



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2013-07-15
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1373-13 E

SÖKANDE

Sebnor AB, 556798-2490

Ombud: Advokat Erik von Ahn
Advokaterna von Ahn AB
Östra Norrlandsgatan 51
903 31 Umeå

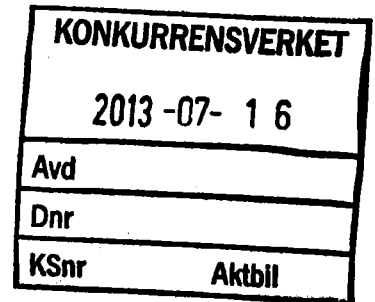
MOTPART

MittSverige Vatten AB, 556661-8756

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och bestämmer att upphandlingen av hantering av avloppsslam, dnr. MSVAB-2013-00009, ska göras om avseende delområdena SVAB, TVAB och NVAB.

Dok.Id 58977

Postadress Box 314 871 27 Härnösand	Besöksadress Backgränd 9	Telefon 0611 - 34 98 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se	Telefax 0611 - 34 98 10	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	------------------------------------	--	-----------------------------------	---

UPPHANDLINGEN

MittSverige Vatten AB (MittSverige) genomför en upphandling av hantering av avloppsslam samt verksamhetsavfall åt bolagets ägare, dnr. MSVAB-2013-00009. Upphandlingsförfarande är förhandlat förfarande med prekvalificering och efterföljande anbud. Lägst pris utgör tilldelningskriterium. I tilldelningsbeslutet antogs SAKAB AB:s anbud avseende slamhantering delområdena SVAB, TVAB och NVAB.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

Sebnor AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende slamhantering för delområdena SVAB, TVAB och NVAB och yrkar *att* upphandlingen inte får avslutas förrän MittSverige har vidtagit rättelse genom att förkasta anbudet från SAKAB AB (SAKAB) och i stället anta bolagets anbud för delområdena SVAB och TVAB och bereder bolaget möjlighet att på lika villkor med övriga leverantörer förhandla avseende delområdet NVAB alternativt *att* bolaget bereds möjlighet att förhandla avseende samtliga delområden. Till stöd för ansökan anförs i huvudsak följande.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav ska förkastas. MittSverige har brutit mot LUF genom att inte förkasta SAKAB:s anbud trots att SAKAB i strid mot upphandlingsföresättningar lämnat kostnadspåverkande reservationer som inte varit prissatta. MittSverige har haft skyldighet att förkasta SAKAB:s anbud vid den kvalificeringsprövning som ska föregå tilldelningsprövningen. Genom att inte förkasta anbudet har MittSverige åsidosatt likabehandlingsprincipen. När det i förfrågningsunderlaget anges att ett krav ska efterlevas är detta krav oeftergivligt. Det saknar bety-

delse om skall-kravet efterlevs utan marginal eller om leverantören gått långt utöver vad som krävts. Det är tilldelningskriterierna, inte skallkraven, som ska relateras mot varandra. Det saknas förutsättningar att bedöma om SAKAB:s icke prissatta reservation var försumbar eller ej.

MittSverige har även brutit mot LUF genom att inte förhandla med bolaget trots att det vid anbudstidens utgång lämnat lägst pris avseende slamhanteringen i delområdena SVAB och TVAB. MittSverige har förhandlat med SAKAB genom att vid två omgångar bereda det bolaget möjlighet att sänka sitt anbudspris avseende aktuella delområden. Efter den andra omgången stannade SAKAB:s anbudspris på nivåer strax under bolagets anbudspris. Genom att förhandla med endast en anbudsgivare och därtill endast avseende priset har MittSverige inte upprätthållit likabehandlingsprincipen och inte heller utnyttjat konkurrensen på marknaden. Bolaget har inte blivit inbjudet till förhandling och har aldrig fått någon fråga om prisjustering vid telefonsamtal med MittSverige. MittSveriges företrädare uppgav vid samtalet att en prissänkning inte var nödvändig.

Det är sannolikt att bolaget lider skada till följd av MittSveriges brott mot LUF. Bristen hänför sig inte till det konkurrensuppsökande skedet. Det är därför tillräckligt att rättelse sker.

MittSverige bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för inställningen.

Beträffande slamhantering, som överprövningen avser, togs två anbudsgivare upp till förhandling. Förhandlingen har skett med avseende på pris och samtliga anbudsgivare har per telefon fått samma fråga att besvara skriftligen: om något kunde göras åt priset. Bolaget har då, till skillnad från SAKAB, inte kommit in med nya priser på samma villkor. Förhandlingen med SAKAB om priset har skett i tre omgångar. Det finns inte några form-

föreskrifter för hur en förhandling ska gå till men förhandlingar får inte användas för att föra in nya krav eller alternativa utföranden som inte ryms i förfrågningsunderlaget. Vid förhandling gäller dock de grundläggande unionsrättsliga principerna om proportionalitet, icke-diskriminering, lika-behandling, öppenhet och transparens. Förhandlat förfarande är alltid tillåtet i den verksamhetsstyrda lagstiftningen LUF. Inom ramen för förhandling är det tillåtet förhandla om allt såsom pris, organisation, tidsplan, prestanda och så vidare så länge förfrågningsunderlaget inte väsentligen frångås. Bolaget har inbjudits till förhandling men har själv valt att inte komma in med annan prisuppgift. MittSverige har inte på något sätt trätt likabehandlingsprincipen eller övriga grundläggande principer för när. Anbudsekretess har iakttagits vid utvärderingen.

MittSverige har noterat skrivningen i SAKAB:s anbud men anser att skrivningen innebär en försumbar del i förhållande till totalkostnaden (mindre än 0,2 procent). Försumbara reservationer ska inte innebära att ett anbud förkastas, i vart fall om reservationerna saknar inverkan på utvärderingen. Eftersom uppgiften inte inneburit någon ändrad ordning mellan anbudsgivarna har bolaget inte lidit skada eftersom bolaget inte erbjöd något bättre anbud.

UTREDNINGEN

I **förfrågningsunderlagets anbudsinvjudan** under kod 2.4 anges bl.a. att anbudsgivarna ska specificera och ange totalpris (kr/ton) för transport av omhändertagande av slam från de avloppsanläggningar för vilka anbud det lämnas och att eventuella kostnadspåverkande reservationer ska vara pris-satta liksom att samtliga kostnader ska vara inräknade in anbudspriser som lämnas i bilagorna 2 och 3 (anm. ang. bilagorna; översikt med prislistor avseende slamhantering respektive verksamhetsavfall). Under kod 3. "Utvärderingsfas" anges bl.a. att prövningen kommer att ske enligt principen

lägsta pris när alla ställda krav i övrigt är uppfyllda och att förhandlingar eventuellt kan komma att föregå tilldelningen.

I SAKAB:s **anbud** anges bl.a. att priserna avser totalpris för transporter och omhändertagande av slam från avloppsanläggningar under normal arbetstid. För hämtning utöver ordinarie arbetstid och helger debiteras uppdragsgivaren enligt transportörs vid var tids gällande prislista avseende övertid och OB-tillägg.

Av **utvärderingsprotokollet** framgår bl.a. att SAKAB lämnat lägst pris avseende slamhantering delområdena SVAB, TVAB respektive NVAB.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmän förvaltningsdomstol får, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör (16 kap. 4 § LUF).

Rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUF).

Upphandlande enheter 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. 24 § LUF).

Förvaltningsrätten ska pröva om MittSveriges upphandling av hantering av avloppsslam samt verksamhetsavfall genomförs i enlighet med unionsrätten och LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder bolaget har åberopat till stöd för överprövningstalan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Som grund för överprövningstalan har bolaget åberopat

- att MittSverige har brutit mot LUF genom att inte förhandla med bolaget trots att bolaget lämnat lägst pris i delområdena SVAB och TVAB,
- att MittSverige har förhandlat med SAKAB i strid mot likabehandlingsprincipen genom att bereda det möjlighet att sänka sitt anbudspris avseende de aktuella områdena utan att bolaget fick möjlighet att lämna nya priser och
- att SAKAB:s anbud innehållit kostnadspåverkande reservationer som inte varit prissatta.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Rätten anser till att börja med att MittSverige *inte kan anses ha brutit mot LUF genom att inte förhandla med bolaget*. Detta eftersom det framgår av utvärderingsprotokollet att bolaget inte lämnat lägst pris avseende delområdena SVAB och TVAB. Det finns därmed inte skäl till åtgärd enligt LUF i den här delen.

När det sedan gäller *MittSveriges förhandlingar* kan rätten inte finna att skäl för åtgärd enligt LUF föreligger. Vad som har sagts vid MittSveriges telefonsamtal under förhandlingarna med bolaget respektive SAKAB har inte styrkts av bolaget. Rätten kan därför inte anse det visat att bolaget inte har fått möjlighet att lämna nya priser.


När det slutligen gäller *SAKAB:s anbud* kan rätten till att börja med konstatera att likabehandlingsprincipen utgör ett hinder mot att anta ett anbud

som inte uppfyller ställda skall-krav (se EG-domstolens dom i mål C-243/89 kommissionen mot Danmark; även känt som "Stora Bält-målet"). Rätten kan inte finna annat än att angivande av kostnadspåverkande reservationer och inräknandet av samtliga kostnader i anbudspriser utgör skall-krav i den aktuella upphandlingen. Av SAKAB:s anbud framgår att det skall-kravet inte är uppfyllt. Rätten anser att MittSverige har kunnat konstatera detta vid en jämförelse mellan SAKAB:s anbud och skall-kraven i förfrågningsunderlaget (jfr. bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 september 2012 i mål nr 1823-12). Mot den bakgrunden kommer rätten fram till att SAKAB:s anbud borde ha förkastats av MittSverige före utvärderingsfasen. Rätten bedömer att det saknar betydelse huruvida reservationen varit försumbar eftersom utvärdering av anbud förutsätter att samtliga ställda skall-krav har uppfyllts. Rätten kommer därför fram till att det finns förutsättningar för åtgärd enligt LUF eftersom MittSveriges nu redovisade förfarande strider mot likabehandlingsprincipen. Rätten bedömer att bolaget därigenom lidit skada. Vad MittSverige har anfört angående skaderekvisitet kan inte leda till annan bedömning mot bakgrund av vad som har anförts ovan om SAKAB:s reservation.

Härefter ska rätten besluta *vilken form av åtgärd enligt LUF* som är lämplig. Rätten är här inte bunden av bolagets yrkande (jfr. RÅ 2005 ref. 47). Rätten kan i och för sig konstatera att MittSveriges felaktiga förfarande hänför sig till upphandlingens senare skede, dvs. inte direkt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rätten anser emellertid inte att en rättelse av upphandlingen är ändamålsenlig mot bakgrund av vad som i mål nr 1368-13 har kommit fram om MittSveriges uteslutande av Markförädlingar i Norrland AB:s anbud på grund av reservation. Rätten, som inte bedömer att någon åberopsbörd föreligger vad gäller valet av åtgärd, bedömer vidare att förfrågningsunderlaget innehåller betydande felaktigheter under kod 2.4 eftersom prövning av skall-krav vid kvalificering förutsätter

en värdering av anbudsgivares eventuella reservationer av MittSverige. Förfrågningsunderlagets utformning får därför anses strida mot transparensprincipen, varför rättelse av upphandlingen inte utgör en lämplig åtgärd (jfr. bl.a. EG-domstolens avgörande i mål C-448/01 EVN och Wienstrom). Mot den bakgrunden kommer rätten fram till att upphandlingen ska göras om i de delar bolaget begärt överprövning.

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



Carl Johan Fahlander
fiskal



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 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.