



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-02-08
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
12347-15

SÖKANDE

EKAB Recycling AB, 556380-5257
Box 6
721 03 Västerås

MOTPART

Halmstad Energi och Miljö AB, 556528-3248
Box 31
301 02 Halmstad

Ombud: Kommunjurist Mats Wallmark
Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016 -02- 0 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 379923

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstad Energi och Miljö AB (HEM) genomför en upphandling av Krossning, balning och hantering av avfall, dnr HEM 2015/0154. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU.

Av tilldelningsbeslut den 17 november 2015 framgår bl.a. följande. Tre anbud har inkommit under anbudstiden, varav ett från EKAB Recycling AB (EKAB). Samtliga anbud har bedömts uppfylla de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Vid utvärdering har EKABs anbud fått lägst utvärderingssumma. Anbudet från EKAB har dock inte bedömts uppfylla kraven i leverantörsprövningen då angiven referens inte uppfyller kravet på liknande art och omfattning. En annan anbudsgivare, som bedömts uppfylla samtliga krav vid leverantörsprövningen, har vunnit upphandlingen med motiveringen att dess anbud varit det mest fördelaktiga.

YRKANDEN M.M.

EKAB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att EKABs anbud utvärderas och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas genom vilket EKAB tilldelas kontraktet. EKAB anför i huvudsak följande.

Bedömningen av EKABs referensuppdrag

HEM har bedömt att EKAB inte uppfyller leverantörsprövningens krav på referensuppdrag. Det strider dock mot likabehandlingsprincipen. EKAB har i anbudet angett ett referensuppdrag som till art och omfattning liknar det som efterfrågats. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att varje delmoment i anbudet ska vara styrkt med referens.

Vid referensinhämtningen framkom att EKAB krossar och hanterar avfall samt krossar och tillhandahåller flis för inmatning i värmepanna och att mottagningservice sker med hjullastare. Det framkom även att referens-

uppdraget inte varit av liten omfattning. Den enda uppgift som referenten inte angett är balning.

Den 11 november 2015 kontaktade HEMs upphandlare referenten för frågor. I telefonsamtal den 16 november 2015 kom det fram att uppdraget omfattade krossning och hantering av avfall med hjullastare. Av e-post-meddelande samma dag framgår att den ekonomiska omfattningen av referensuppdraget inte togs upp under samtalet. HEM lämnade inte någon svarsfrist för referenten utan meddelade tilldelningsbeslut redan nästa dag. När referenten återkom till HEM den 19 november 2015 var tilldelningsbeslutet alltså redan fattat. HEM har alltför snabbt tilldelat kontraktet innan referenten lämnat skriftliga uppgifter. Att inte ställa upp svarsfrist och att inte beakta vad som kommit fram vid referensinhämtningen strider mot likabehandlingsprincipen.

Utformningen av kravet på referens

Kravet i förfrågningsunderlagets punkt 4.1.6 står i strid med transparensprincipen. Normalt utförs krossning, balning och mottagning av avfall med hjullastare av olika entreprenörer. Flera entreprenörer i branschen har därför erfarenhet från samtliga delmoment, men inte hos samma uppdragsgivare. Genom att kräva endast en referens har HEM begränsat möjligheterna för att bevisa teknisk och yrkesmässig kapacitet. Dessutom borde det ha tydliggjorts i förfrågningsunderlaget om referensuppdraget skulle avse samtliga arbetsmoment som kan bli aktuella. Den referens som EKAB lämnat räcker för huvuddelen av det upphandlade uppdraget. EKAB skulle kunna ha lämnat fler referenser för varje moment.

Vidare missgynnas EKAB av kravets utformning. Det ska inte vara lättare för ett nystartat bolag utan referenser att tilldelas kontrakt än för ett bolag som har lång och gedigen erfarenhet. Av uppgifterna som lämnats i anbudet framgår att bolaget och dess personal har tillräcklig yrkesmässig och teknisk

kompetens. Det har HEM dock helt förbisett. Kompetensen hade dock varit till fyllest om bolaget varit nystartat.

Skada

EKABs anbud skulle ha tilldelats kontraktet såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga eftersom det är lägre än det vinnande anbudet. EKAB har därför lidit skada.

HEM anför följande. *HEM* kan varken bestrida eller vitsorda EKABs talan. *HEM* har inte iakttagit referenssvaret som inkom efter tilldelningsbeslutet skickats ut. I övrigt finns inget att vidareutveckla i målet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får

också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

1. Allmän orientering

...

1.1.2. Orientering

Upphandlingen omfattar krossning, balning och mottagningservice (hjullastare) av avfall på HEMs anläggningar

...

4. Kontroll av leverantörers lämplighet

...

4.1.6 Teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser

Anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren (från sista anbudsdag). Detta ska styrkas med i anbudet angiven kundreferens (1 st) med kontaktperson, telefonnummer och e-post samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget. Kontaktpersonen ska ha kunskap om och kunna bekräfta att uppdraget genomförts så som det angetts i beskrivningen.

...

En anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag, exempelvis på grund av att

verksamheten är nystartad, ska på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet.

...

HEM förbehåller sig rätten att bedöma om angivet referensuppdrag är likvärdigt eller inte.

...

I tilldelningsbeslutet anges bl.a. följande.

7. Leverantörsprövning

...

Anbudet från EKAB uppfyller inte ett av kraven som ställts i leverantörsprövningen. Den av anbudsgivaren angivna referensen uppfyller inte kravet på liknande art och omfattning. "Att förse flispanna med bränsleflis" går varken i omfattning eller i art att likställa med krossning, balning och hantering av avfall enligt beskrivningen av uppdraget i förfrågningsunderlaget.

I EKABs anbud anges bl.a. följande.

4.1.6 Teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser

...

Referensuppdrag 1: beskrivning av uppdraget

EKAB har arbetat med krossning sedan starten på 1980-talet. EKAB har personal och ledning som har lång erfarenhet av krossningsuppdrag. EKAB har bl.a. tidigare arbetat med krossning för HEMs räkning. Beskrivning av referensuppdrag: Att förse flispanna med bränsleflis.

Förvaltningsrättens bedömning

EKAB har i ansökan om överprövning invänt mot dels HEMs bedömning av den referens som EKAB lämnat enligt förfrågningsunderlagets punkt 4.1.6, dels utformningen av samma kvalificeringskrav. Vad förvaltningsrätten ska pröva är om det mot bakgrund av vad EKAB har anfört finns skäl för att ingripa mot upphandlingen enligt LOU.

Bedömningen av EKABs referens

EKAB har anfört att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att varje delmoment som anbudet omfattar ska vara styrkt med referens, utan menar att det referensuppdrag som bolaget angett motsvarar kravet på uppdrag av liknande art och omfattning. Vidare har EKAB i sitt anbud uppgett att bolaget och dess personal har erfarenhet av krossning. I anbudet har angetts

att referensuppdraget avsett att förse flispanna med bränsleflis. I den dokumentation som finns i målet avseende referensinhämtning anges endast att referensuppdraget bestått av att förse en bränslepanna med flis. I ansökan om överprövning har EKAB anfört att referenten vid HEMs referensinhämtning per telefon uppgett att referensuppdraget omfattade krossning och hantering av avfall med hjullastare.

I förfrågningsunderlaget (punkt 1.1.2) anges att det aktuella upphandlingsuppdraget omfattar såväl krossning och balning som mottagningservice av avfall. Med utgångspunkt i det anser förvaltningsrätten att EKAB inte har visat att HEM inte har haft skäl för att inte jämställa referensuppdraget med det aktuella upphandlingsuppdraget. Därmed anser förvaltningsrätten att HEM har haft skäl för att bedöma att EKAB genom sitt anbud inte uppfyllt det aktuella kvalificeringskravet.

Vidare har EKAB anfört att HEM genomfört referensinhämtningen felaktigt genom att efter telefonsamtalet med EKABs referent inte lämna ytterligare svarsfrist. Förvaltningsrätten menar dock att endast uppgifter som kommit fram i anbudet vid anbudsutvärderingen kan ligga till grund för bedömningen av referenser. En anbudsgivare kan inte på eget initiativ komplettera eller förtydliga sitt anbud efter anbudstidens utgång. De svar som en referent lämnar till upphandlande myndighet ingår som en del i anbudet (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 februari 2015 i mål nr 6249-14). Mot bakgrund av det och att en upphandlande myndighet enligt 9 kap. 8 § LOU får men inte är skyldig att begära kompletteringar anser förvaltningsrätten att EKAB inte visat HEM vid referensinhämtningen agerat i strid med de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU.

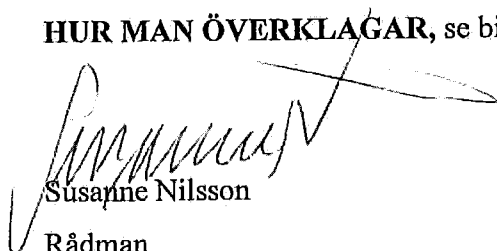
Utformningen av kvalificeringskravet

Av förfrågningsunderlagets punkt 4.1.6 framgår att anbudsgivaren ska styrka erfarenhet av tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning

med en kundreferens. Förvaltningsrätten noterar i denna del att det inte kommit fram annat än att upphandlingens två andra anbudsgivare uppfyllt kravet. Vidare anges i förfrågningsunderlaget (punkt 4.1.6) att en anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag på annat sätt än genom en referens kan visa att kravet är uppfyllt. Det kan inte utläsas annat än att nystartade verksamheter endast anges som exempel i detta sammanhang. Med hänsyn till det och vad EKAB har anfört anser förvaltningsrätten att det inte är visat att utformningen av kvalificeringskravet i 4.1.6 kan anses vara diskriminerande eller på annat sätt strida mot de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt LOU eftersom EKAB inte visat att HEM vid leverantörsprövningen eller vid utformningen av det aktuella kravet på en referens kan anses ha agerat i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU. Ansökan ska därmed avslås.

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



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Åsa Wallin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrätten 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 kamrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrätten 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 kamrätten 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 kamrätten.

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.

