



2014-09-17
Meddelat i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2014-09-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Allmiljö i Umeå AB, 556556-9349

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och
jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Umeå Vatten och Avfall AB, 556492-0287
901 84 Umeå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 21 augusti 2014
i mål nr 378-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Allmiljö i Umeå AB överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att upphandlingen ska göras om. Vad gäller frågan om talerätt anför bolaget att följderna av förvaltningsrättens dom är att Allmiljös komplettering inte beaktas och att Allmiljö därmed förlorar det tilldelade kontraktet. Domen får anses ha gått Allmiljö emot på ett sådant sätt att talerätt föreligger.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får ansöka om överprövning av en offentlig upphandling. Rätten kan då besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden finns varken i LOU eller i de s.k. rättsmedelsdirektiv som 16 kap. LOU bygger på. De allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därmed tillämpliga.

Av 33 § andra stycket FPL framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är om förvaltningsrättens dom angår bolaget och går det emot i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL.

I RÅ 2005 ref. 47 uttalar Högsta förvaltningsdomstolen att domstolen i ett mål om offentlig upphandling kan, oavsett hur yrkandena utformas, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

När en domstol förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör utpekats som vinnande, har avgörandet ansetts ha en sådan betydelse för ställningen som anbudsgivare att det angår leverantören och går denne emot i den mening som krävs för talerätt, se HFD 2011 ref. 29. I HFD 2011 ref. 85 slogs fast att slutsatsen i HFD 2011 ref. 29 inte kunde utsträckas till att förstås så, att en leverantör som inte begärt överprövning hade rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse av det slag som var aktuellt i målet. Det ansågs därvid sakna betydelse vad utfallet blev eller kunde bli av en ny, rättad utvärdering.


Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 3129-11 och 3328-11 (HFD 2012 ref. 2) behandlat frågan om leverantörers talerätt när förvaltningsrätten har förordnat om att en upphandling ska göras om i stället för att rättas som leverantören yrkat. I dessa mål anförde Högsta förvaltningsdomstolen att det av praxis framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

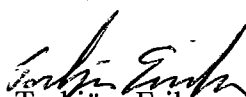
Kammarrätten gör följande bedömning.

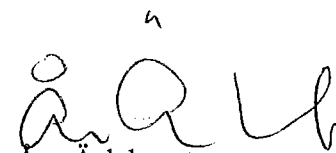
Av ovan redovisad praxis framgår att det avgörande för om bolaget ska anses ha talerätt i detta mål är om det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för bolaget. Här ska inte vägas in vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Förvaltningsrätten har i målet beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av en ny anbudsutvärdering. Ett sådant förordnande innebär varken att upphandlingen avbryts eller att någon annan leverantör utpekats som vinnare eller att någon exkluderas från det

vidare förfarandet. Ett nytt tilldelningsbeslut är vidare överprövningsbart av var och en som anser sig berörd i den mening som anges i 16 kap. 4 § LOU. Kammarrätten finner därför att förvaltningsrättens förordnande om rättelse inte kan anses ha en sådan betydelse för bolaget att bolaget har talerätt. Överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd
referent


Asa Ärlebrant
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



Bilaga A

SÖKANDE

Ragn-Sells AB, 556057-3452
Box 952
191 29 Sollentuna

Ombud: Bolagsjurist Börje Ryhn

MOTPART

Umeå vatten och avfall AB, 556492-0287
901 84 Umeå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom en ny utvärdering av anbudet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå Vatten och Avfall AB (UMEVA) genomför en öppen upphandling av Avfallshämtning i Umeå kommun, område C.

I beslutsprotokoll den 4 mars 2014 anges bl.a. att tre anbud inkommit och att Allmiljö i Umeå AB (Allmiljö) föreslås antas som leverantör.

Ragn-Sells Aktiebolag (Ragn-Sells) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse i form av en ny utvärdering där Allmiljö inte ska tilldelas några poäng för referensen från Vännäs kommun och således inte heller erhålla prisavdrag med 420 000 kr.

UMEVA bestrider bifall till ansökan.

Allmiljö har på eget initiativ inkommit med yttranden i målet.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Ragn-Sells

I bilagan Skallkrav anges under rubriken Krav 4.3 att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga två (2) stycken ifyllda referensbilagor som framgår av förfrågningsunderlagets bilaga "Referenstagning". Av dokumentet "Referenstagning" framgår att anbudsgivare endast kan tillgodogöra sig poäng på frågorna 1-4 för referenser där man arbetat med ID och vägning av kärl vid abonnent. Om ett referensuppdrag inte innefattat identifiering och vägning av kärl vid abonnent får inte några poäng tillgodoräknas för denna referens. Det framgår även av frågorna 1-4 i dokumentet att den upphandlande myndigheten efterfrågar referenser som utifrån egen erfarenhet kan uttala sig om anbudsgivarens tekniska system. I sitt anbud angav Allmiljö Sollefteå kommun

som en referens, trots att bolaget inom ramen för sitt uppdrag för denna kommun inte hade arbetat med ID eller vägning av kärll vid abonnent. Detta uppmärksammades efter anbudstidens utgång av UMEVA, som vid sin kontroll av referensen fick klart för sig att denna "inte hade erfarenhet av tekniska system där Allmiljö är leverantör". UMEVA tillät då Allmiljö att komplettera sitt anbud med en ny referens, Vännäs kommun, som ersättning för den ursprungligen angivna, för vilken inga poäng kunde ges.

Det har i förevarande fall inte funnits förutsättningar enligt 9 kap. 8 § LOU att tillåta Allmiljö att komplettera sitt anbud med en ny referens. Det är inte fråga om någon rättelse av ett sådant uppenbart fel som avses i 9 kap. 8 § första stycket LOU. För att ett fel ska kunna anses som uppenbart måste det rimligen redan av innehållet i själva anbudet kunna dras slutsatsen att anbudet är behäftat med ett fel i något bestämt avseende. UMEVA kunde inte i förevarande fall dra någon sådan slutsats utan att göra ett antal egna antaganden beträffande Allmiljö och vad företaget kan ha uppfattat av UMEVA:s intentioner samt Allmiljöes avsikter och erfarenheter av uppdrag där man arbetat med ID och vägning av kärll vid abonnent. UMEVA bortsåg därmed från de, utifrån anbudshandlingarna lika sannolika alternativen, att Allmiljö inte hade erfarenhet av fler än ett uppdrag där man arbetat med ID och vägning av kärll vid abonnent eller att företaget av något annat skäl inte ville eller kunde ange någon annan referens.

Eftersom helt nytt material tillfördes anbudet genom den nya referensen kan det inte heller anses vara fråga om ett sådant förtydligande eller en sådan komplettering som avses i 9 kap. 8 § andra stycket LOU. UMEVA borde därför inte ha tillåtit att Allmiljö angav en annan referens. Förfarandet strider mot likabehandlingsprincipen och har lett till skada för Ragn-Sells.

Det är inte riktigt att Allmiljö skulle kunna tillgodoräknas ett avdrag med 420 000 kr från anbudspriset enligt punkten 1.0.1 baserat på endast en korrekt

referens. För ett sådant avdrag krävs nämligen, enligt bilagan "Utvärderingsmodell", minst 6 års erfarenhet av ID- och vågsystem inom avfallshantering och dokumenterad erfarenhet av överföring till beställarens kundhanterings-system med 2,0 eller högre i medelbetyg från referenser. Det finns enligt bilagans ordalydelse helt enkelt inte utrymme för att beräkna ett avdrag baserat på endast en referens.

UMEVA

UMEVA tillät kompletteringen av Allmiljös anbud då man ansåg att Allmiljö uppenbart missförstått intentionen med kravet på referens och att referenssvaren varit en del av tilldelningskriterierna. Anbudsgivare som har för avsikt att lämna anbud i denna upphandling anger inte av något annat skäl än av misstag ett referensuppdrag där man inte arbetat med ID och vägning av kärl vid abonnent. Det har med tydlighet framgått av förfrågningsunderlaget, med bilaga "Referenstagning" i synnerhet, att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av att ha arbetat med ID och vägning av kärl för att erhålla reduktion av anbudssumman och tillgodogöra sig bättre möjlighet att vinna upphandlingen.

UMEVA anser därför att det varit ett uppenbart misstag, varför kompletteringen tillåtits. Det är också en komplettering som Allmiljö inte kunnat påverka i efterhand. Om Allmiljö inte gjort detta uppenbara misstag hade de lämnat den nu kompletterande informationen redan vid anbudsgivningen. UMEVA kunde också konstatera att Allmiljö i sitt anbud, bilaga "Förteckning över liknande uppdrag", påvisat att man har ett flertal stora kunder där man sannolikt arbetat med ID och vägning av kärl vid abonnent.

Allmiljö

Allmiljö bekräftar vad som framförts av UMEVA om att fel referens fogats till anbudet av misstag. Att det rör sig om ett uppenbart misstag står klart i och

med att Allmiljö därefter inte haft några som helst problem att åberopa referenser som uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Inte bara en gång, utan två gånger har Allmiljö kompletterat med nya referenser avseende arbeten som uppfyller kraven. Kompletteringen är gjord i enlighet med likabehandlingsprincipen och någon annan anbudsgivare har inte förfördelats. Samtliga anbudsgivare har fått komplettera sina anbud avseende referenser i någon mån och Allmiljö har inte getts någon fördel gentemot övriga anbudsgivare genom att tillåtas komplettera anbudet.

Efter att UMEVA konstaterat att flertalet anbudsgivare lämnat referenser från arbeten utförda åt beställaren själv och att detta var förenligt med förfrågningsunderlaget ombads anbudsgivarna att komplettera sina anbud med ytterligare referenser. Frågan gick ut till samtliga anbudsgivare och det synes ostridigt att likabehandlingen av anbudsgivarna upprätthölls.

Det är förvisso riktigt att en av Allmiljö's initialt ingivna referenser inte uppfyllde kravet på att arbetet skulle vara utfört med identifiering och vägning av kärll vid abonment. Efter genomförd första komplettering fanns dock tillgång till tillräckligt med referensmaterial för att ge Allmiljö maximalt prisavdrag vid anbudsutvärdering. Även för det fall UMEVA endast haft att utvärdera de inledningsvis ingivna referensarbetena har det inte framkommit något annat än att Allmiljö för den referens som avsåg tidigare arbeten för UMEVA fått tillräckligt höga poäng för ett snitt motsvarande nödvändiga 2,0 poäng och därmed maximalt avdrag om 420 000 kr.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

Under rubriken 2.5.2 *Anbudsgivning* anges bl.a. följande.

Förfrågningsunderlagets formulär ska användas som bifogats i detta förfrågningsunderlag. I det fall där speciell dokumentation begärs ska även denna bifogas anbudet. Med speciell dokumentation avses intyg, bokslut, eller bevis på certifiering, m.m. Vilken sådan dokumentation som ska bifogas framgår av webbformuläret skallkrav för anbudsinslämning.

I bilagan *Skallkrav* anges bl.a. följande under rubriken *Krav på bilaga 4.3*.

Vid inslämning ska [Referenser] bifogas anbudet. Filen bifogas i steg två av tre (2/3) vid anbudsinslämning.

Bifoga 2 st ifyllda referensbilagor som framgår av förfrågningsunderlaget bilaga Referenstagnning. Betygen kommer beställaren att inhämta från angiven referent och skall därför inte vara ifyllda vid anbudsinslämnandet.

I bilagan *Referenstagnning Avfallshämtning område C – II* anges bl.a. följande.

Frågor vid referenstagnning vid upphandling av avfallshämtning

Entreprenör:	<input type="text"/>
Kommun:	<input type="text"/>
Namn på referent:	<input type="text"/>
Telefonnummer:	<input type="text"/>
Uppdragets art:	<input type="text"/>
Ungefärlig årsomsättning:	<input type="text"/>

Beställaren kommer att kontakta de referenser som anbudsgivaren angett och ställa de frågor som anges nedan. Frågorna 1-4 berör specifikt vägning av avfall. Anbudsgivaren kan endast tillgodogöra sig poäng på fråga 1-4 för referenser där man arbetat med ID och vägning av kärl vid abonnent.

TEKNISKA SYSTEM	1	2	3	4
1. Har entreprenörens teknik för identifikation av kärl, vägning etc. fungerat tillfredsställande?				
2. Hur väl har entreprenörens arbete med att anpassa inrapportering av data och mottagande av hämtlistor eller liknande till och från kommunens verksamhetssystem fungerat?				
3. Har entreprenören erfarenhet av positionering med GPS och orderhantering via GPRS?				
4. Hur väl har entreprenören lyckats med att kvalitetssäkra vägningen behållare samt arbetet med att rätta till ev. fel på vägutrustningen?				

För varje fråga tilldelas ett betyg enligt följande skala:

4 p. Utmärkt

3 p. Bra

2 p. Godtagbart

1 p. Mindre bra

Det är referenten som anger betyget.

Utvärdering

I utvärderingsprotokollet för Allmiljö anges bl.a. följande under rubriken 1.0.1

Deklaration

Erfarenhet av tekniska system: Beskriv er erfarenhet av tekniska system som efterfrågas i entreprenaden. Utöver beskrivningen invägs omdömen från referenserna.

0 poäng – Tre års erfarenhet av ID-system inom avfallshantering eller personal i driftledning med tre års erfarenhet av ID-system inom avfallshantering (0 kr)

1 poäng – Minst tre års erfarenhet av ID- och vågsystem inom avfallshantering med 2,0 eller högre i medelbetyg från referenser (-210 000 kr).

2 poäng – Minst sex års erfarenhet av ID- och vågsystem inom avfallshantering samt dokumenterad erfarenhet av överföring till beställarens kundhanteringssystem med 2,0 eller högre i medelbetyg från referenser (-420 000 kr).

Leverantörens kommentar

Allmiljö har ca 14 års erfarenhet av uppdrag med avfallshämtning där ID- och vågsystem använts. Vi har erfarenhet av olika system för ID-läsning ex. Botek, Liros och SWT. För service och underhåll så används lokala verkstäder som har ett samarbetsavtal med respektive leverantör av ID- och vågutrustning. Vi har erfarenhet av Boteks vågar på fordonen. De fordon som vi använder i Umeåregionen idag har ID-läsning och vågutrustning från Botek och den läsutrustning som kommer att användas för Umeå område C blir sannolikt Boteks.

Svar	Poäng	Jämförelsetal
Uppfyller kraven för nivå 2 poäng	2	-420 000,00

Övrig utredning

Av e-postmeddelande den 5 mars 2014 från Ragn-Sells till Umeå kommun framgår bl.a. följande.

Vi ser att Allmiljö först har kompletterat med en referens 140207 pga. att man använt UMEVA som referens initialt. Reagerar dock på att Allmiljö har skickat ytterligare en ny referent den 140219. Vill du förtydliga varför man har gjort detta. Vi önskar även att få ta del av lämnade medelbetyg för de referenter som UMEVA har kontaktat angående Allmiljö.

Av e-postmeddelande den 5 mars 2014 från Umeå kommun till Ragn-Sells framgår bl.a. följande.

Det stämmer att vi hos er och Allmiljö begärde in en kompletterande referens som inte var UMEVA. Men det visar sig vid vår kontroll av referent från Allmiljö att denne inte har erfarenhet av tekniska system där Allmiljö är leverantör. Som allmän referens är detta acceptabelt men blir fel eftersom referenskontakten ska tas mot bakgrund av de frågor som skall ställas enligt blanketten. Vi tillåter att Allmiljö får komplettera med ytterligare en referent av denna anledning.

Lämnat medelbetyg som Allmiljö erhållit är:

Vännäs kommun	3,5 p
Nordmalings kommun	3,5 p

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får begära att 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av utredningen i målet framgår att Allmiljö i sitt ursprungliga anbud har uppgett Sollefteå kommun och UMEVA som referenser. UMEVA har härefter tillåtit Allmiljö och Ragn-Sells att ersätta sina referenser avseende UMEVA med nya, externa, referenser. Såvitt framgår av utredningen har UMEVA vid en senare kontroll av referenser uppmärksammats på att Allmiljös uppdrag åt Sollefteå kommun inte avsett ID och vägning av kärn vid abonnent, varefter Allmiljö tillåtit att inkomma med ännu en referens, Vännäs kommun. Vidare framgår att Allmiljö har tilldelats betyget 3,5 av såväl Nordmalings kommun som Vännäs kommun.

Det är i målet ostridigt att Allmiljö till sitt ursprungliga anbud bifogat referensuppgift från Sollefteå kommun, för vilken några utvärderingspoäng inte har kunnat tilldelas eftersom uppdraget inte avsett vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Det är vidare ostridigt att Allmiljö efter anbudstidens utgång getts möjlighet att inge nya referensuppgifter från Vännäs kommun.

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Bestämmelsen tar sikte på rena skrivfel eller uppenbara misstag i anbudets utformning. Någon sådan situation är enligt förvaltningsrättens mening inte för handen i förevarande mål. Utöver rättelse av uppenbara fel får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

En upphandlande myndighet måste vara restriktiv med att begära in förtydligande eller komplettering. Det får endast vara fråga om att konkretisera tidigare lämnade uppgifter och inte att tillföra nya. Då det i förevarande mål varit fråga om att tillföra nya uppgifter finns inte förutsättningar för att tillämpa bestämmelsen om förtydligande eller komplettering. I stället har Allmiljö efter

anbudstidens utgång getts möjlighet att tillföra sådana uppgifter som medfört att de kunnat tilldelas en högre poäng vid utvärderingen och således även ett större prisavdrag än om den ursprungliga referensen från Sollefteå kommun hade använts. UMEVA har härigenom agerat i strid mot principen om likabehandling, vilken kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

UMEVAS agerande har medfört att Ragn-Sells lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella bristen hänför sig till utvärderingen av anbudet anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt att utvärderingen av anbudet görs om.

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



Patrik Södergren

Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.