



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-02-29
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
4148-15 E

SÖKANDE

Frestadius Åkeri AB, 556096-6466
Skärvestavägen 25
881 30 Sollefteå

MOTPART

Sollefteå kommun
881 80 Sollefteå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-03-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 102551

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

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

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sollefteå kommun (kommunen) genomför upphandling av transport av rötslam (dnr UH-2015-34). Upphandling sker enligt förenklat förfarande och med utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tilldelningsbeslut meddelades den 1 december 2015 i vilket Allmiljö i Umeå AB (Allmiljö) tilldelades uppdraget. Frestadius Åkeri AB (Frestadius) ansökte om överprövning den 13 december 2015. Förvaltningsrätten avvisade ansökan såsom för sent inkommen. Efter att Frestadius överklagat avvisningsbeslutet upphävde Kammarrätten förvaltningsrättens beslut och visade målet åter för prövning i sak. Förvaltningsrätten prövar nu därför målet i sak.

Frestadius yrkar att upphandlingen ska ogiltigförklaras och anför i huvudsak följande.

I förfrågningsunderlaget angivna maxvikter och axeltryck begränsar typ av fordon som kan användas på nuvarande hängbro. Förfrågningsunderlagets krav på fordonsvikt har inte kontrollerats trots begränsade tonnage som kan eller får framföras på hängbron. I utvärderingsprotokollet framgår inte att nämnda krav på vikter beaktats vid utvärderingen.

Den upphandlande myndigheten har prövat anbud och utsett leverantör enligt tilldelningsbeslutet ”som uppfyllt ställda krav”, vilket inte stämmer eftersom krav på maxvikter inte prövats. Eftersom kommunen underlåtit att kontrollera viktkraven har leverantörerna inte behandlats på ett likvärdigt sätt. Kommunen har utsett leverantör utan att veta om uppdraget kan utföras med ställda viktkrav på fordon.

Frestadius har begärt att få ta del av registreringsnummer på fordon som ska användas av utsedd entreprenör. Kommunens upphandlare har utlovat att översända denna uppgift, men efter en vecka har inga uppgifter erhållits.

Startdatum för uppdraget har inte angivits i anbudsunderlaget. Frestadius som för närvarande har uppdraget är inte informerad om förändring efter planerad genomförd upphandling (detta uppdrag löper utan specificerad uppsägningstid). Det är viktigt för anbudsgivarna att veta när ett uppdrag ska påbörjas. Kommunen skrev i yttrande till förvaltningsrätten den 21 december 2015 att ”befintligt avtal som är muntligt kan sägas upp när som helst och har inget med upphandlingen att göra”. En dag efter det skickade kommunen ett e-postmeddelande till Frestadius i vilket kommunen skriver att kommunen ”anlitat annan leverantör fr.o.m. 2016-01-01 med tillfälligt avtal till dess att upphandlingen kan slutföras och upphandlat avtal kan tecknas”. Frestadius nuvarande uppdrag som löpt sedan 1970 är inte uppsagt och att teckna avtal med Allmiljö strider mot 16 kap. 8 § LOU. Frestadius anser dessutom att kommunen inte behandlat leverantörerna på ett likvärdigt sätt såsom anges i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har uppdraget och kommer därför att fortsätta att göra transporter av rötslam den 1 januari 2016.

Krav på euroklass var otydligt i upphandlingsunderlaget och i anbudsformuläret på e-avrop. Trots detta förkastades Frestadius anbud vid prövningen på grund av euroklass. Frestadius gjorde en förfrågan till kommunen om euroklass och talade om att bolagets nya fordon var en euro III. Kommunens handläggare trodde att det var en euro IV och uppmanade Frestadius att lämna anbud på de fordon bolaget hade. Enligt förutsättningar i förfrågningsunderlaget löper avtalet i två år med möjlighet till förlängning i två år. För de två år avtalet ska löpa så fanns det ingen möjlighet att fylla i euroklass. Det var endast möjligt när bron var klar om det då blev en eventuell förlängning av avtalet.

Frestadius har försökt att erhålla ett kommunalt beslut om vilka krav på euroklass som ska gälla vid upphandlingar. Något sådant beslut finns tydligen inte och någon enskild tjänstemans tyckande ska därmed inte gälla. Till-

läggas kan att kommunens egen lastbil av gammal modell saknar euroklass såvitt Frestadius känner till.

Kommunen bestrider ansökan i sin helhet och anför bl.a. följande. Kommunen har diskvalificerat Frestadius på grund av att minkravet på vilka fordon som används inom entreprenaden ska uppfylla emissionskraven motsvarande minst euro IV och att minst 50 procent av fordonen som används inom entreprenaden ska uppfylla emissionskraven euro V. Kravet är glasklart och framgår av bilaga 2, fordonskrav i förfrågningsunderlaget. Genom att intyga att anbudsgivaren har tagit del av och godkänner förfrågningsunderlaget inklusive bilagor i sin helhet behöver man inte särskilt ange euroklass för att uppvisa att kravet är uppfyllt.

I utvärderingsfasen ska anbudsgivaren ange euroklass på de fordon som anbudsgivaren avser att använda i entreprenaden för att kommunen ska kunna utvärdera hur pass miljövänlig anbudsgivaren är (se punkten 2.15 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget samt utvärderingsmodellen). Det går alltså alldeles utmärkt att tala om i sitt anbud vilka fordon som ska användas för alla delar av uppdraget. I utvärderingsmodellen ges det ett mervärde om uppdraget utförs med miljövänligare fordon, varför anbudsgivaren uppmanas att ange euroklasser på de fordon som avses att användas i uppdraget. Det motsäger inte att minsta krav på fordon i denna upphandling är att entreprenaden ska uppfylla emissionskraven motsvarande minst euro IV.

Frestadius har förvisso svarat ja på ska-kravet i punkten 1.6 i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget där det anges att "Anbudsgivaren har tagit del av och godkänner förutsättningar och villkor i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor i sin helhet". Eftersom det inte konkret framgick vilka fordon och i vilken euroklass respektive fordon skulle ha, begärde kommunen ett förtydligande från Frestadius för att fastställa rätt poäng i utvärde-

ringen avseende euroklass. I samband med denna e-postkonversation framkom det att Frestadius hade för avsikt att fortsätta köra med det fordon som används i nuvarande uppdrag (euro III) utan att uppgradera den till en euro V, trots att möjlighet finns. Frestadius svarade följande då kommunen bekräftade att Frestadius fordon skulle uppgraderas från euro III till euro V.

”Tolkningen av lämnat förtydligande av Euroklass med uppgradering är ej med i vårt anbud, vi har endast informerat att fordon kan uppgraderas till euroklass V.”

Eftersom Frestadius klart och tydligt deklarerat att någon uppgradering av befintligt fordon från euro III till euro V inte är aktuellt och att det är just det fordonet som avses att användas över nuvarande bro till Hågestaön, har kommunen bedömt att kontraktsvillkoret på minst euroklass IV inte kommer att uppfyllas. Frestadius har därför rätteligen diskvalificerats från upphandlingen och kan inte komma att lida skada. Det innebär också att Frestadius saknar talerätt då två kvalificerade anbud återstår. Om ska-kravet trots det skulle anses vara uppfyllt blir slutresultatet detsamma. Om anbudet från Frestadius skulle tillåtas att utvärderas skulle Frestadius få ett minsta påslag om 50 000 kr och därmed hamna minst 37 000 kr efter i jämförelsetal. Det framkommer för övrigt otydligheter beträffande euroklassning på uppdraget i Långele. Antingen vet Frestadius inte vilken euroklass det är eller så är det euroklass V, vilket innebär att bästa möjliga utfall för Frestadius skulle vara enligt ovan.

Efter kontroll med Rödsta återvinningscentral framgår att Frestadius nyligen avlämnade en last om 3,5 ton och hela ekipaget vägde ca 13 900 kg. Eftersom det är ett tvåaxlat fordon överskrids angivet axeltryck (6 ton) i upphandlingen med råge. I stort sett alla avlämningar ligger mellan 3 – 3,5 ton. Det innebär att det funnits ytterligare skäl att diskvalificera anbudet från Frestadius.

Det finns inget lagkrav på att exakt startdatum måste fastställas i ett förfrågningsunderlag. Befintligt avtal som är muntligt kan sägas upp när som helst och har inget med upphandlingen att göra ur ett LOU-perspektiv. Förvaltningsrätten har endast att ta ställning till det som rör upphandlingen av röt slam.

Krav på maxvikter och axeltryck är förutsättningar som angivits i punkten 1.3 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget och är inget som utvärderas.

Det är korrekt att kommunen svarat att registreringsnummer på det fordon som vinnande leverantör kommer att köpa kommer att delges Frestadius när det är klart. Detta är ovidkommande.

Den vinnande leverantören har intygat att samtliga förutsättningar och villkor godkänns. Vinnande leverantör har också bifogat dokumentet "fordonsklass" till sitt anbud som visar att euro VI kommer att införskaffas för uppdraget, varför inget förtydligande vid utvärderingen har varit nödvändigt. Kommunen har ingen anledning att tro att övriga kontraktsvillkor enligt bilaga 2 i fordonskraven i förfrågningsunderlaget inte kommer att vara uppfyllda. Kommunen har inte heller någon kontrollskyldighet på det sätt som Frestadius anför. Kommunen kommer dock innan avtal tecknas att förvissa sig om att kontraktsvillkoren är uppfyllda.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kra-

ven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår. Detta framgår av 6 kap. 3 § första stycket LOU.

Om en upphandlande myndighet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om

1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som ska upphandlas,
2. kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och
3. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

Den upphandlande myndigheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget men ska godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet. Detta framgår av 6 kap. 7 § och 15 kap. 2 § LOU.

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Huvudfrågorna i målet gäller om kravet på euroklass för de fordon som ska användas i uppdraget varit otydligt och om Frestadius uppfyllt kravet. Vidare har fråga uppkommit om kommunen haft en skyldighet att kontrollera den vinnande anbudsgivarens uppgifter i anbudet.

Kommunen har anfört att Frestadius rätteligen diskvalificerats, att bolaget inte kan komma att lida skada samt att bolaget saknar talerätt då två kvalificerade anbud återstår. Kommunen har också anfört att även om Frestadius skulle ha klarat kravet för euroklass skulle bolaget utvärderats utifrån detta och fått ett minsta påslag med 50 000 kr och ändå förlorat upphandlingen.

Av bestämmelserna ovan följer *dels* att bestämmelse i LOU ska ha överträtts av den upphandlande myndigheten *dels* att leverantören ska ha lidit eller riskerat att lida skada. Det är alltså två krav i lagtexten som måste vara uppfyllda för att det ska finnas anledning att förordna om rättelse eller annan åtgärd i samband med en eventuell överträdelse av LOU. I en upphandling finns det två faser; en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. I den första fasen, kvalificeringsfasen, prövar den upphandlande myndigheten anbudgivarernas lämplighet och i den andra fasen prövar den upphandlande myndigheten först om de obligatoriska kraven avseende tjänsten är uppfyllda för att sedan utvärdera anbuderna utifrån utvärderingskriterierna varvid anbuderna jämförs sinsemellan.

Det i målet aktuella ska-kravet på fordon av visst slag är att hänföra till kvalificeringsfasen, eftersom det avser en resurs (utrustning) som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av uppdraget i fråga (se EU-domstolens dom i mål nr C-532/06, *Lianakis*, p. 31 och 32). En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att en upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Anbudsgivaren kan emellertid riskera att lida skada i det fall att även alla de övriga anbuderna borde ha förkastats (se rättsfallet Kammarrätten i Göteborg mål nr 6928-13).

I förtydligande av anbudet har Frestadius i e-postmeddelande till kommunen den 30 november 2015 uppgett följande.

”Vårt anbud att fortsätta nuvarande transport med idag använda fordon följer förfrågningsunderlaget. Din förfrågan om Euroklass på fordon är besvarad endast som ett förtydligande av anbudet. Tolkningen av lämnat förtydligande av Euroklass med uppgradering är ej med i vårt anbud, vi har endast informerat att fordon kan uppgraderas till Euroklass V.”

Av bilaga 2 Fordonskrav i förfrågningsunderlaget framgår följande.

”Alla tunga fordon som används inom entreprenaden ska minst uppfylla emissionskraven motsvarande minst Euro IV. Minst 50 % av

fordonen som används inom entreprenaden skall uppfylla emissionskraven Euro V.”

I målet är ostridigt att Frestadius använder sig av ett fordon med euroklass III. Enligt förvaltningsrättens mening är det obligatoriska ska-kravet på anbudsgivarens resurser tydligt framställt i bilaga 2 fordonskrav i förfrågningsunderlaget. Trots att Frestadius intygat att bolaget uppfyller samtliga ska-krav enligt punkten 1.6 i ska-kravsformuläret, finner förvaltningsrätten att Frestadius genom senare förtydliganden inte avsett att uppfylla ska-kravet på euroklass avseende fordon. Att det inte gått att fylla i euroklass i anbudsformuläret har enligt kommunens svar i målet inte varit nödvändigt utan det har varit tillräckligt att intyga att anbudsgivaren tagit del av och godkänner förfrågningsunderlaget inklusive bilagor i sin helhet, dvs. ska-kravet i punkten 1.6 i förfrågningsunderlaget. Det Frestadius anfört i denna del utgör därför ingen överträdelse av LOU och det saknas således skäl att ingripa enligt LOU på grund av att det aktuella kravet skulle vara otydligt.

Frågan härfter är om det finns skäl att göra om upphandlingen på grund av att även övriga anbudsgivare och anbud inte heller uppfyllt kraven i upphandlingen. Frestadius har här anfört att vikt och axeltryck på fordon inte kontrollerats trots begränsat tonnage som kan eller får framföras på nuvarande hängbro.

Det finns inte något krav på att samtliga krav i förfrågningsunderlaget ska vara uppfyllda när anbudet senast ska ges in. Det ligger i sakens natur att kommersiella villkor inte alltid behöver vara uppfyllda redan vid anbudsinsgivandet utan att det kan vara tillräckligt att de är uppfyllda först i samband med undertecknande av kontrakt eller till och med en tid in i avtalsperioden. Det är vanligt att det framgår av förfrågningsunderlaget att det är ett obligatoriskt krav att de kommersiella villkoren – oavsett när kraven ska vara uppfyllda – ska godkännas av leverantörer i anbudet (EU-domstolens dom i mål C-234/03 *Contse* p. 42-44, 54-55). Då kommunen angett att vinnande an-

budsgivare intygat att samtliga förutsättningar och villkor godkänns samt bifogat dokumentet "fordonsklass" som visar att euro VI kommer att införskaffas för uppdraget, har det enligt förvaltningsrättens mening, saknats skäl att diskvalificera Allmiljö's anbud på grund av att vikt och axeltryck inte kontrollerats. Det har inte framkommit något i övrigt i målet som visar att den tredje anbudsgivaren, Nordic Moving AB:s, anbud på motsvarande grund borde ha förkastats. Av dessa skäl är det inte av avgörande betydelse för frågan om upphandlingen genomförts i strid med LOU, att kommunen lämnar ut uppgiften om registreringsnummer för det fordon som Allmiljö kommer att köpa. Kommunen har därför rätteligen förkastat Frestadius anbud och bolaget har inte riskerat att lida skada.

Kommunen, som i det aktuella fallet företräts av en upphandlare, har stor frihet att själv avgöra vilka behov som behöver upphandlas och på vilket sätt som det ska ske. Det får därför anses falla inom den upphandlande myndighetens skön att avgöra om startdatum ska anges eller hur avtalet ska utformas. Frågan om vilka miljökrav som en upphandlande myndighet får ställa på fordon prövades redan 2002 av EU-domstolen i avgörandet *Concordia Bus* (se EU-domstolens dom den 17 september 2002 i mål nr C-513/99). Genom förarbetena till LOU framgår också att miljöhänsyn kan beaktas i upphandlingens olika faser (se prop. 2009/10:180 s. 268; prop. 2006/07:128 s. 196 ff.). De krav på euroklass kommunen ställt har skett inom ramen för en upphandling. Frestadius har anfört att det saknas något kommunalt beslut som anger vilka krav som ska gälla. Då frågan faller under upphandlingslagstiftningen är inte kommunallagen tillämplig (jfr 16 kap. 19 § LOU; se även prop. 1992/93:88 s. 48).

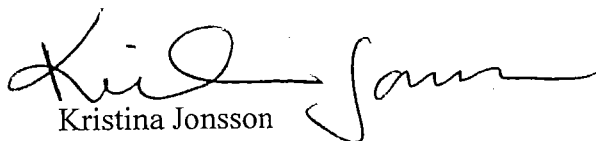
Frestadius har anfört att det uppdrag som bolaget haft sedan 1970 inte är uppsagt och anfört synpunkter på hur det befintliga avtalsförhållandet mellan Frestadius och kommunen ska uppfattas. Förvaltningsrätten finner att denna fråga faller utanför prövningsramen för den nu överprövade upphand-

lingen. Frågor av avtalsrättslig och civilrättslig karaktär som har samband med parternas avtalsförhållande handläggs av allmän domstol.

Det bolaget anført i övrigt om att kommunens eget fordon saknar euroklass saknar relevans i förhållande till den nu överprövade upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att miljökravet på fordon varit tydligt, att Frestadius anbud rätteligen förkastats och att det, utifrån det som framkommit i målet, saknats skäl att förkasta övriga anbud. Frestadius har därför inte lidit skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kristina Jonsson

t.f. rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.