



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Karin Erixon

DOM
2013 -02- 2 8
Meddelad i
Malmö

Mål nr
11870-12 E

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Calluna AB, 556575-0675
Linköpings slott
582 28 Linköping

MOTPART

Tomelilla kommun
Gustafs Torg 16
273 80 Tomelilla

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -03- 0 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Malmö stad får avsluta upphandlingen avseende recipientkontrollprogram för Nybroån med tillflöden först sedan förnyad anbudsutvärdering skett vid vilken anbudet från Ekologgruppen i Landskrona AB inte får beaktas.

Dok.Id 143311

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Vattenrådet för Nybroån, Kabusaån och Tygeån, företrädda av Tomelilla kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende recipientkontrollprogram för Nybroån med tillflöden. Upphandlingen genomförs som förenklad upphandling enligt LOU. Av tilldelningsbeslut den 12 november 2012 framgår att uppdraget tilldelats Ekologgruppen i Landskrona AB (Ekologgruppen).

Calluna AB (Calluna) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att rättelse ska ske genom att tilldelat anbud förkastas och att Calluna tilldelas kontraktet. Som skäl har anförts i huvudsak följande. Kommunen har fattat ett felaktigt beslut i det att anbudsgivare antagits som inte uppfyller ställda krav i upphandlingsunderlaget och dess bilaga med kravspecifikation. I upphandlingsunderlaget ställs krav på att anbudsgivaren ska vara ackrediterad för provtagning och analys. Vidare framgår av upphandlingsunderlaget att dessa ”skallkrav måste ovillkorligen vara uppfyllda för att anbudet ska utvärderas vidare”. Calluna uppfyller samtliga ställda krav, antingen själva eller genom åberopad kapacitet hos underleverantörer vilket framgår av kommunens beslutsbilaga, Bilaga 4. I samma beslutsbilaga framgår att vinnande leverantör inte uppfyllt ställda krav. Ändå har kommunen beslutat att anta leverantör som inte uppfyller ställda krav. Detta medför att Calluna lider skada genom att ha förlorat en affärsmöjlighet. Inte heller den tredje anbudsgivaren uppfyller ställda krav på ackreditering vilket också framgår av kommunens beslutsbilaga. I beslutsbilagan har varje leverantör utvärderats i förhållande till ställda krav och denna utvärdering framgår i en tabell, Bilaga 4. I tabellens tredje punkt, andra stycket anges kravet: *Provtagare och laboratorium, eget och eventuella underkonsulter, skall vara ackrediterade för respektive analys i enlighet med SNFS 1990:11 MS:29.* De enda undantagen för ackreditering gäller själva provtagningen och mätningen men inte analys. Analys görs på

laboratorium och här gäller ackreditering. Calluna lägger årligen ner stora resurser på ackreditering av verksamheten och börjar upphandlande myndigheter att frångå Naturvårdsverkets författningar så innebär det att Calluna inte är konkurrensneutrala gentemot oackrediterade leverantörer. Det innebär att LOU:s principer om likabehandling inte uppfylls. Upphandlingen strider på ovan angivna grunder mot grundläggande principer i LOU samt att alla ställda krav i upphandlingsunderlagen ska följas vid beslutet om tilldelning. Därmed är Callunas anbud det enda som kan komma ifråga för utvärdering och ska antas. Den leverantör som antagits uppfyller inte skallkrav för uppdragets utförande och borde inte ha varit föremål för utvärdering. Calluna förlorar härigenom en affärsmöjlighet.

Kommunen har i första hand yrkat att förvaltningsrätten ogillar Callunas ansökan om överprövning. Om förvaltningsrätten skulle finna att det förekommit fel vid upphandlingen yrkas i andra hand att kommunen åläggs att göra om upphandlingen. Man har anfört i huvudsak följande. Vid genomförd utvärdering har tre anbudsgivare funnits uppfylla de skallkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget varefter tilldelningsbeslut har meddelats, vari Ekologgruppen har utsetts till leverantör. Det kan konstateras att den antagna leverantören Ekologgruppen sedan många år är ackrediterade av Swedac, vilket framgår av deras anbud och därtill hörande bilagor med bevis på detta. För vissa analyser samarbetar Ekologgruppen med ALcontrol som i sin tur också är ackrediterade för dessa. Det senare framgår liksom av inlämnat anbud och därtill hörande bilagor. För viss del, nämligen påväxtundersökningar, samarbetar Ekologgruppen med en av landets ledande experter inom området, Amelie Jarlman, som ansvarar för analys och utvärdering av påväxtprover. Kommunen menar att Ekologgruppen genom Amelie Jarlman uppfyller de krav som uppställts i anbudsfrågan och i Statens naturvårdsverks kungörelse med föreskrifter om kontroll av vatten vid ackrediterade laboratorier m.m., SNFN 1990:11 MS:29. Calluna har uppgett att de enda undantag som kan göras från ackreditering gäller

provtagning och mätning. Kommunen menar dock att undantag kan göras även för annat arbete med stöd av 7 § i kungörelsen och att så görs av statliga myndigheter, bl.a. Havs- och vattenmyndigheten och Länsstyrelsen i Skåne, vad gäller Amelie Jarlman. Kommunen finner inte skäl att tillämpa bestämmelserna på annat sätt än vad som görs av Havs- och vattenmyndigheten m.fl. I utvärderingsunderlaget har detta angetts som att Amelie Jarlman har dokumenterad kunskap och har deltagit i framtagande av de nationella bedömningsgrunderna. Slutligen vill kommunen framföra att om förvaltningsrätten trots allt skulle finna att utvärderingen av skallkraven inte har gått till på ett acceptabelt vis så bör kommunen åläggas att göra om upphandlingen. Med Callunas resonemang finns bara en anbudsgivare som uppfyller skallkraven och därmed finns det heller inte någon konkurrenssituation. Likaså ligger detta anbud klart över vad som Kommunen har budgeterat för ifrågavarande arbete och det finns därför ingen ekonomisk möjlighet att anta detta anbud.

Calluna har svarat och angett i huvudsak följande. Calluna lägger årligen stora ansträngningar på att uppfylla skallkrav i upphandlingar och inte sällan anlitas t.o.m. laboratorier utomlands som underkonsulter för att verkligen klara kraven. När bolaget själva inte kan uppfylla kraven och de verkar svåra eller orimliga ställer Calluna frågor under anbudstiden. Ibland får bolaget gehör och villkoren i förfrågningsunderlaget förändras. Då är alla aktörer med på vad som gäller och vad det är man ska räkna på. I denna upphandling har inga frågor om skallkraven vad gäller ackreditering ställts. Kommunen har inte heller under anbudstiden gått ut med ett förtydligande om att ackrediteringskravet kan komma att ändras. Detta hade varit det korrekta sättet om kommunen menade att det räcker att utföraren enbart besitter kompetens men inte behöver vara ackrediterad. 7 § SNFS 1990:11 MS:29 anger att undantag kan medges om särskilda skäl föreligger men för att detta ska fungera med LOU så måste det vara klarlagt innan upphandlingen. Bara för att kommunen har hittat en billigare leverantör kan man

inte åsidosätta förfrågningsunderlagets skallkrav genom att i efterhand hänvisa till en paragraf i SNFS 1990:11 MS:29. Calluna ifrågasätter inte Amelie Jarlmans kompetens, tvärtom känner bolaget väl till henne och vet att hon är en duktig specialist. Men om kompetens är något personligt som man kommer i besittning av så är ackreditering något helt annat. För det första gäller en ackreditering en organisation och inte en person. Med ackrediteringen följer ett antal åtaganden som den utförande organisationen åtagit sig. Att erbjuda rätt kompetens är en viktig del i detta åtagande men långt ifrån det enda. Ackreditering handlar framför allt om att säkra kvaliteten i utförande åt kunden på ett systematiskt och uppföljningsbart/dokumenterat sätt. Det handlar om att det ska finnas ett antal rutiner som ska minimera att fel uppkommer och att det ska finnas en beredskap för att rätta eventuella fel samt en arbetsmetod som ska förebygga att fel uppkommer. Calluna lägger ner stora summor på ackreditering varje år. Bolaget brukar inte lämna anbud på uppdrag där ackrediteringskrav saknas eftersom de vet att de har en större kostnadskostym än icke ackrediterade utförare. I detta fall lider Calluna ekonomisk skada genom att kommunen ändrar skallkrav och förutsättningar genom att ta bort ackrediteringskravet för en analys. Calluna anser att upphandlingen inte ska göras om. Förfrågningsunderlag och process har varit korrekta och det är endast vid utvärderingen av anbuden som misstag begåtts. Calluna ställer sig frågande till att det skulle saknas ekonomiska möjligheter för att kunna acceptera anbudet. Ekologgruppens anbud låg på 522 420 kr och Callunas på 580 000 kr. Skillnaden är 12,5 % och det vore mycket märkligt om kommunen inte skulle haft beredskap för denna prisbild.

Ekologgruppen har beretts tillfälle att yttra sig och anfört bl.a. följande. Ekologgruppen anser att ansökan om överprövning ska ogillas. Kommunen har tydligt redovisat att det skallkrav frågan gäller ska tolkas i enlighet med föreskrifter kungjorda i SNFS 1990:11 MS:29. I denna föreskrifts 7 § anges att undantag från ackrediteringskrav för kontroll av vatten kan med-

ges om det finns särskilda skäl. Calluna skriver att misstag begåtts när anbuderna utvärderats. Ekologgruppen delar inte denna uppfattning, utan anser att utvärderingen varit korrekt. Möjligen borde det i utskickad dokumentation om utvärderingen tydligare framgått varför Ekologgruppens anbud lever upp till skallkravet anseende påväxtanalys, trots att formell ackreditering för analysmomentet inte redovisats. Denna brist påverkar dock inte på något sätt anbudsutvärderingen eller upphandlingsförfarandet i sak. För Ekologgruppen är det självklart att premisserna för upphandling inte kan ändras i efterhand. Det förbehåll som anbudsunderlaget gav, avseende hur skallkravet på ackreditering skulle tillämpas, har utgjort grunden för utformningen av Ekologgruppens anbud. Hade kravspecifikationen sett annorlunda ut, t.ex. utan hänvisning till nämnda föreskrift, hade Ekologgruppen erbjudit tjänster anpassade till detta, t.ex. genom att anlita Amelie Jarlman inom ramen för ackrediterad verksamhet. Om spelreglerna för upphandlingen skulle ändras i efterhand kommer Ekologgruppen inte att godta detta utan åtgärd.

DOMSKÄL

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Där-

vid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I den kravspecifikation som bilagts anbudsintjudan har i punkt 3 andra stycket angetts att: *Provtagare och laboratorium, eget och eventuella underkonsulter, skall vara ackrediterade för respektive analys i enlighet med SNFS 1990:11 MS:29. I anbudssvaret redovisas dokumentation om ackreditering.*

Enligt 3 och 4 §§ SNFS 1990:11 MS:29 skall obligatorisk kontroll utföras av ackrediterat laboratorium. Undantag kan göras för sådan del av den obligatoriska kontrollen som avser mätning eller provtagning. Enligt 7 § kan Statens naturvårdsverk medge undantag från bestämmelser i denna kungörelse, om det finns särskilda skäl.

I målet är ostridigt att Amelie Jarlman, som anlitats av det vinnande bolaget Ekologgruppen, inte är ackrediterad, och att undantag enligt 4 § SNFS 1990:11 MS:29 inte är tillämbart. Amelie Jarlmans kompetens som sådan för de aktuella arbetsuppgifterna har inte ifrågasatts. Fråga i målet är huruvida Ekologgruppen utifrån dessa förutsättningar kan anses uppfylla det skallkrav som ställs i kravspecifikationens punkt 3 andra stycket, och om det av anbudsintjudan tillräckligt tydligt framgått vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas.

Kravet så som det är formulerat kan enligt förvaltningsrättens mening svårigen förstås på annat sätt än att provtagare och laboratorium ska vara ackrediterade. Hänvisningen till SNFS 1990:11 MS:29 innebär en precisering av detta krav. Även om det i 7 § förekommer en dispensregel kan det inte sägas framgå att hänvisningen till författningen också innebär att avsteg från kravet på ackreditering kan komma att ske utifrån allmänna bedömningar om kompetens eller liknande. En så vittgående bedömningsmöjlig-

het för kommunen står i strid mot det tydligt uppställda kravet på ackreditering. Förvaltningsrättens uppfattning är således att kommunen antagit Ekologgruppens anbud trots att det inte uppfyllt kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Vid sådana förhållanden föreligger skäl för ingripande enligt LOU och Calluna AB:s ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom ny anbudsutvärdering där anbudet från Ekologgruppen i Landskrona AB inte får beaktas. I vilken mån en sådan utvärdering skulle innebära att upphandlingen skulle ske i en alltför begränsad konkurrenssituation omfattas inte av förvaltningsrättens prövning i förevarande mål.

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



Jan Bratt



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive 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.

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

DV 3109/1B LOU