

SÖKANDE

Svenska ITSIRIUS AB, 556117-7543
164 87 Kista

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

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (kommunen) har beslutat om upphandling av debiteringssystem för vatten och renhållning, UH-08-18, genom förenklat förfarande enligt LOU. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 28 maj 2008 meddelat att EDP Consult AB tilldelades uppdraget.

Efter att Svenska ITSIRIUS AB (bolaget) – en av anbudsgivarna – ansökt om överprövning av upphandlingen har länsrätten den 5 juni 2008 beslutat att den tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att länsrätten upphäver kommunens tilldelningsbeslut och beslutar att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Frågan gäller det krav kommunen ställt i förfrågningsunderlagets svarsbilaga under rubriken ”Referensuppdrag (erfarenhe-

ter” och särskilt kravet att ”man skall ha erfarenhet av minst fem (5) kommuner i vår omfattning som kör både VA och RH”. – Att börja med må konstateras att kravet i första meningen om minst två motsvarande uppdrag under de tre senaste åren är svårt att förena med kravet i andra meningen om ”erfarenhet av minst fem (5) kommuner av vår omfattning som kör både VA och RH”. Bolaget gör gällande att förfrågningsunderlaget redan därigenom är så otydligt (transparansprincipen) att förutsättningar föreligger att besluta att upphandlingen skall göras om. – Den del av kravet som avser ”erfarenhet av minst fem (5) kommuner” strider mot proportionalitetsprincipen, principen om icke-diskriminering och mot EG-fördragets grundläggande principer om frihet att tillhandahålla tjänster och om etableringsfrihet. Dessutom riskerar konkurrensen att begränsas på ett sätt som strider mot upphandlingsreglerna och i förevarande fall har konkurrensen också rent faktiskt begränsats. – EG-domstolen ansåg i mål C-27/98 (Fracasso och Leitschutz) att det inte föreligger tillräcklig konkurrens när det endast återstår en anbudsgivare, eftersom den upphandlade myndigheten då inte kan jämföra anbuden för att tilldela kontrakt i enlighet med uppställda kriterier, och att den upphandlande myndigheten i den situationen hade rätt att avbryta upphandlingen. – Kravet får till konsekvens att det blir omöjligt både för nyetablerade företag och för etablerade företag med en nyutvecklad tjänst eller vara att konkurrera om uppdraget till kommunen. Vidare innebär kravet på minst fem kommuner att utländska företag, som kan vara alldeles förträffliga och som har levererat motsvarande tjänst i det egna landet där det inte finns någon kommunindelning, helt stängs ute från marknaden. I allra värsta fall inskränks ”kommuner” i svarsbilagan till svenska kommuner. Bolaget gör således gällande att det inte är möjligt att kräva att det endast skall vara kommuner som utgör referenser. Även exempelvis samfällighetsföreningar som hanterar vatten och/eller renhållning och större renhållningsföretag torde kunna vara referenser avseende efterfrågad typ av tjänst. Detsamma gäller för regioner och liknande i andra länder. – Kravet som avser ”i vår omfattning” är alltför intetsägande för att över huvud taget

kunna tillämpas. I denna delen strider kravet mot principen om öppenhet och förutsebarhet (transparens) samt likabehandling. – Bolaget lämnade anbud i upphandlingen med svarsbilagan ifyllt. Där framgår att bolaget ansåg sig uppfylla samtliga krav inklusive det om ”erfarenhet av minst fem (5) kommuner i vår omfattning som kör både VA och RH”. Kommunen ansåg att två av anbudsgivarna – bolaget och Computer Service AB – inte uppfyllde kravet på ”erfarenhet av minst fem (5) kommuner av vår omfattning som kör både VA och RH” varför kommunen antog anbudet från EDP Consult AB såsom det enda kvarvarande. – De felaktigheter som förekommit i upphandlingen är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med gällande upphandlingslagstiftning. Om felaktigheterna inte förekommit skulle bolaget, som lämnat ett lägre anbudspris än vinnande anbudsgivare, tilldelats kontraktet eller i vart fall haft goda möjligheter att tilldelas kontraktet. Bolaget riskerar att lida skada genom de felaktigheter som förekommit vid kommunens upphandling. Den skada bolaget lidit eller kan komma att lida är större än den skada eller olägenhet som kommunen riskerar åsamkas. – Sammantaget gör bolaget gällande att kommunens förfrågningsunderlag i berörda delar i flera avseenden strider mot grundläggande EG-rättsliga principer och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen skall därför göras om.

Kommunen har bestridit bolagets yrkande och anfört i huvudsak följande. *Anbudsgivaren skall under de senaste tre åren ha utfört minst två motsvarande uppdrag och att man skall ha erfarenhet av minst fem kommuner av vår omfattning som kör både VA och RH*

Kommunen vill ha en leverantör med färsk erfarenheter inom området samtidigt som man totalt sett skall ha större/längre erfarenhet. Eftersom systemupphandlingar erfarenhetsmässigt är komplicerade så är det viktigt att man får väl utprovade system som fungerar. Kommunen har erfarenhet av systemupphandlingar där kommunen blivit utvecklingspartner eftersom systemen inte varit färdigutvecklade. Detta har medfört funktionsbrist,

förseningar och merkostnader.

Kravet på minst fem kommuner gör att utländska företag som saknar kommunindelning i egna landet stängs ute från marknaden

Aktuellt upphandlingsvärde ligger under tröskelvärdet och görs genom förenklat förfarande, vilket innebär att upphandlingen endast behöver annonseras i Sverige.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vidare följer av 16 kap. 2 § att 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ärende, Dnr 2005/0138-21, yttrat sig angående proportionalitetsprincipen och krav på erfarenhet från landsting eller kommun. Bl.a. anges följande.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. – Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående

intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

I den aktuella upphandlingens svarsbilaga – krav på leverantören – anges under rubriken Referensuppdrag (erfarenheter) bl.a. följande. Anbudsgivaren skall under de senaste tre åren ha utfört minst två motsvarande uppdrag. Man skall ha erfarenhet av minst fem (5) kommuner i vår omfattning som kör både VA och RH.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det står den upphandlande enheten fritt att utforma förfrågningsunderlag inför en upphandling. Förfrågningsunderlaget måste emellertid stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

En fråga i målet är om skall-kravet på erfarenhet av minst fem kommuner som kör både vatten och renhållning står i proportion till det syfte som kommunen önskar uppnå med detta krav.

Bolaget har angett att aktuellt skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen samt att kravet får till konsekvens att det blir omöjligt både för nyetablerade företag och för etablerade företag med en nyutvecklad tjänst att konkurrera om uppdraget till kommunen. Bolaget har vidare angett att samfällighetsföreningar som hanterar vatten och/eller renhållning och större renhållningsföretag torde kunna vara referenser och således är det inte

möjligt att kräva att det endast skall vara kommuner som utgör referenser. Kommunen har gjort gällande att kommunen vill ha en leverantör med färsk och lång erfarenhet inom området samt att kommunen vill erhålla ett väl utprovat system som fungerar. Enligt kommunen har det varit befogat att ställa det aktuella kravet med hänsyn till kommunens tidigare erfarenheter av systemupphandlingar där kommunen blivit utvecklingspartner eftersom systemen inte varit färdigutvecklade.

Enligt länsrättens mening innebär kommunens krav på ”erfarenhet av minst fem (5) kommuner” att högre krav ställs på leverantören än vad som behövts och varit ändamålsenligt för att vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av kommunen angivna syftet. Det uppställda skall-kravet strider därmed mot proportionalitetsprincipen. Med hänsyn till att bolagets anbud inte har beaktats i utvärderingen får det antas att bolaget har kunnat komma att lida skada.

Fråga blir härvid huruvida upphandlingen skall göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse. Enligt länsrättens uppfattning är det inte tillräckligt att rätta upphandlingen eftersom det kan antas att presumtiva anbudsgivare, med den utformning som förfrågningsunderlaget haft avseende aktuellt skall-krav, avstått från att inkomma med anbud. Kommunens upphandling avseende debiteringssystem för vatten och renhållning skall därför göras om.

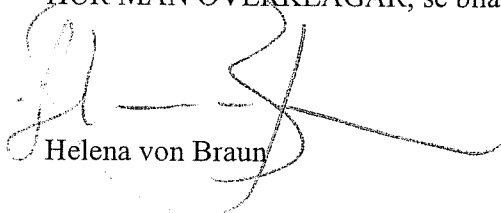
Med hänsyn till länsrättens ställningstagande i denna del saknas anledning att pröva de övriga grunder som bolaget åberopat i sin ansökan om överprövning.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Svenska ITSIRIUS AB:s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att Kungsbacka kommuns upphandling avseende debiteringssystem för vatten och renhållning, UH-08-18, skall göras om.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut från den 5 juni 2008.

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



Helena von Braun

/RB