. I några fall utgjordes dessa intyg av deklARATIONER där uppfyllandet av ett antal normer och standarder angavs. Det kunde inte direkt utläsas att de stadgade emissionskraven var uppfyllda. Detta föranledde en begäran om förtydligande av de inlämnade uppgifterna. Hitachiintyget innehåller den efterfrågade informationen.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva en upphandling. I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69.

Förvaltningsrätten har först att pröva om Vafab hade grund för att utesluta bolagets anbud. Bolaget har därvidlag anfört att det skickat in ett komplett anbud med samtliga efterfrågade bilagor, inklusive prisbilagan. Vafab har invänt att bolagets anbud inte var komplett då prisbilagan saknades. Mot bakgrund av det som framkommit i målet får det anses vara utrett att en ifylld prisbilaga måste bifogas anbudet för att anbudet ska uppfylla förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. I det e-postmeddelande från EU Supply som skickades den 1 oktober 2013 till Vafab återfinns en förteckning över de filer som bolaget laddat upp före den 16 augusti 2013. I förteckningen återfinns inte prisbilagan. Bolaget har inte inkommit med någon handling eller någon annat som stödjer dess påstående om att prisbilagan lämnades in tillsammans med resten av anbudet. Den skärmbild som bolaget bifogat ansökan om överprövning säger ingenting om vilka handlingar som skickats in elektroniskt. Mot bakgrund av det som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att det bifogat prisbilagan till sitt anbud. Således får bolaget anses ha lämnat ett icke komplett anbud. Därför har bolagets anbud rätteligen uteslutits.

EU-domstolen fastställde i mål C-100/12 (Fastweb SpA p. 33-34) att en sökandes talan gällande brister i en vinnande anbudsgivares anbud kan prövas trots konstaterade brister i sökandens anbud. En sökande har i en sådan situation ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts och att upphandlingen därvid måste göras om. Med hänsyn till EU-domstolens

uttalande har rätten i förevarande mål att pröva bolagets invändningar mot de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen.

Till att börja med hävdar bolaget att Norrlandsjords anbud inte uppfyller samtliga skall-krav eftersom de maskiner som ska inköpas för uppdraget (valskross, slagkross, ilastningsmaskin och lastmaskin) saknar samtliga beskrivningar som föreskrivs i förfrågningsunderlagets p. 4.1, tillgång till utrustning. Vafab anser att anbudet har samtliga efterfrågade uppgifter och hänvisar till bilaga O och R. I bilaga O anges bl.a. följande. Maskinerna som avses att användas är nyinvesterade under de senaste åren och uppfyller de miljömässiga krav som ställs. Även förstärkningsresurserna uppfyller miljökraven. I bilaga R anges bl.a. följande.

Fabrikat	Maskinmärkning	Typ	Årsmodell	Eu/tier/steg	CE-märkt	Behov	Behov
	Valskross	Grovkross		Eu 3/Tier 3	Ok		Nyinköp Reserv/aktuell
	Slagkross	Höghastighetskross		Eu 3/Tier 3	Ok		Nyinköp Reserv/aktuell
	Ilastningsmaskin			Min Eu 3	Ok		Nyinköp Reserv/aktuell
	Lastmaskin			Min Steg 3	Ok		Nyinköp Reserv/aktuell

I p. 4.1 i förfrågningsunderlaget under rubriken tillgång till utrustning anges bl.a. följande. Anbudsgivaren skall i anbudet lämna en fullständig redovisning av den maskinella utrustning – egen nu innehavd, ev. underentreprenörs, samt den utrustning som avses införskaffas för det fall anbudsgivaren erhåller uppdraget – som bedöms vara nödvändig för utförandet av i denna förfrågan beskrivet uppdrag. Här skall framgå maskintyp, fabrikat, antal, ålder, uppfyllande av emissionskrav och CE-märkning.

Förvaltningsrätten bedömer att det framgår av bilaga R att Norrlandsjord avser att inköpa valskross, slagkross, ilastningsmaskin och lastmaskin samt

att dessa maskiner kommer att användas för uppdraget. Vidare framgår av samma bilaga att fabrikat och ålder inte är angivet för dessa maskiner.

Denna information kan inte heller utläsas i bilaga O. Mot bakgrund av det som framkommit i målet kan Norrjords anbud inte anses uppfylla skallkraven på att redovisa fabrikat och ålder för den maskinella utrusningen.

Vad gäller Mälbys anbud hävdar bolaget att anbudet inte uppfyller skallkravet i förfrågningsunderlagets p. 4.1 avseende intyg eftersom Hitachiintyget är utfärdat av en branschorganisation och inte av maskinleverantören. Vafab har anfört att Mälbys anbud uppfyller skallkraven avseende intyg från maskin/motorleverantör och att Hitachiintyget innehåller efterfrågad information. Vafab inte invänt mot bolagets påstående om att intyget är utfärdat av Maskinleverantörerna varför förvaltningsrätten tar påståendet för gott. Av det elektroniska dokument som bolaget hänvisar till (http://www.maskinleverantorerna.se/om_oss) framgår att Maskinleverantörerna är en branschförening. Något som motsäger detta förhållande har inte lagts fram i målet. Innehållet i det elektroniska dokumentet får därför anses vara korrekt.

I p. 4.1 i förfrågningsunderlaget under rubriken miljö anges bl.a. följande. Krossverk och andra maskiner som används för uppdraget skall lägst uppfylla avgaskrav enligt EU-steg IIIA. Uppfyllandet av kravet skall styrkas genom att intyg från maskin-/motorleverantör bifogas anbudet för samtliga maskiner som skall användas för uppdraget.

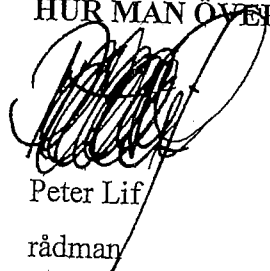
Skallkravet i p. 4.1 kan enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas på annat sätt än att uppfyllandet av avgaskravet ska styrkas genom intyg från antingen en maskinleverantör eller en motorleverantör. Ett intyg från en branschförening motsvarar inte detta krav. Med andra ord uppfyller inte Hitachiintyget det aktuella skallkravet. Det har inte heller framkommit att Mälbys anbud innehöll något annat intyg avseende maskinen Hitachi ZX

170 WT-3:s avgaser. Således uppfyller Mälbys anbud inte alla obligatoriska krav.

Genom att ha utvärderat Mälbys och Norrjords anbud, trots att de inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen, har Vafab förfarit i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har uppgett att det lidit eller riskerat att lida skada p.g.a. att Vafab inte förkastat Mälbys och Norrjords anbud. Vafab har inte framfört någon invändning mot detta varför uppgiften får tas för god. Förvaltningsrätten finner att bolaget i vart fall riskerat att lida skada till följd av Vafabs förfarande. Det föreligger således skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom det inte kvarstår något giltigt anbud måste upphandlingen göras om. Vid detta förhållande saknas anledning att pröva de övriga brister som bolaget gör gällande.

Med hänsyn till utgången i målet kan de handlingar som yrkandet om editionsföreläggande avser inte anses ha betydelse som bevis för att Norrjords anbud inte uppfyller skall-kraven. Således ska yrkandet avslås jämlikt 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) och 38 kap. 8 § rättegångsbalken.

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



Peter Lif
rådman

Målet har föredragits av Anderz Eriksson.