



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-01-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21736-11
Enhet 13

1

SÖKANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

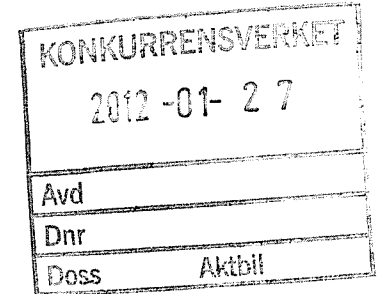
MOTPART

Värmdö kommun, 212000-0035
Ekonomi- och upphandlingsavdelningen

Ombud: Advokat Eric Ericsson
Eric Ericsson Advokat AB
Strandvägen 7A
114 56 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut 2011-10-31 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 186650

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND M.M.

Värmdö kommun har genomfört en upphandling av avfallshämtning i Värmdö kommun 2012-04-01 – 2017-09-30, dnr. 10 STN/0355-560F1 och 10 STN/0355-560F2. Upphandlingen har genomförts som en upphandling med öppet förfarande enligt LOU och tillämpad grund för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I tilldelningsbeslut den 19 oktober 2011 antog Värmdö kommun anbud från RenoNorden AB (RenoNorden).

YRKANDEN

SITA Sverige AB (SITA) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Värmdö kommuns upphandling av avfallshämtning, dnr 10 STN/0355-560, avseende Entreprenad 2 ska rättas eller, alternativt, göras om. Vad gäller yrkandet om rättelse begärs att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning bestämmer att upphandlingen får avslutas först efter det att Värmdö kommun har förkastat RenoNordens anbud i upphandlingen.

Värmdö kommun bestrider bifall till SITA:s ansökan.

Förvaltningsrätten beslutade den 31 oktober 2011 att Värmdö kommun inte får ingå avtal i upphandlingen avseende Entreprenad 2 innan något annat har bestämts.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

SITA har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Värmdö kommun har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU.

Krav på erbjuden färja i punkt 5.10.7 i förfrågningsunderlaget

Ska-kravet, som är både tydligt och självklart, innebär att de färjetransporter som omfattas av Entreprenad 2, ska utföras med en färja som har möjlighet att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd. Anbud som innebär att offererad färja inte klarar av att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd är orena och måste förkastas (se Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 4064-10 och 5932-09, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5078-10 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2682-09). Av RenoNordens anbud framgår att RenoNorden avser att använda färjan Isabella vid genomförandet. Färjan Isabella klarar emellertid inte i sitt nuvarande skick att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd.

Värmdö kommun anger i yttrande att ska-kravet gäller fr.o.m. uppdragsstarten och inte vid tillfället för anbudslämnandet. Detta är en felaktig utgångspunkt vid anbudsutvärderingen som inte finner stöd i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna måste självfallet redan genom sina anbud förmå visa att det ifrågavarande ska-kravet är uppfyllt.

Tidpunkten för när obligatoriska krav ska vara uppfyllda är alltid vid anbudstillfället, eftersom en av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen (se RÅ 2009 ref. 69 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2449-10). Det betyder inte att RenoNorden vid anbudstillfället måste äga en färja som överensstämmer med de tekniska specifikationerna. Ett sådant krav på ägande vore oproportionerligt. För att RenoNordens anbud ska uppfylla det aktuella kravet i upphandlingen krävs dock att det entydigt framgår av anbudet att de färjetransporter som omfattas av upphandlingen kommer att utföras med en färja som har möjlighet att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd.

Det anbud som RenoNorden ingav innan anbudstidens utgång innehöll både en redogörelse för att det var färjan Isabella som skulle utföra transporterna och ett uttalande om att färjan har möjlighet att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd. Eftersom färjan Isabella, ostridigt, inte har krävd kapacitet, framgick det inte av RenoNordens anbud att det aktuella kravet var uppfyllt. På grund härav har det, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, ålegat Värmdö kommun att förkasta RenoNordens anbud.

Begäran om förtydligande

Värmdö kommun har både genom en begäran om förtydligande och i själva meddelandet om tilldelningsbeslut uppmärksammat RenoNorden på det faktum att Isabella inte uppfyller aktuellt ska-krav. I svar av den 14 september 2011 på begäran om förtydligande angav RenoNorden följande. ”Fartyget Isabella används idag för det aktuella uppdraget och fungerar enligt vår mening på ett ändamålsenligt sätt. Vi har noterat de krav som ställs i FU pkt. 5.7.9 och 5.10 och har därför för avsikt att företa en mindre ombyggnad av fartyget för att detta skall uppfylla kravet på 2*2 600 mm bredd. Således är vi av den uppfattningen att Isabella uppfyller de krav som framkommer i FU. Om det visar sig att så ej är fallet kommer vi självklart att ersätta Isabella med annat fartyg som uppfyller nämnda krav.” RenoNordens ursprungliga anbud innehåller ingen information om att bolaget avser, att företa en ombyggnad av Isabella och först därigenom uppfylla aktuellt ska-krav. Den sista meningen i RenoNordens svar innebär dessutom att RenoNorden efter att anbudet lämnats in reserverat sig rätten att eventuellt ersätta Isabella med ett annat fartyg som uppfyller nämnda krav. Tillägget och reservationen kan inte ses som någonting annat än en otillåten ändring av anbudet. Det senare innehållet i RenoNordens anbud har tillkommit efter det att anbudstiden löpt ut, varför Värmdö kommuns accept av RenoNordens ändrade anbud står i strid med likabehandlingsprincipen.

Det är knappast trovärdigt att RenoNordens svar på Värmdö kommuns begäran om förtydligande saknat betydelse för tilldelningsbeslutet, eftersom det är ostridigt att fartyget Isabella inte uppfyller det i målet aktuella ska-kravet. Av praxis följer att ett förtydligande inte får medföra att det anbud som läggs till grund för anbudsutvärderingen skiljer sig i sak från det som lämnades inom anbudstiden (se Hovrättens över Skåne och Bleking dom i mål nr T 887-06 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 270-07). Av EU-domstolens dom i mål C-87/94, Wallonska bussarna, följer att det är ett brott mot såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen om anbud avviker från anbudsinbjudan och om upphandlande myndigheter tar hänsyn till ny information efter anbudsöppningen. Även av kammarrättspraxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att förtydliga eller komplettera anbudet med uppgifter som erfordras för att samtliga obligatoriska krav ska anses uppfyllda (t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2147-11).

Villkorandet av tilldelningsbeslutet

Det är inte heller förenligt med likabehandlingsprincipen att tilldela kontraktet till RenoNorden och samtidigt villkora meddelandet om tilldelningsbeslut med att RenoNorden måste ta fram en handlingsplan för hur RenoNorden avser uppfylla ett av ska-kraven i upphandlingen. EU-domstolen har i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom uttalat att likabehandlingsprincipen enligt fast rättspraxis innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika. Konsekvensen av att ingå avtal med en anbudsgivare, vars ursprungliga anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, eller som kan anteciperas bryta mot kontraktsvillkor som implementerar det obligatoriska kravet, blir att en otillåten direktupphandling kommer till stånd eftersom situationen kan likställas med att den upphandlande myndigheten frångår det obligato-

riska kravet.

Skada

Som en följd av att Värmdö kommun brustit i sina förpliktelser enligt LOU och EU-rätten har SITA lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU.

Värmdö kommun har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts enligt såväl reglerna i LOU som bakomliggande EU-rätt. Någon olikabehandling eller bristande transparens har inte förekommit.

Krav på erbjuden färja i punkt 5.10.7 i förfrågningsunderlaget

Det är korrekt att förfrågningsunderlaget i punkt 5.10.7 innehåller kravet på färjans kapacitet. Kravet avser emellertid färjans kapacitet vid den tidpunkt då det aktuella uppdraget ska utföras. Uppdraget kommer att inledas den 1 april 2012, vilket framgår av punkt 1.3.2 i förfrågningsunderlaget. Att det nämnda ska-kravet gäller fr.o.m. uppdragsstarten och inte vid tillfället för anbudslämnandet följer redan av det tempus med vilket ska-kravet är formulerat: "Färjan ska ha möjlighet att...". Det sagda framgår även av formuleringen i förfrågningsunderlagets beskrivning av anbudsutvärderingen, punkt 3.3 Utvärdering av anbud, Allmänt, där det anges att för att kunna utvärderas gäller att anbudsgivaren har blivit kvalificerad och att kraven på tjänsten bedöms kunna uppfyllas. Till detta kommer att det av lätt insedda skäl vore meningslöst och således inte sakligt att kräva att färjan har viss kapacitet redan vid anbudslämnandet, när uppdraget inleds först sju månader senare.

Det framgår av förfrågningsunderlaget, punkt 5.1, att det aktuella kravet ska vara uppfyllt "vid entreprenadens start". Det är mot förfrågningsun-

derlagets krav som anbuden ska prövas. Det finns således ingen grund för påståendet att det ska-krav som är ifråga skulle vara uppfyllt redan vid anbudstillfället.

Begäran om förtydligande

Det förtydligande som kommunen begärde av RenoNorden avseende färjans kapacitet syftade till att erhålla ett bättre underlag för en kontroll av den information som lämnats. RenoNordens anbud innehöll (i genomförandebeskrivningen) dock redan den erforderliga bekräftelsen på att anbudet kommer att uppfylla samtliga ska-krav vid uppdragets inledande. Att kommunen fick klarhet i på vilket sätt detta kommer att ske beträffande färjans kapacitet var därför i sig inte något nödvändigt moment i upphandlingen och hade inte heller avgörande betydelse för tilldelningsbeslutet. Det förtydligande som RenoNorden lämnade innehåller vidare inte något som kan uppfattas som ett tillägg eller en reservation. Det är endast en förtydligad beskrivning av det sätt på vilket RenoNorden avser att uppfylla ska-kravet. Det ska därvid särskilt noteras att det inte är ett ska-krav att just färjan "Isabella" ska användas. Om RenoNorden väljer att använda en annan färja så påverkar detta inte kravuppfyllelsen så länge kapacitetskravet är uppfyllt.

RenoNorden, som fått tillfälle till yttrande i målet, yrkar att ansökan avslås och anför i huvudsak följande.

Det av SITA åberopade kravet i förfrågningsunderlagets punkt 5.10.7 kan inte medföra att anbudet förkastas, eftersom tidpunkten för kravets uppfyllande är entreprenadens start den 1 april 2012. För det andra uppfyller RenoNorden kravet. I det fall förvaltningsrätten skulle finna att kravet i enlighet med punkt 5.10.7 i förfrågningsunderlaget innebär krav på innehav av färja med dessa specifikationer redan vid anbudstidens utgång görs gällande att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Krav på erbjuden färja i punkt 5.10.7 i förfrågningsunderlaget

I det aktuella förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges under punkt 5.1 som allmänt krav. "Vid entreprenadens start ska alla krav under kap 5 vara uppfylla eller kunna uppfyllas." Ovanstående innebär att det klargjorts i förfrågningsunderlaget att kravet ska vara uppfyllt eller kunna uppfyllas först vid entreprenadens start den 1 april 2012. Det av SITA åberopade kravet utgör alltså inte ett sådant krav som kan medföra att ett anbud förkastas, utan i stället är det fråga om ett kontraktsvillkor. Kapitel 5 i förfrågningsunderlaget utgörs av kravspecifikationen. De krav som anges däri hänför sig till själva uppdragets utförande, alltså kontraktsvillkor. Det förhållandet att Värmdö kommun uttryckligen angivit att tidpunkten för uppfyllandet av dessa krav är bestämd till "entreprenadens start" är helt i överensstämmelse med den grundläggande proportionalitetsprincipen, vilket även klargjorts av EU-domstolen i mål nr C-234/03 (Contse), se bl.a. pp 42-46 och 54-55.

Att det är fråga om ett kontraktsvillkor framgår även av vad som anges i kap. 6 i förfrågningsunderlaget "Avtalsvillkor – kommersiella villkor", där det i punkt 6.2.7 som exempel på när beställaren kan ta ut vite nämns, se bilaga 2: "Entreprenören använder fordon som inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav." RenoNorden har i bilaga 5F i anbudet klart och tydligt angivit att den färja som kommer att ingå i fordonsparken kommer att uppfylla de specifikationer som följer av förfrågningsunderlagets punkt 5.10.7 vad gäller dimensioner, ombordvarande containrar och utensilier, målmaterialspektrum etc. När det gäller fordon finns i det aktuella förfrågningsunderlaget inga krav på redovisning av specifika fordon, utan det som skulle redovisas i genomförandebeskrivningen är: "Hur många och vilken typ/funktion av fordon kommer att användas vid utförandet av uppdraget? Ange även eventuella reservfordon." Det är visserligen korrekt, som SITA anger, att RenoNorden i sitt anbud omnämnt det specifika

fartyget som idag används för uppdraget (Isabella) som en möjlig materiell resurs, men att detta förutsätter att fartyget kan bringas i överensstämmelse med den angivna normen. Genom sitt kompletterande svar till Värmdö kommun har RenoNorden endast bekräftat att åtagandet innebär att det inte föreligger någon bundenhet till det specifika fartyget Isabella, utan att alternativa materiella resurser kommer att tillhandahållas om det blir nödvändigt. RenoNorden har således i sitt anbud klargjort att färja som uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav kommer att tillhandahållas vid entreprenadens start den 1 april 2012.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. 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.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlade myndigheten inom ramen för upphandlingen åsidosatt eller brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det är vad sökanden anför som är avgörande för prövningen. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att sökanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

SITA gör gällande att RenoNorden inte uppfyller det i förfrågningsunderlagets punkt 5.10.7 angivna ska-kravet att "Färjan ska ha möjlighet att lasta 2st containers 2,600 mm i bredd".

Tidpunkten för när ska-kravet i punkt 5.10.7 ska vara uppfyllt är vid entreprenadens start(se förfrågningsunderlagets punkt 5.1 allmänna krav).

RenoNorden har uppgett att en färja enligt specifikationerna i punkt 5.10.7 förfrågningsunderlaget kommer användas (anbudsbilaga 5F) och att färjan Isabella kommer användas (anbudsbilaga 5D).

SITA menar att RenoNordens anbud innehåller såväl en redogörelse för att det är färjan Isabella som ska utföra transporterna som ett uttalande om att färjan har möjlighet att lasta två stycken 2 600 mm containrar i bredd och att bolaget genom att ange att färjan Isabella kommer att användas har visat att man inte har den kapacitet som krävs.

I målet är ostridigt att färjan Isabella vid tiden för anbudet inte hade den kapacitet som krävs. Frågan i målet då är om den omständigheten att RenoNorden i sitt anbud angett att färjan Isabella kommer användas också innebär att ska-kravet inte är uppfyllt vid entreprenadens start.

Uppgiften i anbudet om att färjan Isabella kommer användas har inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Där har inte heller angetts att anbudsgivarna i anbudet ska visa *hur* kravet ska vara uppfyllt. Rätten

finner därmed att det inte kan anses vara ett krav att RenoNorden redan i anbudet skulle uppge att man planerade att bygga om färjan Isabella innan entreprenadens start eller att man - om detta inte var möjligt – skulle använda en annan färja. SITA har enligt rättens bedömning inte visat att RenoNorden i sitt anbud lämnat sådana uppgifter att ska-kravet i 5.10.7 inte skulle kunna vara uppfyllt vid tidpunkten för entreprenadens start. SITA har inte heller på annat sätt visat att RenoNorden inte skulle kunna uppfylla detta krav. RenoNordens anbud uppfyller således det i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kravet i punkt 5.10.7.

Eftersom ska-kravet avseende färjans kapacitet således anses uppfyllt redan genom vad som anges i anbudet, kan bolagets svar på Värmdö kommuns fråga den 14 september 2011 inte innebära någon otillåten ändring av anbudet. Inte heller kan det anses strida mot principerna om likabehandling och transparens att villkora tilldelningsbeslutet på det sätt som Värmdö kommun gjort.

Med hänsyn till det anförda finner förvaltningsrätten att de krav som uppställs i LOU eller som följer av gemenskapsrättsliga principer inte har åsidosatts. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU på de av SITA anförda grunderna. SITA:s ansökan ska avslås.

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

Madeleine Benndorf
Rådman

Föredragande har varit Johanna Isaksson Norlén.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU