



**SÖKANDE**

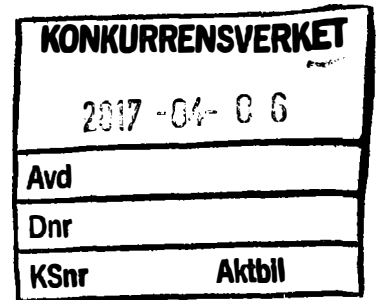
Ekokem AB, 556129-9537

Ombud: Patricia Lehman  
Legal Counsel Fortum Corporations/Corporate Legal Affairs  
Hangövägen 19  
115 77 Stockholm

**MOTPART**

Norrtälje kommun

Ombud: Henning Richardsson  
Norrtälje kommun  
Box 800  
761 28 Norrtälje



**SAKEN**

Överprövning enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, koncessionsdirektivet

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 22 december 2016 upphör därmed att gälla.

## BAKGRUND

Norrtälje kommun (kommunen) genomförde en upphandling av en tjänstekoncession gällande sluttäckning av Björkholmens deponi (dnr KLMN 16-602). I utvärderingsrapport den 29 november 2016 föreslogs att European Wenture Group AB (EWG) tilldelas uppdraget. Ekokem AB (bolaget) kom efter utvärderingen på andra plats.

## YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att tilldelningsbeslutet ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunen har inte meddelat ett korrekt tilldelningsbeslut avseende upphandlingen då detta saknat en tydligt angiven avtalsspärr. Det följer av artikel 46 i koncessionsdirektivet att en avtalsspärr ska anges. För det fall en avtalsspärr saknas ska en upphandlande myndighet meddela ett nytt tilldelningsbeslut med angivande av en avtalsspärr som börjar löpa dagen efter att det nya beslutet har meddelats. Avtalsspärren ska löpa i tio eller femton dagar. Direktivet har från den 18 april 2016 direkt effekt för koncessioner till ett värde överstigande EU:s tröskelvärde.

Värdet av den aktuella upphandlingen uppskattas till cirka 52 55 miljoner kronor för den totala kontraktstiden. Detta värde överstiger koncessionsdirektivets tröskelvärde om 5 225 000 euro.

Bolaget har även upptäckt andra felaktigheter och brister i upphandlingen, framförallt gällande utvärderingen.

**Kommunen** bestrider bolagets talan och yrkar i första hand att ansökan ska avvisas. I andra hand yrkar kommunen att ansökan ska avslås. Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak följande. Kommunen beslutade redan under år 2015 att ta kontakt med entreprenören MEWAB AB (Mewab) i syfte att undersöka möjligheterna att genomföra projektet som en

tjänstekoncession. En aktiv dialog fördes med Mewab gällande bl.a. kostnad och ersättningsformer. Kommunen beslutade sig sedan för att undersöka marknaden och istället för att direkttilldela tjänstekoncessionen valde man att genomföra ett annonserat förfarande enligt reglerna för ett selektivt förfarande. Upphandlingen påbörjades således under år 2015.

I den kalkyl som tagits fram av kommunen, och som bl.a. baserats på uppgifter från den ursprungligen tilltänkta leverantören samt andra kommuner som genomfört liknande projekt, har värdet beräknats till cirka 26 miljoner kronor varav leverantören i sin tur betalar 7 miljoner kronor till kommunen i koncessionsavgift under hela avtalstiden.

Det är ostridigt att koncessionsdirektivets regler om avtalsspärr, förlängd avtalsspärr och ogiltighet har direkt effekt på sådana upphandlingar som omfattas av direktivet. Den aktuella upphandlingen omfattas dock inte av direktivet då den dels inletts innan den 18 april 2016 och dels då dess värde understiger direktivets tröskelvärde. Tjänstekoncessioner kan utöver direktivet inte överprövas.

För det fall upphandlingen omfattas av koncessionsdirektivet har inte bolaget lidit någon skada av att avtalsspärr inte har iakttagits eftersom kommunen vid tidpunkten för ansökan om överprövning ännu inte hade tecknat avtal med den vinnande leverantören. Bolaget har således inte förhindrats att tillvarata sina rättigheter. Kommunen bestrider att något fel skulle ha begåtts avseende upphandlingen eller utvärderingen.

**Bolaget** yrkar i genmäle att upphandlingen ska rättas på så sätt att EWG:s anbud inte ska utvärderas då dess referenser samt erfarenhet och kompetenser inte uppfyller ställda krav i upphandlingen. Bolaget bestrider att det krävs påvisad skada för att rätta den felaktigt angivna avtalsspärren. Regeln är en procedurregel som upphandlande myndighet alltid har att följa oavsett om en leverantör lider skada av att regeln följs eller inte. Om skada krävs har bolaget riskerat att lida sådan skada då kommunen har haft möjlighet att

ingå avtal direkt med vinnande anbudsgivare utan att iaktta bolagets rätt till överprövning av upphandlingen. Bolaget har i vart fall inte kunnat tillvarata sina rättigheter fullt ut då det varit otydligt att upphandlingen eventuellt omfattas av reglerna om överprövning.

Bolaget bestriider att de kontakter som kommunen haft med Mewab under hösten år 2015 skulle utgöra starten för den upphandling som kom att annonseras i e-avrop i september 2016. Av det underlag kommunen lämnat in framgår visserligen att diskussioner har förts angående val av form för utförande av sluttäckning av Björkholmens deponi. Det framgår dock inte hur arbetet ska genomföras, dvs. det skulle likväl kunna vara en otillåten direkttilldelning av ett uppdrag till Mewab som en påbörjad tjänstekoncession. Protokoll från den 15 april 2016, som får antas ha lämnats in till styrkande av att det var en tjänstekoncession som diskuterades, avser ett helt annat projekt, i vart fall kan inte bolaget se kopplingen till aktuell upphandling. Även om det var Björkholmen som diskuterades så utgör inte mötesanteckningarna ett sådant stadium i upphandlingen som kan bli föremål för överprövning, utan dessa är enbart kommunens interna överväganden. Kommunen hade således inte valt förfarande för upphandlingen under hösten 2015. Den avgörande tidpunkten för upphandlingens inledande är då ett beslut om upphandlingen har kommunicerats externt. Detta får anses vara när koncessionen annonserades, dvs. den 27 september 2016. Det är även troligt att kommunen valt att invänta Länsstyrelsen i Stockholms beslut den 4 juli 2016 om sluttäckning av Björkholmen innan kommunen bestämde sig för att externt kommunicera sin intention om en konkurrensutsatt tjänstekoncession.

Bolaget vidhåller att värdet av upphandlingen uppskattas till mellan 52 och 55 miljoner kronor för den totala kontraktstiden om cirka fyra år. Bolaget har vid beräkningen av värdet beaktat att Björkholmen är en gammal deponi som inte är sluttäckt. Vid sluttäckningen måste entreprenören rätta till slänter och fördela om material vilket innebär att mer material

måste placeras på deponin, s.k. terrassering. Vid utförandet av denna terrassering finns möjlighet för entreprenören att tjäna pengar på mottagande av tredje parts deponimaterial. Storleken på förtjänsten beror på hur mycket deponimaterial som kan påföras och vilken typ av deponimaterial som påförs. Bolaget har utgått från kunder som bolaget kan tänkas attrahera samt ett ungefärligt marknadspris för denna tjänst i Stockholmsregionen. Det är först när en leverantör av sluttäckningstjänster har ingått ett avtal med kommunen som det verkliga priset kan fastställas. Detta pris påverkas av volym, typ av avfall, transportavstånd, konkurrerande alternativ m.m. Bolagets prissättning bygger på en uppskattning med dessa variabler i beaktande. Bolagets uppskattning av volymen är rimligt avvägd och inte på något sätt i strid med beslutet från länsstyrelsen. Bolaget ifrågasätter kommunens uppskattning av mängden deponimaterial och deponimaterialets densitet.

Enligt ska-krav 1.5 ska en företagspresentation lämnas. Företagspresentationen ska minst innehålla en beskrivning av organisationen för utförande i koncessionen och en beskrivning av personalens erfarenhet och kompetens. EWG:s företagspresentation innehåller även CV:n för den personal som får antas bli involverad i uppdraget. Personalen utgörs av antingen ägarna eller av säljare. Ingen av de anställda förefaller ha en utförande roll eller ha erfarenhet och kompetens av sluttäckning specifikt. Endast ett CV har getts in som kan kopplas till aktuellt uppdrag och detta CV avser en konsult som framförallt ägnar sig åt marknadsundersökningar. Tre referensjobb finns avseende deponier som visar på att i vart fall konsulten har erfarenhet av det uppdrag som ska utföras. Det är för bolaget oklart om ingivna CV:n kan anses styrka att tillräckliga resurser finns för att utföra det aktuella uppdraget. EWG:s företagspresentation saknar en beskrivning av den organisation som är tänkt att utföra koncessionen. Ska-krav 1.5 är ett minimikrav eftersom företagspresentationen "minst" ska omfatta en allmän företagspresentation, beskrivning av organisationen för utförande av koncessionen och beskrivning av personalens erfarenhet och kompetens. EWG:s anbud uppfyller inte kravet och skulle således inte ha tagits med i utvärderingen.

EWG har i företagspresentationen framförallt framhållit sin kompetens och erfarenhet inom marksanering, inte sluttäckning av deponier. Enligt ska-krav 1.7 ska anbudssökanden ha utfört minst tre stycken liknande uppdrag av motsvarande omfattning. De uppdrag EWG har åberopat är sluttäckning Korshult Åtvidabergs kommun, sluttäckning Sjömansäng Finspångs kommun och sluttäckning/drift av deponi Miljöbolaget i Svealand AB. Referensen för Åtvidabergs kommun saknar närmare uppgift om tjänstens omfattning och referenspersonen som angetts, [REDACTED], är inte anställd av Åtvidabergs kommun utan en konsult med oklar roll. Referensen för Finspångs kommun avser en upphandling som vanns av HSJ Golfanläggningar AB. HSJ Golfanläggningar AB hyrde visserligen in ett par anläggare anställda hos EWG men dessa var inte personer i ledande positioner. Referent är även för detta uppdrag [REDACTED] trots att hon inte står omnämnd i upphandlingsunderlaget som kontaktperson, projektledare eller dylikt. Referensen för Miljöbolaget i Svealand AB avser arbete på EWG:s egen, genom det helägda dotterbolaget Miljöbolaget i Storfors AB:s, deponi i Storfors. Det framgår dock inte om sluttäckning har skett på deponin i Storfors eller om det är allmän erfarenhet av den verksamhet som utförs av detta bolag som avses. Referenserna ska enligt kravet vara av motsvarande omfattning och måste därför avse sluttäckning och alla dess ingående delar. Det arbete som EWG utfört åt Åtvidabergs och Finspångs kommuner har varit underentreprenöruppdrag i vilka EWG enbart utfört delar av en sluttäckning. Ingen av de tre referenserna EWG angett är korrekt eller trovärdig. Företagspresentationen uppfyller således inte uppställda ska-krav och det har varit i strid med likabehandlingsprincipen att godta referenserna då övriga anbudsgivare inte har haft samma möjlighet att lämna referenser på enbart vissa moment av en sluttäckning.

Av ska-krav 1.8 framgår att anbudssökanden ska redovisa minst en referens för ansvarig platschef avseende liknande arbeten/projekt som ska finnas på arbetsplatsen. EWG har angett [REDACTED], VD på Storfors deponi

som platschef. Storfors ligger cirka 30 mil från Björkholmen och bolaget ifrågasätter om [REDACTED] faktiskt kommer att finnas på plats. Enligt kravet ska det anges en kortfattad beskrivning av arbetena/projekten samt personens roll i projekten. Inget av detta framgår av EWG:s referensbilaga. Därutöver har [REDACTED] angetts som referensperson till [REDACTED]. [REDACTED] är anställd på Miljöbolaget och direkt underställd [REDACTED]. Detta kan inte anses vara korrekt eller lämpligt. EWG uppfyller således inte kravet.

För det fall att fler än tre anbudssökanden bedöms kvalificerade kommer enligt punkt 2.7 i inbjudan till anbudsansökan ett urval att ske baserat på erfarenhet och kompetens hos de som ska vara ansvariga för och arbeta i koncessionen. Det är således tydligt att angivande av referenser är en viktig och avgörande parameter. Det är därför inte förenligt med varken likabehandlingsprincipen eller principen om icke-diskriminering att kommunen trots allt väljer att låta ett anbud passera kvalificeringen med uppenbara brister avseende referenser. Det kan noteras att Swerock AB:s anbud inte har kvalificerats på grund av bristande referenser.

Bolaget vitsordar att det finns ett formkrav att anbudet ska vara skrivet på svenska. Av samma punkt framgår även att hänvisningar kan göras till bilagor. Det uppställs dock inget krav på att eventuella bilagor måste inges på svenska. För uppfyllande av ska-krav 1.5 har bolaget lämnat in en beskrivning av personalens erfarenhet och kompetens. Denna beskrivning är på svenska. Bolaget har därtill, upplysningsvis, lämnat in ett antal bilagor med CV:n för att tydliggöra personalens kompetens och erfarenhet. Dessa bilagor är inte en del av själva anbudet på så sätt att formkravet är aktuellt och bolaget uppfyller ska-krav 1.5 utan dessa bilagor. Det skulle vara oproportionerligt att inte beakta bolagets anbud, som i övrigt uppfyller kravet i punkt 1.5, på grunden att bolaget upplysningsvis lämnat in dessa bilagor. Kommunens mål och behov med aktuell upphandling får anses täckta i och med bolagets på svenska författade beskrivning av personalens erfarenhet

och kompetens. Samma bedömning bör göras avseende de två finska referensuppdragen bolaget uppgett. Dessa referenser var inte avgörande för uppfyllandet av kravet, utan enbart två av ett mycket stort antal referenser. Bolaget har därför uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen.

**Kommunen** tillägger i yttrande bl.a. följande. Ett felaktigt formulerat tilldelningsbeslut som saknar uppgift om avtalsspärr innebär att de tio dagar avtalsspärren består av aldrig börjar löpa och en anbudsgivare kan därmed ansöka om överprövning till dess att avtal har tecknats. Eftersom kommunen inte tecknat avtal i upphandlingen och bolaget har inkommit med sin ansökan om överprövning har bolaget kunnat tillvarata sina rättigheter.

Den typ av kontakter som kommunen inledde med Mewab under hösten 2015 hör till de normala inför en upphandling och har ingenting med en otillåten direktupphandling att göra. Efter att ha genomfört en marknadsundersökning gjordes beräkningen att uppdraget, om det upphandlades som en entreprenad, skulle kosta kommunen cirka 40 miljoner kronor. Denna kostnad kunde minskas betydligt om avtal tecknades med en extern aktör som mot ersättning från tredje part kunde omhänderta jordmassor och använda dessa för sluttäckning. Baserat på denna bedömning beslutades att uppdraget skulle genomföras som en tjänstekoncession. För att säkerställa att avtalet blev så fördelaktigt som möjligt beslutades att tjänstekoncessionen skulle konkurrensutsättas genom ett annonserat förfarande. Av protokoll från projektmöte den 15 april 2016 angående sluttäckning av Björkholmen, framgår att koncessionsupphandling kommer att genomföras gällande projektet. Val av upphandlingsform och påbörjande av upphandlingen har således gjorts innan den 18 april 2016 varmed direkt effekt för direktivet inte är aktuellt.

Bolagets beräkningar av värdet på projektet bygger på att deponins storlek kan ökas, vilket skulle innebära att mängden mottagna jordmassor, och därigenom intäkterna, skulle öka. Kommunens tillstånd från länsstyrelsen har tydliga begränsningar gällande storleken. Det är därmed inte möjligt att an-



vända den massa som bolaget utgått ifrån i sina beräkningar. Marknaden för projektet är begränsad och samtliga aktörer har samma kundunderlag.

Kommunen har inte uppställt något lägsta krav vad gäller hur utförlig beskrivningen i ska-krav 1.5 ska vara. Kommunen har vid genomgång av EWG:s beskrivning funnit att den uppfyller kravet och att EWG har de resurser som krävs för att utföra uppdraget.

EWG har, gällande uppdraget för Åtvidabergs kommun, utfört det grundläggande arbetet med sluttäckning av deponin. [REDACTED] är företrädare för Miljöteknik i Norden AB vilka EWG var underentreprenörer till. EWG har i första hand haft kontakt med [REDACTED] och Miljöteknik i Norden AB varför hon är en mer trovärdig referensperson än Åtvidabergs kommun. Projektet i Finspångs kommun har delats upp i flera uppdrag. Den upphandling bolaget hänvisar till vanns av HSJ Golfanläggningar AB och gällde utläggande av en gummimatta som tätskikt. EWG:s referens gäller dock det större projektet att terrassera, dvs. föra dit schaktmassor och göra provtagningar. Även i detta uppdrag har upplägget varit sådant att Miljöteknik i Norden AB har varit avtalspart för kommunen och EWG i egenskap av underentreprenör har utfört arbetet. Det är således naturligt att [REDACTED] inte omnämns i underlagen för upphandlingen men står som referensperson. Kommunen har inte ställt upp något hinder mot interna referenser och det hade stridit mot proportionalitetsprincipen att förkasta EWG:s anbud på grund av referensen till Miljöbolagen i Svealand AB. Beskrivningen ”Drift och sluttäckning av deponi” är tillräcklig då det saknas krav på hur omfattande beskrivningen av referensuppdragen ska vara. EWG:s referenser är således korrekta, trovärdiga, lämpliga och uppfyller samtliga i upphandlingen ställda krav. Även EWG:s referens avseende platschef [REDACTED] är tydlig, tillräcklig och uppfyller samtliga krav.

EWG:s anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen och kommunen har agerat korrekt när EWG tilläts gå vidare i anbudslämningen. Eventuell olik-

behandling av Swerock AB:s anbud har inte skadat, eller riskerat att skada bolaget. Bolaget har inte tillräckligt tydligt preciserat den skada bolaget har lidit eller riskerat att lida på grund av kommunens handlande i denna del.

Bolagets anbud uppfyller inte kravet i förfrågningsunderlaget punkt 2.3 att anbudet ska vara författat på svenska. Två av tre referensuppdrag samt ett CV är skrivna på engelska. Bolaget har således inte lämnat ett godkänt anbud. Bolaget kan därför inte ha lidit eller riskerat att lida någon skada.

Förvaltningsrätten har den 22 december 2016 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligt avgjort målet eller något annat har beslutats.

#### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

##### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Det är ostridigt i målet att kommunen upphandlat en tjänstekoncession. Den i målet aktuella utvärderingsrapporten är daterad den 29 november 2016, upphandlingen har sålunda påbörjats innan dess.

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår att lagen inte gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. LUK är därmed inte tillämplig på upphandlingen i målet.

Den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Tjänstekoncessioner omfattas inte av bestämmelserna om överprövning enligt ÄLOU. Därutöver är tjänstekoncessioner enligt artikel 17 uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om

samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet<sup>1</sup> ger inte någon möjlighet till överprövning av en upphandling av en tjänstekoncession eftersom det av bestämmelsen framgår att avtal enligt artikel 17 i direktiv 2004/18/EG är undantagna från tillämpningsområdet för rättsmedelsdirektivet.

Genom koncessionsdirektivets artikel 46 har dock rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde utvidgats till att även omfatta tjänstekoncessioner. Detta innebär att bestämmelser om överprövning ska gälla även vid upphandling av tjänstekoncessioner. Av koncessionsdirektivets artikel 46.1 a) framgår bl.a. att kontrakt inte får ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar om tilldelningsbeslutet översänds med elektroniska medel eller via telefax, i annat fall är tidsfristen femton kalenderdagar. Medlemsstaterna skulle enligt artikel 51 senast den 18 april 2016 ha införlivat koncessionsdirektivets bestämmelser i lag. Frågan i målet är därmed om den senare lydelsen av artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet som införts genom artikel 46 i koncessionsdirektivet är tillämplig på den aktuella upphandlingen samt om bolaget, med stöd av direktivets eventuella direkta effekt, har rätt till överprövning av tilldelningen.

### När inleds upphandlingen?

#### *Utgångspunkter för bedömningen*

Koncessionsdirektivet saknar övergångsbestämmelser som reglerar hur bestämmelserna om överprövning ska tillämpas på redan påbörjade upphandlingar. När det gäller frågan om vilket direktiv som ska tillämpas på en upp-

---

<sup>1</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, ändrade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

handling som har genomförts under fristen för införlivande av ett nytt direktiv framgår av praxis från EU-domstolen bl.a. följande. En upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds. Tillämpligt direktiv är i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligt avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-576/10 p. 52-53 samt C-337/98 p. 36 och p. 40). EU-domstolen har vidare uttalat att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Överprövning är dock möjlig mot en viljeyttring från upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och kan få rättsverkningar, t.ex. inledande av konkreta avtalsförhandlingar (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 p. 35 och p. 39).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 31 slagit fast att den tidpunkt en upphandling anses påbörjad bör sammanfalla med den tidpunkt för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning.

#### *Parternas inställning*

Bolaget anför i huvudsak att upphandlingen ska anses inledd i och med att upphandlingen annonserades i e-avrop vilket var den 27 september 2016. Upphandlingen kan inte anses ha inletts när kommunen diskuterade projektet med Mewab under hösten 2015.

Kommunen anför bl.a. att upphandlingen ska anses påbörjad antingen hösten 2015 när dialog med Mewab inleddes, eller i vart fall den 15 april 2016

när kommunen enligt bifogat protokoll från ett projektmöte valde upphandlingsform.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Det är ostridigt att diskussioner förts under hösten 2015 med Mewab angående sluttäckning av Björkholmens deponi. Av kommunens inlagor framgår att bl.a. uppfyllningshöjd och kordinater diskuterats. Det framgår dock inte att något konkret beslut i form av val av upphandlingsförfarande, beslut om annonseringsskyldighet eller liknande har fattats. Förvaltningsrätten finner således att någon del av diskussionen under hösten 2015 inte har kunnat överprövas. Därmed anser förvaltningsrätten att denna diskussion snarast är att betrakta som en förstudie vilket innebär att upphandlingen inte kan anses vara påbörjad redan i och med inledandet av denna. Mot bakgrund av detta har upphandlingen inte påbörjats under år 2015.

Frågan är då om upphandlingen ska anses påbörjad innan den 18 april 2016. Av mötesprotokoll från den 15 april 2016 framgår att en koncessionsupphandling ska göras. Med detta får förstås att kommunen vid denna tidpunkt valt upphandlingsförfarande, vilket i regel innebär att upphandlingen är påbörjad. Som bolaget anfört framgår emellertid inte av protokollet vilket projekt mötet avser. I punkt 1.4 i protokollet talas om ”Deponi Häverö”. Det har inte anförts av kommunen att ”Deponi Häverö” och Björkholmen skulle vara samma projekt och att så skulle vara fallet framgår inte heller tydligt av varken ska-kraven eller mötesprotokollet. Det framstår snarare som att det rör sig om två olika deponier och projekt. Kommunen kan därför inte anses ha fattat beslut om att deponi Björkholmen ska upphandlas genom tjänstekoncession vid mötet den 15 april 2016. Således kan inte heller upphandlingen anses ha påbörjats vid denna tidpunkt. Kommunen har inte anfört att upphandlingen skulle ha påbörjats vid någon annan tidpunkt under april 2016, varför bolaget får anses ha visat att upphandlingen ska anses påbörjad någon gång mellan den 18 april 2016 och den 27 september 2016, vid vilket datum upphandlingen annonserades. Upphandlingen har således påbörjats

efter att sista dag för införlivande av koncessionsdirektivet har passerat. Koncessionsdirektivet är därmed tillämpligt på upphandlingen.

### Upphandlingens värde

#### *Utgångspunkter för bedömningen*

Av artikel 1.1 i koncessionsdirektivet framgår att direktivet ska tillämpas på upphandlingsförfaranden i form av koncessioner vars värde uppskattas till minst det tröskelvärde som fastställs i artikel 8. I artikel 8 framgår att tröskelvärdet är 5 225 000 EUR, motsvarande 47 758 068 kronor (se tillkännagivande [2016:14] om tröskelvärden vid offentlig upphandling). Värdet av en koncession ska enligt artikel 8.2 vara koncessionshavarens sammanlagda omsättning som genererats under kontraktets varaktighet, exklusive mervärdesskatt, enligt uppskattning av den upphandlande myndigheten.

EU-domstolen har uttalat att möjligheten att göra undantag från upphandlingsregelverket är ytterst begränsad. Bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för att göra ett undantag åvilar den part som åberopar undantaget (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-328/92 p. 15 16 samt EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 p. 58).

I förarbetena till LOU anges bl.a. att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande (jfr prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99). I litteraturen framförs att det även är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att kontraktsvärdet är det beräknade (se *Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, s. 156* och *Andersson, Mühlenbock m.fl. Lagen om offentlig upphandling, en kommentar, 2013, s. 201*).

#### *Parternas inställning*

Bolaget anför att värdet på upphandlingen uppgår till mellan 52 och 55 miljoner kronor och därmed överstiger tröskelvärdet. Bolaget har vid beräk-

ningen beaktat volym, typ av avfall, transportavstånd, konkurrerande alternativ m.m.

Kommunen anför att värdet uppgår till cirka 26 miljoner kronor varav leverantören i sin tur betalar 7 miljoner kronor till kommunen i koncessionsavgift, samt att bolaget har utgått från att deponins storlek kan ökas vilket skulle vara i strid med beslutet från länsstyrelsen.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ordalydelsen i artikel 8 i koncessionsdirektivet ger sken av att den upphandlande myndighetens beräkning av värdet är helt avgörande för om upphandlingen överstiger tröskelvärdet eller inte. Detta skulle få till följd att den upphandlande myndigheten har möjlighet att själv välja om direktivet ska bli tillämpligt eller inte. Detta kan mot bakgrund av praxis knappast vara syftet. Enligt förvaltningsrättens mening får artikel 8 i koncessionsdirektivet och praxis snarast tolkas så att den upphandlande myndighetens uppskattning av värdet visserligen är avgörande, men att den upphandlande myndigheten även har bevisbördan för att uppskattningen är korrekt.

Kommunen har inte närmare preciserat sin egen beräkning annat än att den bygger på uppgifter från den ursprungligen tilltänkta leverantören samt andra kommuner som genomfört liknande projekt. Av bolagets inlagor framgår emellertid i detalj hur man har räknat på värdet av kontraktet och vilka konkurrensmässiga fördelar projektet har för bolaget. Bolaget har även redogjort för varför bolaget kommer att ha större intäkter från kontraktet än kommunens referenskalkyl från Mewab. Bolagets uppskattning av kontraktsvärdet framstår enligt förvaltningsrätten inte som oförenlig med beslutet från Länsstyrelsen i Stockholm den 4 juli 2016. Uppskattningen framstår även som väl avvägd mot den volym av massor som kommunen i förtydligande fråga, ID 90 521, uppskattat sluttäckningen till. Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av detta bedömningen att kommunen inte har visat att kon-

traktet uppgår till ett värde om endast 26 miljoner kronor. Bolaget får sålunda anses ha visat att kontraktet uppgår till ett värde överstigande tröskelvärdet, varför koncessionsdirektivet är tillämpligt på upphandlingen.

#### **Direkt effekt av bestämmelser om avtalsspärr**

##### *Förvaltningsrättens bedömning*

Parterna är överens om att bestämmelsen om avtalsspärr ska ges direkt effekt. EU-domstolen har i ett flertal avgöranden bekräftat att upphandlingsdirektiven kan ges direkt effekt (se exempelvis EU-domstolens avgöranden i mål C-31/87 p. 40 och p. 44 samt C-76/97 p. 46–47). Kammarrätten i Stockholm har också prövat frågan om direkt effekt för bestämmelser om avtalsspärr varvid kammarrätten fann att bestämmelserna var tillräckligt tydliga, precisa och ovillkorliga för att ges direkt effekt (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 20 oktober 2011 i mål nr 2733-11). Förvaltningsrätten finner att det inte finns skäl att göra en annan bedömning än den som gjorts i praxis och av parterna. Koncessionsdirektivet och rättsmedelsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr ska således ges direkt effekt i målet. Förvaltningsrätten har därför att pröva målet i sak.

#### **Uppfyller bolaget samtliga ställda ska-krav?**

##### *Parternas inställning*

Bolaget vitsordar att det finns ett formkrav att anbudet ska vara skrivet på svenska. Bolaget uppfyller dock samtliga ställda ska-krav och det framgår inte av formkravet att även bilagor ska vara skrivna på svenska. Bolagets anbud uppfyller ska-kraven genom den beskrivning av personalens erfarenhet och kompetens som bolaget lämnat. Således uppfylls ska-kravet utan bilagorna och det vore därför oproportionerligt att inte ta med bolagets anbud på grund av att bilagor för referenser och CV inte är på svenska.

Kommunen anför att bolaget inte uppfyller kravet.



*Förvaltningsrättens bedömning*

Enligt vägledande avgöranden från kammarrätten bör förvaltningsrätten pröva en invändning att inte heller sökande bolaget uppfyller samtliga skakrav inför ställningstagande i frågan om sökande bolaget kan anses ha lidit skada (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 30 maj 2012 i mål nr 924-12). Förvaltningsrätten prövar därför kommunens invändning att bolaget inte uppfyller formkravet i upphandlingen.

Av formkravet i förfrågningsunderlaget punkt 2.3 framgår bl.a. anbudet ska vara skrivet på svenska. Bolagets referensuppdrag ”Surface Structure for Municipal Landfill Hyvinkää” och ”Surface Structure for Municipal Landfill Kuopio” är skrivna på engelska. Likaså är bolagets CV för [REDACTED] skrivet på engelska. Det finns ingen definition i förfrågningsunderlaget av vad som menas med begreppet anbud. När det saknats en definition av begreppet anbud har begreppet i kammarrätten tolkats som innefattande samtliga handlingar som inlämnats till uppfyllande av förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 26 april 2011 i mål nr 6969-10 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 28 februari 2014 i mål nr 7483-13). Förvaltningsrätten anser därför att samtliga handlingar som bolaget har lämnat in till kommunen för uppfyllande av förfrågningsunderlaget omfattas av begreppet anbud. De tre bilagorna som är skrivna på engelska är bilagerade till bolagets bilaga för uppfyllande av skakravet på personalens erfarenhet och kompetens. CV:et och referenserna får därför anses ha bilagerats för att uppfylla kravet i upphandlingen på tillräckliga resurser för tjänsten (jfr skakrav 1.5). De engelska bilagorna omfattas därmed av begreppet anbud och formkravet i förfrågningsunderlaget punkt 2.3. Myndigheten får i princip själv välja vilket språk den vill ha anbudsansökningarna på och kravet på att dessa ska vara på svenska har en adekvat och tydlig koppling till upphandlingsföremålet. Eftersom bilagorna inte är på svenska uppfylls inte kravet och bolaget har inte uppfyllt samtliga krav i upphandlingen. Kravet är inte oproportionerligt betungande och det är inte

heller oproportionerligt att bolagets anbud inte tas med i utvärderingen då kravet inte uppfylls.

Slutligen har förvaltningsrätten att ta ställning till om bolaget kan anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada mot bakgrund av att bolaget inte uppfyllt samtliga krav i upphandlingen. Bolaget har anfört att regeln om angivande av avtalsspärr är en procedurregel och att skaderekvisit saknas.

Av artikel 1.3 i ändringsdirektivet framgår att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse (jfr skäl 17 i ingressen till ändringsdirektivet). Det skaderekvisit som ställs upp som förutsättning för ingripande enligt nationella upphandlingsregler (jfr 16 kap. 6 § LUK, 20 kap. 6 § LOU och 16 kap. 6 § ÄLOU) är således förenligt med rättsmedelsdirektiven. För det aktuella målet innebär det att, även om inte LUK, LOU eller ÄLOU är direkt tillämpliga på upphandlingen i målet, det krävs att sökanden har lidit eller riskerat att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen för att förvaltningsrätten ska kunna förordna om ingripande mot upphandlingen.

Eftersom bolaget inte uppfyllt samtliga krav i upphandlingen, och andra anbudsgivare kvarstår i upphandlingen om vinnande anbudsgivare inte skulle anses uppfylla samtliga krav, kan inte bolaget anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada i den mening som krävs för ingripande mot upphandlingen (jfr Kamrätten i Stockholms avgörande den 14 september 2015 i mål nr 3894-15 samt EU-domstolens avgörande i mål C-100/12). Det saknas därför förutsättningar för förvaltningsrätten att förordna om åtgärd mot upphandlingen. Med denna utgång saknas även anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till om EWG har uppfyllt samtliga krav i upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska på dessa grunder avslås.

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



Per Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Wille Steinert.



# 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. 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.