



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-09-19
Meddelad i Härnösand

Mål nr
2213-16 E

SÖKANDE

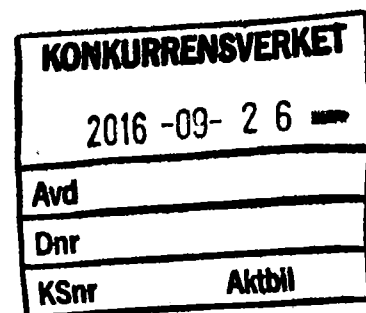
Lundstams Återvinning AB, 556493-0211
Box 5003
831 05 Östersund

MOTPART

Härjedalens kommun
Medborgarhuset
842 80 Sveg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 113019

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Härjedalens kommun (kommunen) genomför upphandling av transport och behandling av avfall från återvinningscentraler (dnr 16/30). Upphandlingen genomfördes först med öppet förfarande och tilldelningsgrunden lägsta pris. Då inga anbud inkom, övergick kommunen till förhandlat förfarande. Fyra leverantörer bjöds in varav Lundstams Återvinning AB (Lundstam) och Stena Recycling AB (Stena) lämnade anbud. Förhandlingar med anbudsgivarna genomfördes den 7 och 8 juni 2016. Tilldelningsbeslut fattades den 20 juni 2016 då Stena erhöll kontraktet. Ett andra tilldelningsbeslut fattades den 27 juni 2016 med tillägget att avtalsspärr råder fram till den 8 juli 2016.

YRKANDEN M.M.

Lundstam begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan den rättats på så sätt att Stenas anbud diskvalificeras varvid Lundstam tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen ska göras om då kommunen i kvalificeringsfasen agerat på ett godtyckligt sätt, utan transparens, likabehandling och förutsägbarhet och därmed förbehållit sig fri prövningsrätt. Lundstam anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Enligt Stenas anbud kommer de använda sig av en underleverantör. Det finns ingenting i inlämnade handlingar som styrker att Stena förfogar över underleverantörens kapacitet. I protokollet från förhandlingen mellan kommunen och Stena nämns ingenting om att detta har kontrollerats. I enlighet med 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Eftersom det inte är styrkt att Stena förfogar över underleverantörens kapacitet är inte kraven i LOU uppfyllda.

Upphandlingen har i flera delar präglats av bristande transparens, likabehandling och förutsägbarhet. Lundstam begärde ut Stenas anbud i samband med det första tilldelningsbeslutet. Kommunen dröjde åtta dagar med att lämna ut handlingarna och hänvisade till att Stena hade begärt sekretess. När handlingarna slutligen lämnades ut återfanns ingen begäran om sekretess. Efter begäran lämnade kommunen den 28 juni 2016 ut Stenas anbud i form av bl.a. ett ifyllt formulär med Stena som anbudsgivare. Detta dokument innehåller information om hur Stena avser att uppfylla en majoritet av skakraven. Kommunen medgav den 30 juni 2016 att det var kommunen själv som upprättat detta dokument och inte Stena. Övriga dokument som lämnades ut hade upprättats av Stena.

Av protokollen från förhandlingarna framgår att samma ska-krav ska tillämpas som i den annonserade upphandlingen, med tillägget att offererade fordon ska uppfylla kraven för Euro V. Det har inte någonstans i utvärderingen klargjorts hur kontroll av ska-kraven har skett. Eftersom Stena inte täcker in alla ska-krav med de dokument de själva lämnat in och det inte heller framgår av protokollet att detta har diskuterats vid förhandlingen brister kommunen avseende likabehandling och förutsägbarhet.

Kommunen upprättade Stenas anbud den 27 juni 2016 och gjorde därefter en ny prövning av om inkomna anbud uppfyllde ska-kraven. Stena bedömdes uppfylla kraven med hjälp av kommunens upprättade anbudshandling. Protokollen från förhandlingarna lämnades inte ut i samband med övriga begärda handlingar utan först den 30 juni 2016. Flera saker i protokollen tyder på att dessa inte upprättats de datum de har daterats. Det framgår t.ex. av protokollet från förhandlingen med Lundstam daterat den 7 juni 2016 att Stena kommer att tilldelas kontraktet trots att förhandlingen med Stena inte ägde rum förrän den 8 juni 2016. Information som kommunen fick kännedom om efter angivna datum nämns i protokollen, t.ex. turerna kring bud och motbud.

Kommunens felaktiga kvalificering av Stenas anbud och bristen på transparens, förutsägbarhet och likabehandling i upphandlingen medför att Lundstam lider skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Stena har i denna upphandling valt att åberopa andra leverantörers kapacitet. Denna möjlighet regleras i 11 kap. 12 § LOU. Det finns dock inte, vilket bolaget påstår, något krav när ett bevis för att åberopa andra leverantörers kapacitet ska visas för den upphandlande myndigheten (Andersson, m.fl. ”Lagen om offentlig upphandling – en kommentar” s. 447; Kammarrätten i Stockholm mål nr 8202-09).

Upphandlingen av transport och behandling av avfall från återvinningscentraler annonserades som ett öppet förfarande med sista anbudsdag den 30 maj 2016. Vid anbudsöppningen den 31 maj 2016 hade inga anbud inkommit. Kommunen valde då att bjuda in fyra tänkbara leverantörer. Leverantörerna valdes ut genom att se vilka som hämtat ut förfrågningsunderlaget. Vidare bedömdes att dessa leverantörer hade kompetens och kapacitet att utföra tjänsten. Av dessa fyra återkom två leverantörer med besked att de var intresserade av att delta i den fortsatta processen. Kommunen hade enskilda möten med Lundstam den 7 juni och med Stena den 8 juni. Dessa möten inleddes med att kommunen gick igenom förfrågningsunderlaget och tydliggjorde att kravet på Euro V var en del av ska-kraven, vilket båda leverantörerna accepterade. Kommunen förhandlade sedan med respektive leverantör och slutliga anbud inkom den 14 juni. Efter en sammantagen bedömning visade det sig att Stena hade det lägsta anbudspriset. Den 20 juni fattade kommunen ett tilldelningsbeslut där Stena vann upphandlingen. Detta beslut ersattes av ett nytt beslut daterat den 28 juni. Även där vann Stena upphandlingen. Kommunen lämnade ut alla allmänna handlingar senast den 30 juni 2016.

Sammanfattningsvis anser kommunen att upphandlingen uppfyller kraven på transparens, likabehandling och förutsägbarhet. Kommunen har därmed inte brutit mot principerna i LOU.

Stena anför i yttrande bl.a. följande. Stena delar kommunens inställning med följande tillägg. Kommunen har inte ställt upp krav på anbudssökandens ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet som inte Stena själv kan leva upp till. De har sedan lång tid tillbaka ett avtal med angiven underentreprenör och tog upp denne i anbudet eftersom det var ett krav i upphandlingen att ange eventuella underentreprenörer. När det gäller skalkraven gick kommunen igenom samtliga krav i förfrågningsunderlaget vid mötet med Stena den 8 juni 2016. Stena besvarade samtliga krav under det mötet. Att båda protokollen fyllts på allt eftersom är uppenbart. På vilket sätt det skulle visa att upphandlingen inte genomförts med tillbörlig transparens, likabehandling eller förutsägbarhet går inte att utläsa av begäran om överprövning.

Lundstam har härefter utvecklat sina grunder enligt följande. De skalkrav Stena brister i att redovisa i sitt anbud är *FFU 3.4.2 Beskriv referensuppdragets art, omfattning och tidpunkt* och *FFU 3.9 Bifoga CV för platsansvarig, miljöansvarig och kvalitetsansvarig*. Stena har i sitt anbud beskrivit referensuppdrag 2, men inte referensuppdrag 1 avseende art och omfattning. Anbudet innehåller inte heller CV för de personer som angivits. Det går inte att utläsa från kommunens protokoll att detta har kontrollerats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kommer att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenad, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (4 kap. 5 § första stycket LOU).

För varje upphandling ska den upphandlande myndigheten upprätta ett protokoll. Där ska bl.a. framgå skälen till att förhandlat förfarande enligt bestämmelserna i 4 kap. 2-8 §§ tillämpats (9 kap. 12 § första stycket LOU).

Av kommentaren till 9 kap. 12 § LOU framgår bl.a. följande. Vad protokollet ska innehålla anges i 14 § upphandlingsförordningen (2011:1040) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Det anges inte inom vilken tid protokoll ska upprättas, men det bör upprättas snarast möjligt efter det att beslut fattats, dvs. när ärendet och de bedömningar som görs i det är aktuella (Karnov – lagkommentar till 9 kap. 12 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning och att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens

agerande. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Frågorna i målet är bl.a. om Stena uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda ska-krav och om kommunen på något sätt brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Kommunen har i aktuell upphandling använt sig av s.k. förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § första stycket LOU. En självklar förutsättning för förhandling i en upphandling är att den upphandlande myndigheten iakttar de principer för upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har dokumenterat förhandlingarna genom att upprätta två mötesprotokoll; det första efter förhandling med Lundstam daterat den 7 juni 2016 och det andra efter förhandling med Stena daterat den 8 juni 2016. Av mötesprotokollen framgår att respektive förhandling inletts med en genomgång av förfrågningsunderlaget. Vidare har tilldelningsbeslut fattats av kommunen den 20 juni och den 27 juni. Av besluten framgår att samtliga leverantörer uppfyller ska-kraven och att kommunen beslutat att anta Stena som leverantör med anledning av att de lämnat lägst anbudspris. En utvärderingssammanställning är bifogad det första beslutet.

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbudet prövas av den upphandlande myndigheten. Vid förhandlat förfarande har den upphandlande myndigheten en större flexibilitet än vid andra typer av förfaranden. Anbudet får anpassas till de krav som uppställts. Förhandlingar får dock bara ske inom den ram som ska-kraven utgör (Kammarrätten i Sundsvalls dom 2005-03-02 i mål nr 328-05).

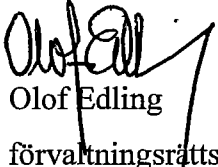
I förevarande fall finner förvaltningsrätten att det av utredningen framgår att kommunen vid de muntliga förhandlingarna har gått igenom förfrågningsunderlaget och därmed de ska-krav som uppställts i upphandlingen. Det är inte närmare fastställt hur uppgifter vid muntliga förhandlingar ska dokumenteras. Att uppgifterna är sparsamma och att dokumenten av allt att döma har reviderats i efterhand utgör dock i sig inget brott mot LOU.

Avseende åtagandet från angiven underleverantör har Stena numera klargjort att de uppfyller ställda krav avseende ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet även utan dennes kapacitet. Förvaltningsrätten finner det sannolikt att detta, i likhet med övriga uppställda ska-krav, tagits upp i samband med förhandlingarna och utreder därmed inte frågan vidare.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Lundstam har anfört i målet inte visar att kommunen agerat på ett sätt som strider mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa med anledning av ansökan om överprövning. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när en förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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


Olof Edling
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Norling.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

