



SÖKANDE

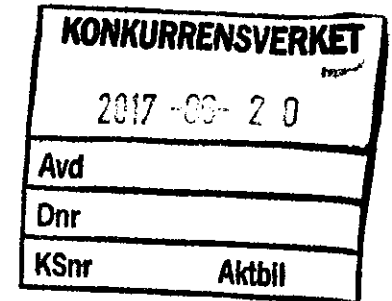
Techmarket Sweden AB, 556712-7823
Lindstedtsvägen 9
114 28 Stockholm

MOTPART

Aneby kommun
Box 53
578 22 Aneby

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Techmarket Sweden AB:s ansökningar om överprövning.

BAKGRUND

Aneby kommun (kommunen) genomför en upphandling som benämns *Behandling av näringsrika ytsediment till Aneby kommun – Ref 16/20*. Upphandlingen är uppdelad på två anbudsområden, muddring och avvattnings. Angiven utvärderingsprincip är värderingsprincipen lägst pris. Genom tilldelningsbeslut har NUVA AB antagits för båda anbudsområden. Techmarket Sweden AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att NUVA:s anbud inom det första området, muddring, ska förkastas och uteslutas från utvärderingen och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas.

Dok.Id 222578

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

Bolaget yrkar vidare att upphandlingen rättas på så sätt att NUVA:s anbud inom det andra området, avvattning, ska förkastas och uteslutas från utvärderingen och att ett nytt tilldelningsbeslut inte fattas.

Kommunen yrkar att bolagets ansökan ska avslås både vad gäller första och andra området.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Anbudsområde 1

Referensuppdrag

NUVA har inte redovisat varken referensuppdrag eller kontaktpersoner relaterat till det föreslagna momentet. De har därför inte visat att de har erfarenhet av den muddringsmetod de föreslagit. Det framgår inte heller att de har arbetat med de olika momenten, som det ställs krav på i förfrågningsunderlaget. Skallkravet är således inte uppfyllt och anbudet ska därför inte kvalificeras till fortsatt utvärdering.

Muddring

Den metod som NUVA har presenterat i sitt anbud leder till att grumling i vattenpelaren uppkommer, något som står i strid med förfrågningsunderlaget. NUVA har bedömt att arbeten förväntas ge minimal grumling, men de brister i att styrka det. Det finns här en tydlig skillnad i förhållande till uppställda skallkrav. Upphandlingen har inte heller beaktat 2 kap. 3 § miljöbalken eftersom den snarare för tekniken bakåt istället för framåt. Det vinnande anbudet får genom kopiering av teknik i valda delar tillfälliga kostnadsfördelar som gör att upphandlingen inte kan anses uppfylla upphandlingslagstiftningens grundprinciper.

Upphandlande parter har använt konstruktionsdata från bolagets patenterade system för låglödesmuddring och använt de som kriterier vid upphandlingen. Konstruktionsdata från bolaget har använts på ett tvivelaktigt sätt vilket också lett till brister i den kopierade lösningens funktion. Genom upphandlingen har kommunen kostnadsfritt delat bolagets konstruktionsdata till samtliga presumtiva anbudsgivare. Bolaget har lidit ekonomisk skada genom förlorade intäkter. Genom att bolaget haft kostnader för framtagandet av konstruktionsdata, som de andra anbudsgivarna inte har haft, följer upphandlingen inte principen om likabehandling. Därtill har kommunen inte bedömt de båda anbuderna lika vad gäller grumling under muddringsprocessen.

Anbudsområde 2

Kommunen har inte agerat korrekt eller i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU. Kommunen har använt konstruktionsdata och rön från bolaget och tillhandahållit dessa som kriterier vid upphandlingen, vilket står i strid med principen om likabehandling. Kommunen har även genom att använda kriteriet ”avvattning” istället för ”sortering” i upphandlingen uteslutit bolagets metod dekantercentrifug. De har därmed omöjliggjort en utvecklingslinje som går i linje med den stora samhällsutmaningen. Det upphandlade projektet följer inte miljöbalken och regeringens policy att föra utvecklingen framåt. Bolaget har lidit ekonomisk skada genom förlorade intäkter. Konstruktionsdata och rön från bolaget har använts på ett felaktigt sätt vilket leder till att skattebetalarnas pengar nu riskerar att användas utan att skapa värde. Den nya upphandlingsslagstiftningen ger utrymme för så kallade innovationspartnerskap, vilket innebär att den så viktiga växtnärringsfrågan kan få en mer vetenskaplig inramning än vad den har fått i det rubricerade projektet. Bolaget hemställer att förvaltningsrätten medverkar till att Aneby kommuns medfinansiering från staten sparas undan till dess att en mer långsiktig projektformulering har tagits fram.

Kommunen

Anbudsområde 1

Referensuppdrag

Det är oklart på vilket sätt bolaget anser att NUVA:s referensuppdrag inte motsvarar de krav på referensuppdrag som har ställts i upphandlingen. Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget går inte att utläsa att det finns ett krav på att anbudsgivaren ska redovisa uppdrag som avser den metod som offereras i anbudet. Att anbudsgivare offererar en annan metod för genomförande än den metod som använts i referensuppdraget strider inte mot kravet i 3.5 i förfrågningsunderlaget. NUVA:s anbud visar att bolaget har erfarenhet av arbeten i sediment inklusive upptag, avvattning, kontroll av grumlighets-spridning och dykning samt innehåller de beskrivningar som kommunen har krävt. Vid kontakt med de givna referenskunderna har NUVA:s lämnade uppgifter bekräftats. Det saknas grund för att utesluta NUVA för bristande uppfyllelse av krav på referenser. Bolaget tycks blanda ihop de krav som ställs på upphandlingsföremålet och de krav som ställs på anbudsgivarens tidigare erfarenhet. Kommunen har förhållit sig till upphandlingens krav.

Muddring

Bolaget har inte visat att det föreligger ett upphandlingsfel. Konkreta belägg för att NUVA:s metod inte motsvarar de ställda kraven saknas. Bolaget gör sannolikhetsbedömningar av metoden som helt tycks baseras på antaganden. NUVA har i sitt anbud angivit att de klarar de uppställda kraven både vid upptag och vid återföring av rejektvatten. Kommunen har inte funnit anledning att ifrågasätta de uppgifterna. Bolaget har anfört att NUVA:s anbud inte uppfyller kravet på grumling av vattenpelaren inte får förekomma, men de har inte presenterat några bevis för det. All verksamhet som berör sediment medför mer eller mindre grumling. En stor del av bolagets synpunkter avseende grumling besvaras av uppgifter vid annonseringen. Där har kom-

munen bl.a. gett förslag om gränsvärden och hantering. Det är anbudsgivarens skyldighet att följa uppkomna frågor och svar vid annonseringen. Vad som avses med "acceptabel grumling" är klargjort i annonseringsskedet och utgör därmed inte skäl för överprövning. Bolaget har inte gett in något underlag som visar på att deras metod medför s.k. nollgrumling. Bolaget har inte särbehandlats från övriga anbudsgivare. Bolaget har inte heller visat på vilket sätt kommunen inte skulle ha beaktat 2 kap. 3 § miljöbalken (1998:808) och hur det skulle påverka de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. En eventuell brist i miljöhänsen bör inte vara aktuell vid fråga om upphandlingsmål i förvaltningsrätt. Detsamma gäller bolagets påstående avseende patentinfrång.

Sammanfattning

Bolagets och NUVA:s anbud har prövats och utvärderats på samma sätt enligt kraven i upphandlingsunderlaget. Bolaget har inte visat att något krav inte är uppfyllt i anbudet från NUVA. Kommunen har agerat korrekt när de utvärderat och antagit NUVA:s anbud. Bolaget har inte heller visat att kommunen har överträtt ÄLOU.

Anbudsområde 2

Det framstår som att bolaget anser att kommunen har valt fel föremål för upphandlingen, att kommunen skulle ha upphandlat en avvattningsmetod med centrifug istället för att ställa funktionskrav för avvattning. ÄLOU är en förfarandelagstiftning för hur en upphandlande myndighet ska gå tillväga vid en upphandling. Den reglerar inte vad som ska köpas in, utan det är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma. Kommunen har definierat ett behov av att köpa in tjänst för avvattning av sediment och har till följd därav genomfört en upphandling av just avvattning. I kravställningen har preciserats vad som ska utföras och till vilket resultat. Kommunen har inte ställt krav på viss metod. Varken bolaget eller annan leverantör har således uteslutits från deltagande i upphandlingen. Den leverantör som har tilldelats

kontraktet har erbjudit en av flera metoder som finns på marknaden och den valda metoden uppfyller de krav som har ställts i upphandlingen. Upphandlingen syftar till att ta upp näringsrika sediment med lågt föroreningsinnehåll bl.a. för att nå det nationella miljömålet "Ingen övergödning" i sjöar och i förlängningen näringsbelastning på Östersjön. Förfrågningsunderlaget avser avvattning som medger högningsbara sediment. Användningen av sediment efter avvattning ingår inte i upphandlingen utan avgörs av huvudman. Av förfrågningsunderlaget framgår att återförandet till produktionsmark är en av flera möjligheter. Kommunen har valt vad för typ av tjänst som ska upphandlas och detta val kan inte ifrågasättas om det inte samtidigt visas att valet står i strid med upphandlingsregelverket. Bolaget har varken visat eller påstått det. Bolaget har inte heller klargjort på vilket sätt den påstådda felaktiga utformningen av upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Det är inte tillräckligt att bolaget anser sig lida eller kunna komma att lida skada, se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 96-13. Bolagets yrkande om att NUVA:s anbud på det andra området ska förkastas saknar grund och bolaget redogör inte för några brister i NUVA:s anbud. Bolaget har inte heller lämnat anbud på det andra anbudsområdet. Syftet med upphandlingslagstiftningen är primärt att värna den fria rörligheten av varor och tjänster inom EU:s inre marknad. Syftet är inte i första hand att de upphandlade myndigheterna ska göra bra affärer vid köp av varor och tjänster, se Kammarrätten i Jönköping mål nr 1084-11. Bolagets uppfattning om huruvida det är motiverbart eller inte att använda skattebetalarnas pengar till denna tjänst är därför inte relevant för utgången i målet. Bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska medverka till att kommunens medfinansiering från staten ska sparas till dess en mer långsiktig projektformulering har tagits fram går utanför vad förvaltningsrätten har att besluta om inom ramen för upphandlingsmål.

Sammanfattning

Bolaget har underlåtit att uppge vilka grundläggande EU-rättsliga principer eller övriga bestämmelser i ÄLOU som bolaget anser att kommunen har överträtt. Bolaget har därför inte heller visat att de har lidit eller riskerat att lida skada på grund av kommunens agerande. Bolaget har inte heller visat på något krav som inte är infriat i anbudet från NUVA.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt ÄLOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § ÄLOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i ÄLOU.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

Vad förvaltningsrätten har att pröva är om bolaget genom vad det har anfört och genom det underlag som det har åberopat har visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i ÄLOU och att det har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada

Vad bolaget har anfört avseende patent och patentinfrång omfattas inte av vad förvaltningsrätten kan pröva inom ramen för offentlig upphandling. Detsamma gäller vad bolaget har anfört avseende miljöbalken och miljökrav.

Anbudsområde 1

Bolaget har gjort gällande att den vinnande leverantören NUVA inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven avseende referensuppdrag och muddring. Bolaget har anfört att NUVA:s referensuppdrag inte avser den metod som de avser att använda i det aktuella uppdraget. Av förfrågningsunderlaget går dock inte att utläsa att det ställs krav på att referensuppdraget ska avse en viss metod. Av den utredning som finns i målet framkommer inte heller att den vinnande leverantören inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda villkoren avseende muddring.

Anbudsområde 2

Bolaget har anfört att det på grund av hur kommunen utformat förfrågningsunderlaget har uteslutits från att lämna ett anbud och att upphandlingen därmed inte följer principen om likabehandling. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv avgöra vad som ska upphandlas, så länge den inte bryter mot någon av de grundläggande principerna för upphandling. Kommunen har identifierat behov av att köpa tjänst avseende avvattning och i har i förfrågningsunderlaget angett vad som ska utföras och med vilket resultat. Av förfrågningsunderlaget kan inte utläsas att resultatet måste uppnås genom en viss metod. Av vad som framkommer i målet kan bolaget inte ha ansetts ha visat att kommunen genom förfrågningsunderlaget har brutit mot likabehandlingsprincipen och att bolaget därmed lidit skada till följd av förfrågningsunderlagets utformning.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kommunens förfarande varit i strid mot det upphandlingsrätts-

liga regelverket som därtill medfört eller riskerar att medföra att bolaget lider skada. Skäl för ingripande med stöd av ÄLOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökningar om överprövning ska därför avslås.

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

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth avgjort målen. Förvaltningsrättsnotarien Elisabeth Svedén har varit föredragande.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.