



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2020-04-16
Meddelad i Malmö

Mål nr
778-20
780-20

SÖKANDE

Malmberg Miljöhantering AB, 556292-9322

MOTPARTER

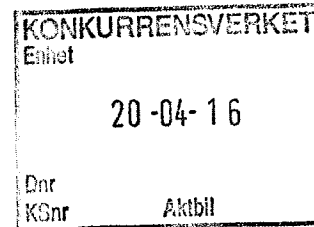
1. Tomelilla kommun
2. Österlenhem AB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Malmberg Miljöhantering AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Tomelilla kommun och Österlenhem AB (de upphandlande myndigheterna) genomför upphandling avseende ramavtal för spolbilstjänster, KS 2018/174. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud tilldelades Puls, Planerad Underhållsservice Aktiebolag kontrakt. Anbudet från Malmberg Miljöhantering AB har placerats på andra plats i anbudsutvärderingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Malmberg Miljöhantering AB (Malmberg) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget har inte utformats så att varje omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Denna brist i upphandlingen har medfört att Malmberg lider eller riskerar lida skada. Det finns därför förutsättningar för ingripande i upphandlingen.

Upphandlingen avser ramavtal för spolbilstjänster. Entreprenaden omfattar bl.a. slamsugning och spolning av kommunens rännstensbrunnar/gatubrunnar. Enligt avsnitt 1.6 i upphandlingsdokumentet ska pris lämnas som fast pris per brunn inkl. kostnader för transporter, deponi och andra kostnader. Priset ska omfatta samtliga med uppdraget förenade kostnader. Med deponi avses slam och annat material som finns i brunnar, rör och ledningar. Detta tas om hand av spolbilen i samband med slamsugning eller spolning. Deponin transporteras därefter av entreprenören till ett reningsverk eller en avfallsanläggning.

Den normala utformningen vid den aktuella typen av kontrakt är att bestäl-

laren svarar för kostnaden för deponi. Detta motiveras bl.a. av att deponin kommer från beställarens ledningar och nät och skulle om spolning inte genomförts ändå ha transporterats till reningsverket genom det allmänna ledningsnätet. Den kostnad som följer med omhändertagandet av deponin från ledningar är såvitt avser kommunal verksamhet finansieras genom VA-taxan.

Det är första gången som Malmberg stöter på en utformning där entreprenören ska bära kostnaden för nätägarens deponi. Den kostnadsfördelning som beställaren har valt att tillämpa i den här upphandlingen har givetvis påverkan på anbudspriset. Även om den ifrågavarande kostnadsfördelningen avviker från vad som är brukligt i branschen har Malmberg inte i sig några synpunkter på beställarens val. Däremot är en förutsättning för att kunna göra en korrekt beräkning av hur stor kostnaden för deponi kan förväntas bli att anbudsgivaren vet hur stor mängden deponi förväntas vara. Denna uppgift saknas i upphandlingsdokumenten och utgör därmed en okänd kostnadsfaktor vid utformningen av anbudspriset.

Mängden deponi är beroende av hur underhållna beställarens brunnar, rör och ledningar är. Upphandlingsdokumenten saknar uppgift om vilken mängd deponi anbudsgivarna ska utgå ifrån. Innan anbudstidens utgång frågade en leverantör om beställaren tar emot slam/uppsug som uppkommit i entreprenaden, dvs. vid utförande av uppdrag, gratis på reningsverket i Tomelilla. Beställaren svarade att slam inte togs emot på reningsverket i Tomelilla och att det åligger entreprenören att räkna in detta i priserna som lämnas. Vidare svarade beställaren att det åligger entreprenören att uppskatta antal kilo slam/uppsug per arbetad/spolad timme. Utan att känna till brunnarna, rören och ledningarnas status är denna uppgift omöjlig att uppskatta.

Kännedom om förväntade mängder deponi är därför en nödvändig förutsättning för att bedöma kostnaden för deponi vid utformningen av anbudspriset. Utan sådan kännedom är det inte möjligt att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och utifrån upphandlingsdokumentens nuvarande utformning har anbudsgivarna fått gissa sig till hur stora mängderna deponi kan förväntas vara. Den förväntade mängden deponi är omöjlig att schablonmässigt beräkna och därmed prisuppskatta. Bolaget har bedrivit verksamhet sedan 1950-talet och har därmed stor erfarenhet och gedigen kunskap rörande den här typen av frågor. De uppgifter som lämnas i upphandlingen är inte tillräckliga för att Malmberg ska ha kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

De upphandlande myndigheterna anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

De upphandlande myndigheterna anser att förfrågningsunderlaget är tydligt. Det efterfrågade priset var komplett per brunn inklusive deponi. Mängden deponi i varje brunn är olika från brunn till brunn och flera olika faktorer styr hur mycket deponi det blir från varje brunn, t.ex. löv från träden eller grus/sten under vintern från halkbekämpning. Det är därför inte möjligt för beställaren att uppge mängden deponi som kan bli aktuell i förfrågningsunderlaget. Tvärtom är det snarare så att erfarna entreprenörer med vana att tömma brunnar har en större möjlighet att schablonberäkna förväntad mängd deponi än beställaren har. Samtliga anbudsgivare har haft samma möjlighet att göra denna schablonberäkning och att lägga anbud. Malmberg har således inte haft sämre möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud än övriga anbudsgivare. Möjligen har Malmberg mindre erfarenhet av brunnstömningar än andra anbudsgivare, det är dock inget som beställaren behöver ta hänsyn till i sin upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Malmberg gör gällande att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i transparens. Bolaget menar att det saknas uppgifter om vilken mängd deponi som anbudsgivarna ska utgå ifrån vid utformningen av sitt anbud och att detta påverkar möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Av upphandlingsdokumentet punkten 1.6 Anbudspris framgår bl.a. att pris ska lämnas som fast pris (ink. kostnader för transporter, deponi och andra kostnader) per brunn. Priset ska omfatta samtliga, med uppdraget förenade, kostnader.

Av utredningen i målet framgår att följande fråga ställts den 19 december 2019 i "Frågor och svar" till de upphandlande myndigheterna beträffande deponi: *"Tar ni emot slam/ uppsug (som uppkommit inom entreprenaden) gratis på reningsverket i Tomelilla? Eller ska man beräkna denna mängd?"* De upphandlande myndigheterna har samma dag svarat: *"Vi tar inte emot slam på reningsverket i Tomelilla, det åligger entreprenören att räkna in detta i priserna som lämnas."* Med anledning av detta svar ställdes följande kompletterande fråga samma dag: *"Hur många kilo slam/ uppsug per arbetad timme ska anbudsgivaren räkna med i sitt timpris?"* De upphandlande myndigheterna svarade: *"Det åligger entreprenören att uppskatta antal kilo slam/ uppsug per arbetad/ spolad timme."*

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Först när det kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömningar har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med de grundläggande principerna i LOU finns skäl att ingripa.

Förvaltningsrätten anser att upphandlingsdokumentet tydligt anger vad anbudsgivaren måste kunna prestera i nu aktuellt avseende. Informationen

avseende hantering av slam/ uppsug har via funktionen ”frågor och svar” gått ut till alla potentiella anbudsgivare, som därmed haft samma möjligheter att på grundval av de givna förutsättningarna lämna anbud. Med beaktande av att de upphandlande myndigheterna har en relativt stor frihet att utforma upphandlingsdokumenten finner förvaltningsrätten inte att det som Malmberg anfört visar att de upphandlande myndigheterna har agerat i strid med LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna i den aktuella upphandlingen. Malmberg, som har lämnat ett anbud som kvalificerats för utvärdering, har enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa på vilket sätt utformningen av upphandlingsdokumenten har hindrat bolaget från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Malmberg har mot denna bakgrund enligt förvaltningsrättens bedömning inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av de påstådda bristerna.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Malmberg åberopat i målet inte visar att de upphandlande myndigheterna i den aktuella upphandlingen har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte. Malmbergs ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

