



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-07-20
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2199-12 E
Enhet 1

SÖKANDE

1. Björks Rostfria AB, 556227-2434

Ombud:

Advokat Hugo Norlén och advokat Jenny Lindgren
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

2. VA-ingenjörerna AB, 556394-0187

Ombud:

Madeleine Sifert
Advokatfirman Nova AB
Linnégatan 18
114 47 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Köpings kommun
Tekniska kontoret
Kristinelundsvägen 4
731 85 Köping

KLANDRAD UPPHANDLING

Köpings kommuns upphandling av nanofilteranläggning till Köpings vattenverk, dnr 2011/414

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar VA-ingenjörerna AB:s yrkanden.

Förvaltningsrätten bifaller delvis ansökningen och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras.

BAKGRUND OCH YRKANDE

Köpings kommun (kommunen) genomför en upphandling av nanofilteranläggning till Köpings vattenverk. Björks Rostfria AB (bolaget) har varit en av anbudsgivarna. I beslut den 8 december 2011 tilldelades VA-ingenjörerna AB (VA-ingenjörerna) kontraktet i upphandlingen. Genom beslut den 15 december 2011 avbröt kommunen upphandlingen. Förvaltningsrätten har den 22 mars 2012 i mål nr 7258-11 upphävt kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Enligt kommunens beslut av den 20 april 2012 har VA-ingenjörerna antagits som leverantör i upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att VA-ingenjörernas anbud förkastas och att en ny utvärdering sker.

Kommunen bestrider ansökan och yrkar att den ska avslås.

VA-ingenjörerna yrkar i första hand att förvaltningsrätten avvisar bolagets ansökan om överprövning, i andra hand att förvaltningsrätten undanröjer Köping kommuns tilldelningsbeslut av den 20 april 2012 och i tredje hand att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget anför bland annat följande.

Skallkrav på referenser

VA-ingenjörerna uppfyller inte skallkravet på minst tre referenser för nanofilteranläggningar. VA-ingenjörernas referenser avser inte nanofilter utan ultrafiltrering och filtrering genom omvänd osmos. VA-ingenjörerna har i sitt anbud angett tre referensanläggningar från Skottland vilkas membran är avsedda för ultrafiltrering. Kommunen har efter anbudstillfället gett VA-ingenjörerna möjlighet att komplettera sitt anbud med ytterligare refe-

renser varefter VA-ingenjörerna har angett två anläggningar i Tyskland. Detta är fråga om en otillåten komplettering. Dessutom avser inte heller de två ytterligare referenserna nanofilteranläggningar utan filtrering sker genom omvänd osmos. Vidare avser referenserna anläggningar som har uppförts av andra bolag inom koncernen Veolia Water Solutions & Technologies än VA-ingenjörerna. VA-ingenjörerna har dock inte tillhandahållit ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visat att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser varför resurserna inte ska tillgodoräknas VA-ingenjörerna. Detta gäller oavsett om kommunen har haft anledning att ifrågasätta om VA-ingenjörerna förfogar över koncernbolagens resurser/kapacitet eller inte. Sammanfattningsvis har VA-ingenjörerna i vare sig sitt anbud eller den otillåtna kompletteringen angett någon referens som motsvara kraven i underlaget. Kommunens påstående att även bolagets anbud saknade fullständiga referenser stämmer inte. Kommunen har inte rätt att åberopa påstådda brister i bolagets anbud i målet.

Skallkrav på rening av mangan

VA-ingenjörerna uppfyller inte skallkravet på att halten av mangan i dricksvattnet inte får överstiga 20 µg/l. VA-ingenjörerna har offererat en lösning där rening av mangan ska ske genom ett membran (reningsfilter) av märket Filmtec NF270. Sådant membran är alltför glest och därmed alltför genomsläppligt för att kunna uppfylla de krav som kommunen ställer avseende rening av mangan. För att kunna komma ned till de nivåer som kommunen kräver behövs ett tätare membran användas, som bolaget har angett i sitt anbud. Ett tätare membran kräver ett högre tryck för att släppa igenom samma mängd vatten som vid det glesare membran som VA-ingenjörerna har använt. Ett högre tryck medför dock även en högre energiförbrukning än vad VA-ingenjörerna har beräknat. VA-ingenjörerna har således kunnat offerera ett anbud med lägre energiförbrukning än bolaget. Energiförbrukningen har varit en avgörande faktor i utvärderingen av anbuden. Kommunen har inte bemött att bolaget har visat att VA-ingenjör-

erna inte uppfyller de tekniska kraven i upphandlingen. Det synes härigenom vara ostridigt att VA-ingenjörernas anbud inte uppfyller de tekniska skallkrav som ställs på rening av vattnet. Den omständigheten att upphandlingen är tekniskt komplicerad medför inte att kommunen kan välja att ha överseende med bristande skallkravsuppfyllande. Omständigheten att en anbudsgivare påstår sig ha uppfyllt kraven innebär inte att skallkraven faktiskt har uppfyllts. Kommunen är skyldig att på egen hand utreda om en anbudsgivare uppfyller skallkraven eller inte.

Otillåtna reservationer

VA-ingenjörerna har använt sig av otillåtna reservationer mot kraven i upphandlingen. VA-ingenjörerna har i sitt anbud "förutsatt", det vill säga reserverat sig för, att halterna av barium, strontium och kisel inte överstiger vissa värden. Vidare har VA-ingenjörerna reserverat sig för att det så kallade SDI-värdet (Silt Density Index) är $< 3,0$. Genom reservationerna fri-skriver sig VA-ingenjörerna från till exempel garantiansvar vid högre SDI än 3 (det vill säga ett mindre rent vatten med större benägenhet att sätta igen membran). Då ett högre SDI-värde ökar risken för beläggningar fri-skriver sig också VA-ingenjörerna från kostnader för extra tvättning av membranen för att ta bort beläggningar. Genom att reservera sig för ett högre SDI-värde har VA-ingenjörerna vältrat över risken och kostnaden för försteg i reningen på kommunen. Reservationen är av sådan art att den indirekt påverkar det offererade priset vilket strider mot kravet att uppge ett fast pris för entreprenaden. VA-ingenjörerna har genom sina förutsättningar reserverat sig för en viss vattenkvalitet, innebärande att dess anbud inte gäller ovillkorligt i förhållande till förfrågningsunderlaget och kontraktet.

Utvärderingen av miljöledningssystem

Bolaget har erhållit för låga poäng vid utvärderingen av miljöledningssystem. Bolagets miljöledningssystem är likvärdigt med ett certifierat miljö-

ledningssystem och borde således ha erhållit samma poäng som VA-ingenjörerna i utvärderingen. Skälet till att bolaget endast har erhållit tre poäng istället för fem poäng är att det inte har ett certifierat miljöledningssystem. En sådan poängsättning strider mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen.

Bolaget har lidit skada

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Om kommunen hade agerat i enlighet med LUF skulle VA-ingenjörernas anbud ha förkastats varvid bolaget skulle ha tilldelats upphandlingen då bolaget uppfyller samtliga skalkrav samt har det mest fördelaktiga anbudet. Med hänsyn till bristerna i upphandlingen som hänför sig till kvalificeringsfasen och inte till upphandlingens konkurrensökande skede bör upphandlingen rättas på så sätt att VA-ingenjörernas anbud förkastas.

Kommunen anför bland annat följande. I samband med genomgången av anbuden visade det sig att alla inkomna underlag innehöll vissa brister och att behov av komplettering förelåg. I denna process uppmärksammades även brister i kommunens upphandlingsunderlag. Kompletterande uppgifter har begärts in och möten/kontakter har hållits med anbudsgivare för att få till stånd jämförbara anbudsunderlag. Möten genomfördes separat vid två tillfällen med respektive anbudsgivare i syfte att erhålla tillräckligt underlag. Sedermera blev det uppenbart för kommunen att underlaget för upphandlingen var alltför bristfälligt varvid kommunen den 15 december 2011 fattade beslut om avbrytande. Förvaltningsrättens utslag efter VA-ingenjörernas begäran om överprövning gav att upphandlingen inte fick avbrytas utan skulle fullföljas.

Angående referenser

Med anledning av att både anbudet från bolaget och från VA-ingenjörerna saknade fullständiga referenser har båda leverantörerna av likabehandlings-skäl tillåtits att komplettera sina anbud med referensuppgifter.

Angående teknisk lösning

Kommunen har tidigare framfört att rening av dricksvatten är tekniskt komplicerat och att upphandlingsunderlaget har innehållit brister vilket har medfört att anbudsgivare har fått göra antaganden för att kunna lämna anbud. Med kommunens nuvarande upphandlingsunderlag som grund för upphandling av reningsanläggning är det osäkert om kommunen, utan att ytterligare kompletterande insatser krävs, erhåller den tekniska lösning som erfordras för effektiv rening av dricksvatten.

Angående reservation

Kommunen har inte bedömt VA-ingenjörernas uppgift om SDI-värdet som en reservation.

Angående annans resurs/kapacitet

Kommunen har inte funnit skäl att ifrågasätta att VA-ingenjörerna har förfogat över resurser/kapacitet som har framförts. Kommunens handlande i denna fråga har inneburit att något verifikat inte har begärts in från VA-ingenjörerna för att styrka förfogandet av resurser/kapacitet.

Angående miljöledningssystem

Kommunen har i tidigare prövning framfört att utvärderingsmodellen för miljöledningssystem bedömdes som diskriminerande utifrån att en anbudsgivare mycket väl kan ha ett system för miljöledning som är jämförbart med en certifiering utan att ha en certifiering. Utifrån förvaltningsrättens skrivning i mål nr 7258-11 om att ingen anbudsgivare har missgynnats av kommunens förfarande avseende miljöledningssystem fann kommunen

inte skäl att göra en annan bedömning än rätten vilket innebar att utvärderingen av miljöledning lämnades oförändrad.

DOMSKÄL

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om åtgärder enligt LUF är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen eller mot någon av de principer som lagstiftningen bygger på, nämligen principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (se 1 kap. 24 § LUF). Om den upphandlande myndigheten har brutit häremot och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 5 § LUF i tillämplig lydelse).

Bolaget har bland annat gjort gällande att vinnande anbudsgivare inte uppfyller skalkravet på referenser.

Av förfrågningsunderlaget (AFB.31) följer att anbud ska innehålla referenser för nanofilteranläggningar byggda efter år 2000 som motsvarar kraven i det tekniska underlaget, förutom kapaciteten på vald referensanläggning som kan vara lägre. I listan gällande referenser i anbudsförslaget anges särskilt att referensanläggningarna ska vara trycksatta nanofilteranläggningar för dricksvattenberedning och det framgår att anbudsgivare ska ange tre sådana anläggningar.

VA-ingenjörerna har i sitt anbudsförslag som referensanläggningar uppdragit tre anläggningar i Skottland och gjort gällande att dessa är nanofilteranläggningar. Bolaget gör emellertid gällande att ingen av anläggningarna tillämpar nanofilter och har hänvisat till e-postkorrespondens med leverantören för de filter som VA-ingenjörerna har använt vid anläggningarna.

Enligt denna korrespondens använder de skotska anläggningarna membran som är avsedda för annan filtrering än nanofilter. Kommunen har inte bemött dessa av bolaget lämnade uppgifter. Mot bakgrund av utredningen i målet beträffande VA-ingenjörernas referenser, och då kommunen inte har yttrat sig över dessa, finner förvaltningsrätten att de av VA-ingenjörerna lämnade referenserna inte innebär att dessa uppfyller skullkravet härom.

Bolaget gör vidare gällande att VA-ingenjörerna har fått tillfälle att göra en otillåten komplettering med ytterligare referenser.

Enligt anbudsformuläret ska uppgifter om tre referensanläggningar lämnas häri. VA-ingenjörerna har kompletterat med två ytterligare anläggningar. Förvaltningsrätten behöver således inte ta ställning till huruvida kompletteringen var otillåten enligt LUF eller huruvida de två referensanläggningarna uppfyller de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Skullkravet på tre referensanläggningar är i vilket fall som helst inte uppfyllt av VA-ingenjörerna vid tiden för tilldelningsbeslutet. Till följd av att VA-ingenjörerna inte har uppfyllt skullkravet på referenser i upphandlingen ska upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om. Vid denna utgång finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva bolagets övriga grunder för talan.

Talerätt för VA-ingenjörerna

Ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot. VA-ingenjörerna har genom kommunens tilldelningsbeslut antagits som leverantör i upphandlingen. Kommunens beslut har därmed inte gått VA-ingenjörerna emot. Fråga är då om VA-ingenjörerna kan ha talerätt på annan grund. Bolaget har yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att VA-ingenjörernas anbud förkastas och att en ny utvärdering sker. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2011 ref. 29 funnit att en förvaltningsrätt borde ha berett det vinnande bolaget tillfälle att yttra sig i målet eftersom

förvaltningsrätten beslutat att utesluta det vinnande bolaget från en ny utvärdering. I det refererade rättsfallet uteslöt såldes förvaltningsrätten uttryckligen leverantören i domslutet och gav därmed inte den upphandlande myndigheten någon möjlighet att utreda frågan ytterligare inför den nya utvärderingen. I ett senare mål (HFD 2011 ref. 85) har Högsta förvaltningsdomstolen funnit att slutsatserna i HFD 2011 ref. 29 inte ska utsträckas till att förstås så att en leverantör som inte begärt överprövning även har rätt att föra talan mot domstols förordnande om att upphandlingen inte får göras om innan rättelse har skett på visst sätt. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade också att det saknar betydelse vad utfallet blir eller kan bli av en ny rättad utvärdering. I förevarande mål har inte VA-ingenjörerna uteslutits som leverantör, utan kommunen har att ta ställning till hur upphandlingen fortsättningsvis ska hanteras. Kommunen måste således göra en ny utvärdering och fatta ett nytt beslut, vilket är överprövbart för den som är berörd av beslutet. Mot den bakgrunden ska VA-ingenjörernas talan avvisas.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Linnea Åman.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens dom/beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Tala om varför Ni anser att domen/beslutet ska ändras och vilken ändring Ni vill ha. Sänd även med sådant som Ni anser ha betydelse och som Ni inte tidigare gett in.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. För offentlig part räknas dock treveckorstiden från den dag dom/domen/beslutet meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Tala om vilken dom eller vilket beslut Ni överklagar genom att anteckna förvaltningsrättens namn och målnummer.

Underteckna skrivelsen, gör namnförtydligande samt uppge personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Adress och telefonnummer till Er arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där Ni kan nås för delgivning. Har Ni redan tidigare lämnat dessa uppgifter i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver Ni inte uppge dem igen.

Om Ni anlitar ombud kan ombudet i stället underteckna skrivelsen. Ombudet ska 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.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av förvaltningsrättens dom/beslut.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.