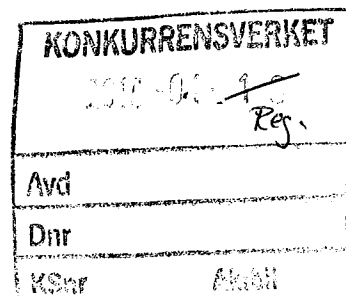




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-04-11
Meddelad i Linköping

Mål nr
794-18



SÖKANDE

Eddima Teknik AB, 556655-2476
Industrigatan 15
602 23 Norrköping

Ombud: Advokaten Henrik Stenberg och jur. kand. Anna-Lisa Agneheim
Avenir Advokater AB
Drottninggatan 19
602 24 Norrköping

MOTPART

Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut, 202100-0696
601 76 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse i form av en ny anbudsutvärdering varvid Vallacom AB inte ska anses uppfylla börkravet enligt punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet.

Dok.Id 321551

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI) genomför en upphandling av ramavtal avseende elarbeten, dnr 2017/2089/2.3. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. SMHI meddelade den 8 januari 2018 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Vallacom AB (Vallacom) tilldelades kontraktet. Efter det att Eddima Teknik AB (Eddima), vars anbud kvalificerats till anbudutvärderingen, kontaktade SMHI med begäran om förnyad anbudsutvärdering varvid Bolaget skulle tilldelas ett prisavdrag enligt punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet, beslutade SMHI att återkalla meddelat tilldelningsbeslut. Vallacom har därefter begärt att också tilldelas nämnt prisavdrag. Vid en ny utvärdering fann SMHI att båda bolag uppfyllde det i punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet uppställda börkravet och skulle tilldelas prisavdrag om 75 kr, vilket medförde att slutresultatet blev detsamma. Med anledning av detta meddelade SMHI den 24 januari 2018 ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket Vallacom tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Eddima ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse med innebörden att Vallacom vid en ny anbudutvärdering inte ska erhålla prisavdraget enligt punkten 2.2.5.

SMHI anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Eddima

Enligt ordalydelsen av ställt krav i punkten 2.2.5 är det anbudgivarens registrerade fordonspark som ska beaktas vid kontroll av om börkravet avseende

Euro 6 är uppfyllt eller inte. Både Vallacom och Eddima har vid anbudsutvärdering ansetts uppfylla börkravet och tilldelats ett prisavdrag om 75 kr vardera. Vallacom har dock inte uppfyllt aktuellt börkrav. Inte något av de fordon som är registrerade på Vallacom uppfyller emissionskravet Euro 6, och Vallacom har inte heller åberopat annans kapacitet för uppfyllande av kravet. Genom att tilldela Vallacom ett prisavdrag trots att dess anbud inte uppfyllt aktuellt krav har SMHI agerat i strid med likabehandlingsprincipen enligt LOU.

SMHI har redogjort för att man anser att Vallacom uppfyller kravet genom att dess moderbolag Instalco Sverige AB (Instalco) har fordon som uppfyller kravet Euro 6 och som enligt uppgift från Vallacom används i bolaget. Vilka fordon som finns registrerade på Instalco är dock inte relevant enligt vad som framgår av upphandlingsdokumentet, eftersom kravet rör anbudsgivarens registrerade fordonspark. Det ska därför inte tas med vid en utvärdering för om Vallacom såsom anbudsgivare uppfyller ställda krav i upphandlingen. Att beakta Instalcos fordon vid en utvärdering av Vallacoms anbud är i strid med upphandlingsdokumentet och medför i sig en särbehandling av Vallacoms anbud i strid med likabehandlingsprincipen.

I Sverige kan fordon formellt sett endast ha en registrerad ägare. Börkravets ordalydelse medför att det är anbudsgivaren som ska inneha en fordonspark där minst hälften av fordonen uppfyller emissionskraven enligt Euro 6 för att kravet ska anses vara uppfyllt. Bolagets uppfattning avseende kravets innebörd får stöd av att SMHI i målet för egen del uppgett att avsikten vid upprättande av upphandlingsdokumentet i den aktuella upphandlingen varit att fordonen skulle finnas registrerade på anbudsgivaren hos Transportstyrelsen, vilket i sin tur betyder att avsikten var att fordonen skulle ägas av anbudsgivaren.

Vallacom ska efter lämnande av anbud ha uppgett till SMHI att fordonen ifråga används av Vallacoms personal, vilket då skulle vara tillräckligt enligt SMHI. Förutsättningarna är dock givet det sagda att Vallacom i sådant fall vid utförandet av uppdraget kommer att utnyttja annans kapacitet avseende fordonsinnehav. Vallacom har dock i sitt anbud uppgett att man avser att utföra uppdraget helt i egen regi, vilket torde innefatta att anbudsgivaren i vart fall vid lämnande av anbud avsett att använda de bilar som bolaget själva äger. Vallacom har därför inte mot bakgrund av hur dess anbud är utformat, avseende uppgiften om att uppdraget ska utföras i egen regi, uppfyllt det i upphandlingen ställda börkravet. Att trots det vid utvärdering ge Vallacom ett prisavdrag är i strid med likabehandlingsprincipen.

SMHI:s påstående att Eddimas och Vallacoms anbud har behandlats likvärdigt då dess administration avseende fordonsinnehav kan likställas med varandra stämmer inte eftersom Eddima är ägare till de fordon som ska användas inom ramen för uppdraget, vilket Vallacom inte är. Eddimas fordon finns registrerade på ett filialnummer som Transportstyrelsen har tilldelat Eddima och som sedan har kopplats till det bolag som administrerar Eddimas fordonspark. Fordonen, som uppfyller det ställda börkravet, ägs således alltjämt av Eddima. Den fordonspark som Vallacom har hänvisat till finns registrerade på ett filialnummer som tillhör Instalco som i sin tur överlåtit administrationen till ett annat bolag. Fordonen, som uppfyller det ställda börkravet, ägs således ostridigt av någon annan än Vallacom.

SMHI:s resonemang rörande det bakomliggande syftet med miljökraven och varför det är tillräckligt att anbudsgivaren disponerar fordonen för att uppfylla börkravet är inte relevant, då det inte stöds av ordalydelsen av kravet. Därtill har det inte heller framkommit sådana omständigheter som visar att enbart Vallacom använder sig av de fordon som finns registrerade på dess moderbolag. Eddima kan inte vitsorda att Vallacom disponerar över samtliga fordon som finns uppgivna i bolagets miljörapport eller att Vallacom

står för leasingkostnaderna för samtliga av de fordon som Instalco uppges vara ägare till i samma rapport. Det finns heller inte något som talar för att Vallacom är leasingtagare av de fordon som anges i miljörapporten.

Då Vallacom inte har några fordon med klassificeringen Euro 6 innebär det att anbudet inte har uppfyllt börkravet och att Vallacom rätteligen inte skulle ha erhållit ett prisavdrag vid utvärdering av sitt jämförelsepris. Eddimas anbud, som uppfyllt alla ställda krav inklusive börkravet, borde således efter genomförd utvärdering ha erhållit lägsta jämförelsesumma och skulle då ha antagits som anbudsgivare med lägsta jämförelsepris. Eddima har därmed lidit skada av att Vallacoms anbud utvärderats på ett felaktigt sätt och då det antagits i anledning därav.

SMHI

SMHI har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU och 4 kap. 10 § LOU vid sin anbudsutvärdering och sedermera vid tilldelningsbeslut i aktuell upphandling. Eddima har inte lidit skada då upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU.

Det SMHI efterfrågade i punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet var vilka fordon som fanns registrerade på respektive bolag. SMHI var av uppfattningen, då punkten 2.2.5 författades, att man genom att kontakta Transportstyrelsen och där uppge ett bolags organisationsnummer kunde få fram de fordon som bolaget i fråga har i sin fordonspark. Detta visade sig under upphandlingens gång vara felaktigt. I Eddimas fall finns bolagets fordon registrerade på ett filialnummer som sedan är kopplat till det bolag som administrerar fordonsparken, Bilreda AB. Vallacoms fordon finns registrerade på ett filialnummer tillhörande moderbolaget Instalco som sedan är kopplat till det bolag som administrerar Instalcos dotterbolags bilar, Volkswagen Finans.

Vallacom har till SMHI gett in ett register över de fordon som innehas och används av Vallacom. Registret utgör en del av Vallacoms miljörapport till det bolag som reviderar Vallacoms kvalitets- och miljöarbete. Vallacom uppgav att större delen av deras fordonspark formellt ägs av Instalco, men att bilarna används av personal anställd av Vallacom. För att styrka att fordonen används av Vallacom pekade Vallacom särskilt på kolumnerna "Förare" där enbart personer anställda av Vallacom stod angivna som förare och "Arbetsplats/stad" där Norrköping/Linköping stod angivna i Registret. Moderbolaget Instalco finns i Stockholm. Vallacom förklarade att de fordon som står registrerade på Vallacom hos Transportstyrelsen är de fordon som finns kvar från tiden innan Vallacom blev uppköpt av Instalco. På sikt kommer Vallacoms fordonspark helt att ägas av Instalco.

Anledningen till att SMHI formulerade det bör-krav som framgår av punkten 2.2.5 var att SMHI önskar att det bolag som tilldelas upphandlingen ska använda sig av bilar i miljöklass Euro 6 i så stor utsträckning som möjligt då det kör till och från SMHI för att utföra elarbeten. Syftet var således att upphandla en så miljövänlig leverantör som möjligt vad avser de fordon som används vid utförandet av tjänsten. För att kunna utvärdera med detta som grund ville SMHI koppla fordonsparken till anbudsgivaren, därav formuleringen "anbudsgivarens registrerade fordonspark". SMHI har dock inte uppställt krav på vilket register fordonen ska finnas i. Ordet register måste tolkas i vid bemärkelse för att uppnå det syfte som bör-kravet är tänkt att uppfylla. Det är SMHI:s uppfattning att registret som Vallacom bifogat sitt anbud utgör ett sådant register som på ett tillfredsställande sätt kopplar fordonen till Vallacom, och det uppfyller således det bakomliggande syftet med bör-kravet. Ordalydelsen i punkten 2.2.5 hindrar inte en sådan tolkning. SMHI menar att det är säkerställt att Vallacom de facto disponerar den åberopade fordonsparken genom att man bl.a. står för leasingkostnaderna hänförliga till densamma. Detta medför att Vallacom inte kan anses åberopa

annans kapacitet, såsom Eddima gör gällande.

Vem som disponerar ett fordon är inte att likställa med vem som är formell ägare av ett fordon. Det kan här framhållas att man inte formellt äger ett fordon som man leasar. Om man ska dra det till sin spets kan man säga att den formella ägaren av de fordon som Vallacom disponerar är Volkswagen Finans, i egenskap av leasinggivare. Av utredningen framgår inte om Eddimas fordon ägs av Bilreda AB och leasas av Eddima, men enligt SMHI är detta inte relevant, så länge fordonen disponeras av Eddima. Om man gör kopplingen till fordonsregistret och ägande i kombination, såsom Eddima gör gällande, innebär detta att fordon som är leasade inte skulle kunna åberopas, vilket aldrig har varit SMHI:s avsikt. Detta visar att SMHI aldrig har avsett att begränsa fordonsparken enbart till fordon som formellt ägs av anbudsgivaren.

Eddima och Vallacom har således inte behandlats olika. Eddima lämnade informationen om sin fordonspark i samband med att överklagandeskriften skickades in och Vallacom efter att ha beretts möjlighet till detsamma av SMHI. Att väga in hur bolagen väljer att organisera sig och hur de hanterar den administration som är nödvändig för den verksamhet man bedriver hade i SMHI:s mening inneburit ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Att enbart låta Eddima komplettera med uppgifter om fordonsparken hade enligt SMHI:s bedömning däremot inneburit ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Att SMHI agerade på detta sätt var känt av båda bolagen. Upphandlingen är således genomförd i enlighet med de grundläggande principerna i 4 kap 1 § LOU samt 4 kap. 10 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingsdokument

Av avsnittet *Kravspecifikation* i upphandlingsdokumentet framgår, såvitt här är relevant, följande.

2.1.1 Underleverantörer

Anbudsgivaren har möjlighet att anlita underleverantörer för utförande av delar av uppdraget och denne/dessa ska då tydligt redovisas i anbudet, samt uppfylla kvalificeringskrav.

Anbudsgivaren ska på begäran av SMHI kunna visa upp ett samarbetsavtal eller liknande som visar att underleverantören åtar sig att ställa resurser till förfogande enligt uppdrag.

Anbudsgivaren ska i nedanstående fritextsvar ange om underleverantör kommer att användas för hela eller delar av uppdraget.

Fritext

[...]

2.2.5 Börkrav Euro 6

Minst 50 % av anbudsgivarens registrerade fordonspark bör uppfylla emissionskraven enligt Euro 6.

SMHI kontrollerar om börkravet är uppfyllt. Om börkravet är uppfyllt erhåller anbudsgivaren ett prisavdrag om 75 SEK ifrån totalpriset i prismatrisen.

Ja/Nej. Ja önskas.

Förvaltningsrättens bedömning

För att förvaltningsrätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om innebörden av det ställda börkravet enligt punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten konstaterar att SMHI enligt ordalydelsen av det aktuella kravet, för att tilldela det till kravet hörande prisavdraget, har erfordrat att minst hälften av anbudgivarens registrerade fordonspark uppfyller emissionskraven enligt Euro 6. Någon närmare förklaring av begreppet registrerad fordonspark finns varken i punkten 2.2.5 eller i övrigt i upphandlingsdokumentet.

SMHI har i målet anfört att SMHI:s initiala uppfattning, då punkten 2.2.5 författades, var att man genom att kontakta Transportstyrelsen och där uppges ett bolags organisationsnummer kunde få fram de fordon som bolaget i fråga har i sin fordonspark. SMHI:s uppgift innebär enligt förvaltningsrätten att det ställda kravet åsyftar anbudgivarens i bilregistret registrerade fordonspark och därmed således den fordonspark för vilken en anbudsgivare är registrerad ägare. Detta stämmer överens även med den tolkning av begreppet som följer av allmänt språkbruk och som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare därför haft att räkna med. Att SMHI under upphandlingens gång blivit varse att det ställda kravet enligt en sådan tolkning skulle få oönskade konsekvenser innebär varken att kravet kan ges en ny tolkning eller att SMHI med anledning av detta kunde ge sig rätt att göra avsteg från det ställda kravet för att tilldela anbudgivarna prisavdrag, alldeles oberoende av om SMHI därvid behandlade samtliga anbudsgivare på samma sätt eller inte.

Det är i målet otvistigt att Vallacom i bilregistret varken på eget organisationsnummer eller genom ett filialnummer som hör till Vallacom är registrerat som ägare för fordon som uppfyller emissionskraven enligt Euro 6. Vallacom uppfyller således på egen hand inte det ställda börkravet i punkten 2.2.5. Då Vallacom inte heller i enlighet med punkten 2.1.1 i upphandlingsdokumentet angett att bolaget kommer att använda sig av annat företags kapacitet, i det här fallet moderbolaget Instalcos fordon, uppfyller Vallacom således inte det angivna börkravet och SMHI har därmed saknat fog för be-

slutet att tilldela bolaget prisavdraget enligt punkten 2.2.5. Huruvida Vallacom visat att bolaget de facto disponerar moderbolagets fordon är utifrån kravets innebörd och det ovan anförda irrelevant och föranleder därför ingen annan bedömning. Skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

SMHI har i målet invänt att SMHI har behandlat Vallacom och Eddima lika eftersom inte heller Eddima är på sitt organisationsnummer registrerat som ägare till fordon och trots detta tilldelats aktuellt prisavdrag. Aktuell invändning har bäring på frågan om Eddima kan anses lida eller riskera att lida skada till följd av de upphandlingsfel Eddima gjort gällande. Frågan är då om förvaltningsrätten, inom ramen för detta mål, har att beakta den invändning som SMHI framfört i aktuellt hänseende.

I kammarrättspraxis förekommer tre synsätt i frågan huruvida invändningar från upphandlande myndighet i en överprövningsprocess att sökandens tidigare godtagna anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kan prövas. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 5929-10 kommit fram att sådana invändningar inte kan tas upp till sakprövning. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 741-13 och 1641-15 uttryckt att sådana invändningar kan sakprövas men endast i den del de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan, t.ex. rörande ett visst obligatoriskt krav. Kammarrätten i Stockholm i mål 924-12 och Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1507-16 har i sin tur kommit fram till att sådana invändningar kan sakprövas fullt ut. Något avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som klargör rättsläget finns inte.

I aktuellt mål rör SMHI:s invändning uppfyllelsen av ett börkrav. Något skäl i relevant avseende att göra åtskillnad beroende på om frågan rör obligatoriska krav eller börkrav föreligger emellertid enligt förvaltningsrätten inte.

Främst med hänsyn till att det står den upphandlande myndigheten fritt att ompröva sin tidigare anbudsutvärdering såväl under som efter en överprövningsprocess kan inte förvaltningsrätten finna att vare sig effektivitetshänsyn, processekonomiska fördelar, kravet på likabehandling eller upphandlingsmålens särskilda karaktär under förevarande förhållanden kan motivera avsteg från den generella principen om reformatio in pejus, dvs. att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller dom överklagas. Det SMHI anfört rörande Eddimas uppfyllelse av det aktuella börkravet kommer därför inte att beaktas inom ramen för detta mål.

Mot bakgrund av det ovan anförda har förvaltningsrätten att utgå ifrån att Eddima uppfyller det ställda börkravet och att Eddima därmed efter prisavdrag om 75 kr har en jämförelsesumma som är lägre än Vallacoms offererade pris. Eddima skulle därmed rätteligen ha tilldelats kontraktet och lider därmed skada genom SMHI:s ovan konstaterade överträdelse. Ansökan ska därmed bifallas.

SMHI:s överträdelse är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering görs varvid Vallacom inte ska anses uppfylla börkravet enligt punkten 2.2.5 i upphandlingsdokumentet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Annika Lowén

Lagman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

