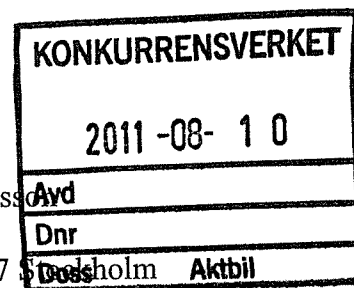




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-08-09
Meddelad i Karlstad

Mål nr
1861-11 E



SÖKANDE

PWS Nordic AB, 556812-4407, Box 47, 284 21 Perstorp
Ombud: Jur.kand. Daniel Björklund, Jur.kand. Johanna Jonsson
och Advokat Tomas Kjellgren
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB, Box 1711, 111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Kumla kommun, 692 80 Kumla
2. Plastic Omnium AB, 556425-4265, Box 104, 231 22 Trelleborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän den rättats på så sätt att Plastic Omnium AB:s anbud förkastats.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kumla kommun har inlett en offentlig upphandling avseende "Avfallskärl" i syfte att sluta ramavtal för komposteringstunnor och kärl för restavfall. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för förenklat förfarande, och förfrågningsunderlaget är daterat den 4 mars 2011. Sista anbudsdag angavs till den 30 mars 2011. Anbud ingavs av PWS Nordic AB (PWS), Plastic Omnium AB (Plastic Omnium) och Jet Marketing Sweden AB. I tilldelningsbeslut placerades Plastic Omnium först följt av PWS.

PWS yrkar, såsom bolaget slutligen framställt sin talan, att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider PWS yrkanden.

Dok.Id 38026

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.dom.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Under punkten 2.2, ” Krav på produkterna”, med underpunkten 2.2.1, ”Beskrivning och krav av produkterna”, i kravspecifikationen har kommunen uppställt följande krav.

- Kärlden ska vara anpassade till i Kumla kommun förekommande baklastarsystem, med rimliga anpassningar.
- 140 L kärl: Kärlden ska vara gröna respektive bruna. Kärlden ska vara försedda med två hjul med en hjuldiameter mellan 200-300 mm. Kärldens vikt ska vara minst 10 kg för ett komplett kärl, detta för att garantera rätt plasttjocklek.
- 140 L ventilerade kärl: Kärlden ska vara bruna. De ska vara försedda med två hjul med en hjuldiameter på minst 250 mm. Kärldens vikt ska vara minst 10 kg för ett komplett kärl, detta för att garantera rätt plasttjocklek. Kärlden ska vara ventilerade med perforerade sidor. Mellanbotten ska vara perforerad och tillverkad i plast. Mellanbotten ska vara vippbar med säker infästning i kärlet. Ventiler ska vara monterade på sidan under mellanbotten för ventilering under mellanbotten. Locket ska vila på gummidistanser som möjliggör ventilering mellan kärlet och locket.
- 190 L kärl: Kärlden ska vara gröna respektive bruna. Kärlden ska vara försedda med två hjul med en hjuldiameter mellan 200-300 mm. Kärldens vikt ska vara minst 13 kg för ett komplett kärl, detta för att garantera rätt plasttjockhet.
- 190 L ventilerade kärl. Kärlden ska vara bruna. De ska vara försedda med två hjul med en hjuldiameter på minst 250 mm. Kärldens vikt ska vara minst 13 kg för ett komplett kärl, detta för att garantera rätt plasttjocklek. Kärlden ska vara ventilerade med perforerade sidor. Mellanbotten ska vara perforerad och tillverkad i plast. Mellanbotten ska vara vippbar med säker infästning i kärlet. Ventiler ska vara monterade på sidan under mellanbotten för ventilering under mellanbotten. Locket ska vila på gummidistanser ventilering mellan

kärlet och locket. Kärlden ska vara ergonomiskt utformade för såväl användare som sophämtare. Kärlden ska uppfylla kraven enligt EN 840 och RAL-test.

Som grund för sin talan anför PWS i allt väsentligt följande.

Plastic Omniums anbud ska förkastas

De absoluta kraven i punkten 2.2.1 i kravspecifikationen utgör s.k. skall-krav och ska ses i ljuset av de allmänna krav som uppställs på kvalitativa och funktionella produkter inom området för hantering av hushållsanfall, inte enbart mot bakgrund av allmän miljöhänsyn utan även mot bakgrund av arbetsmiljö- och användarvänlighetshänsyn. En noggrann efterlevnad av dessa krav är mot denna bakgrund motiverad.

Beträffande det första skall-kravet avseende hjuldiametern hos ventilerade kärl framgår det av kravspecifikationen att såväl 140 liters som 190 liters ventilerade kärl ska vara försedda med två hjul med en hjul diameter om minst 250 mm. Kravspecifikationen medger något mindre hjul diameter för oventilerade kärl medan kravet om minst 250 mm hjul diameter för ventilerade kärl är ovillkorligt. Trots detta har Plastic Omnium på sidorna 8 och 9 i sitt anbud angett att hjul diameter för såväl 140 liters som 190 liters ventilerade kärl är 200 mm, d.v.s. avsevärt mindre än 250 mm. I detta sammanhang kan konstateras att avfallskärl i allmänhet är försedda med standardiserade hjul diameter där 200 mm är en mindre och billigare variant och 250 mm är en mer ergonomiskt variant. Det kan således konstateras att de ventilerade avfallskärl som Plastic Omnium har offererat i upphandlingen inte uppfyller uppställt obligatoriskt krav avseende en hjul diameter om minst 250 mm.

Beträffande det andra skall-kravet avseende 190 liters ventilerade kärl framgår det av kravspecifikationen att mellanbotten hos dessa kärl ska vara perforerad och tillverkad i plast. Mellanbotten ska vidare, enligt kravspecifikationen, vara vippbar med säker infästning i kärlet. Det avfallskärl som PWS har offererat innehåller efterfrågad mellanbotten. Det 190 liters perforerade kärl som Plastic Omnium har offererat innehåller däremot överhuvudtaget ingen mellanbotten. Kärlet uppfyller därmed inte grundkravet för de ventilerade kärlden och kan inte motsvara de uppställda obligatoriska funktionskraven i kravspecifikationen.

Kommunen har genom att utvärdera och anta Plastic Omniums anbud, trots att detta inte har uppfyllt samtliga de skall-krav som upp-

ställt i kravspecifikationen, antagit ett anbud som borde ha förkastats.

PWS har lidit skada till följd av kommunens överträdelse av LOU

Kommunen har vid genomförande av upphandlingen inte uppfyllt LOU:s krav på likabehandling och transparens. PWS har till följd härav lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna för PWS betydelsefulla upphandling. Det finns därmed skäl för förvaltningsrätten att, i enlighet med 16 kap. 5 § LOU, förordna i enlighet med PWS yrkande.

PWS har offererat det näst lägsta priset i upphandlingen. Detta innebär att om förvaltningsrätten delar PWS uppfattning om att Plastic Omnium anbud inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav och därmed ska förkastas, ska PWS tilldelas kontrakt i upphandlingen.

PWS åberopar en rad handlingar till stöd för sin talan.

Kommunen har i svar anfört huvudsakligen följande.

Kommunen vidgår att Plastic Omniums anbud inte uppfyller kraven enligt 2.2. på så sätt som sökanden gör gällande. Kommunen konstaterar därför att en ny utvärdering är rimlig.

Kommunen anser ändå inte att förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger då sökanden i sitt inlämnade anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. Sökandens anbud innehåller ventilerade kÄrl med hjul med en diameter om 200 mm i stället för om 250 mm som är ett krav.

Vid de förutsättningarna kan inte sökanden tilldelas kontrakt vid en förnyad anbudsutvärdering och kan därmed inte heller lida skada.

PWS anför i svar bl.a. följande.

Förevarande mål har uppkommit genom den ansökan om överprövning som PWS ingivit till förvaltningsrätten. Denna ansökan rör endast frågan huruvida vinnande anbudsgivare uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen. I målet är vidare visat kommunen, genom det tilldelningsbeslut som är föremål för rättslig prövning, till fullo har accepterat och utvärderat PWS anbud. Saken i målet omfattar därmed inte i vad mån PWS anbud bör förkastas eller inte. Vad kommunen nu anför i detta avseende saknar därmed rättslig relevans inom ramen för detta mål vilket också finner uttryckligt stöd i rättspraxis.

Med detta sagt kan PWS, efter en närmare genomgång av sitt anbud, konstatera att PWS, på sätt som kommunen påstår, av misstag har angett fel hjuldiameter för offererade ventilerade kärl. Oaktat detta följer dock av vad som ovan angivits att det förhållandet att vinnande leverantörers anbud ostridigt brister i skallkravsuppfyllelse bör föranleda att förvaltningsrätten bifaller PWS begäran om rättelse.

I detta sammanhang bör också noteras att inte heller den tredje anbudsgivaren (av sammanlagt tre) i upphandlingen uppfyller alla obligatoriska krav. Kommunen synes därmed vara förhindrad att i ett nytt tilldelningsbeslut, efter en rättelse av anbudsvärderingen har skett, tilldela någon av anbudsgivarna det upphandlade kontraktet utan att sådan åtgärd står i strid med LOU.

Den praktiska innebörden av det ovan sagda synes vara att kommunen, vid en rättelse av anbudsutvärderingen, rätteligen har att förkasta samtliga i upphandlingen inkomna anbud. Detta torde i sin tur få till innebörd att kommunen har att göra om upphandlingen i ett senare skede. Om kommunen väljer att göra så eller inte är dock ytterst upp till kommunen att avgöra och inget som förvaltningsrätten har att pröva i detta mål.

Plastic Omnium har i yttrande den 22 juni 2011 anfört huvudsakligen följande.

Plastic Omnium avser leverera ventilerade kärl, 140 respektive 190 liter, med 250 mm hjul, enligt kundens förfrågningsunderlag. Vår uppgift i anbudssvaret var en felskrivning vilket vi påpekat efter kontakt med kunden. Plastic Omnium konstaterar även att PWS har angivit felaktig hjulstorlek i sitt anbud avseende 140 liters ventilerat kärl och att detta med samma logik skulle leda till att deras anbud förkastas.

Plastic Omnium avser också att leverera ventilerade 190 liters kärl med ventilerad mellanbotten enligt kundens förfrågningsunderlag. Denna uppgift förtydligades för kunden den 27 april 2011.

Plastic Omnium åberopar flera handlingar till styrkande av dessa omständigheter.

PWS anför i svar bl.a. följande.

Av det av Plastic Omnium ingivna yttrandet med bilagor framgår att bolaget, genom Pär Ramberg, den 21 april 2011 per e-post till Kumla kommuns Anders Larsson inkommit med nya uppgifter till uppfylle-

se av det skall-krav avseende en hjuldiameter om minst 250 mm för ventilerade kärl som kommunen uppställt i upphandlingen. Vidare framgår att Plastic Omnium på likartat sätt den 27 april 2011 inkommit med nya uppgifter till uppfyllande av det skall-krav avseende en mellanbotten hos 190 liters ventilerade kärl som uppställts av kommunen.

Utvärderingsrapportern i upphandlingen, som ingivits i målet är daterad den 20 april 2011. Tilldelningsbeslut, enligt vilket Plastic Omnium tilldelats kontraktet, meddelades samma datum. Det kan således konstateras att Plastic Omnium först efter det att tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelats tillåtits inkomma med nya uppgifter för att bolaget skulle uppfylla samtliga uppställda skall-krav i upphandlingen. I vart fall beträffandet skall-kravet avseende mellanbotten har detta skett efter en uttrycklig förfrågan per e-post från kommunen den 26 april 2011.

Att – på sätt som kommunen gjort – medge Plastic Omnium att inkomma med nya uppgifter efter anbudsgivning och tilldelning för att bolaget ska uppfylla samtliga uppställda skall-krav strider mot 9 kap. 8 § LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har i detta mål att pröva huruvida Plastic Omniums anbud uppfyllde ifrågavarande upphandlings skall-krav vid tidpunkten då kommunen antog detta. Utanför förvaltningsrättens prövningsram faller således den av kommunen anförda invändningen att PWS anbud inte uppfyller skall-kraven.

Vad gäller frågan om angiven hjuldiameter har förvaltningsrätten att ta ställning till om detta innebär en rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning som avses 9 kap. 8 § första stycket LOU. Plastic Omnium har yttrat att bolaget rättat en felaktig uppgift om kärlets hjuldiameter och att detta skett på eget initiativ genom ett e-postmeddelande den 21 april 2011. Enligt förvaltningsrättens mening har det dock inte i målet gjorts sannolikt att den uppgift, som varit direkt hänförlig till ett skall-krav, som Plastic

Omnium lämnat i sitt ursprungliga anbud varit resultatet av en uppenbar felskrivning eller felräkning. Kommunen har sålunda i strid med upphandlingslagstiftningen tillåtit att anbudsgivaren korrigerat denna uppgift.

Vad gäller frågan om kommunens uppmaning till Plastic Omnium att komplettera eller förtydliga sitt anbud stadgas i 9 kap. 8 § andra stycket LOU att en sådan begäran kan tillåtas endast om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Plastic Omnium har i detta sammanhang åberopat ett e-postmeddelande, där kommunen uppmanat bolaget att besvara frågan om det ventilerade 190 liters kärlet var försett med ventilerad mellanbotten. Enligt förvaltningsrättens mening utgör den omständigheten att kommunen berett endast Plastic Omnium möjlighet att förtydliga sitt anbud att kommunen ska anses ha särbehandlat det bolaget. Att på detta sätt bereda en anbudsgivare tillfälle att modifiera sitt anbud för att uppfylla ett skall-krav innebär en särbehandling i strid mot upphandlingslagstiftningens konkurrensbefrämjande syfte.

Kommunen har invänt att PWS anbud inte uppfyller samtliga i upphandlingen förekommande skall-krav och att bolaget därmed inte kan anses ha lidit skada. Såsom nämnts ovan omfattar emellertid inte förevarande prövning PWS anbud. Rätten konstaterar att PWS riskerat att lida skada mot bakgrund av kommunens agerande.

Mot bakgrund av att den brist som konstaterats inte kan anses vara hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingens utvärderingsfas rättas. Den anförda omständigheten att kommunen helt skulle sakna giltiga anbud föranleder inte någon annan bedömning.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att kommunen brutit mot

9 kap. 8 § LOU och att PWS mot bakgrund härav i vart fall riskerat att lida skada. PWS ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan Plastic Omniums anbud förkastats.

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



Lennart Furufors

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin



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 var till 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