



**SÖKANDE**

Kuskatorpet Entreprenad & Lantbruk AB, 556389-5704  
Stora Kuskatorpet  
305 94 Halmstad

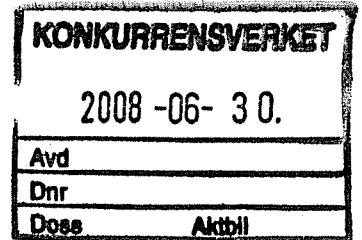
Ombud: Advokaten Rikard Setterlid  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Falkenbergs Vatten- och Renhållnings AB  
311 80  
Falkenberg

**SAKEN**

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



Falkenbergs Vatten- och Renhållnings AB (Favrab) har beslutat om upphandling av flisning och omhändertagande av trä- och risavfall genom upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Favrab har den 22 april 2008 fattat ett tilldelningsbeslut beträffande aktuell upphandling.

Efter att Kuskatorpet Entreprenad & Lantbruk AB (Kuskatorpet) – en av anbudsgivarna – ansökt om överprövning av upphandlingen har länsrätten den 5 maj 2008 beslutat att den tills vidare inte får avslutas.

Kuskatorpet yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen skall rättas på så sätt att anbudsutvärderingen skall göras om varvid anbud 3 och 4 i upphandlingen skall förkastas. Till stöd för sin talan anför Kuskatorpet i huvudsak följande. Favrab har påbörjat en upphandling rörande flisning och omhändertagande av trä- och risavfall. Bland föreskrifterna i förfrågningsunderlaget bör särskilt uppmärksammas följande:

- I p. 1.2. under rubriken ”Uppdragsbeskrivning och omfattning” föreskrivs att upphandlingen omfattar krossning av returträ (s.k. RT-flis)

Dok.Id 35123

<b>Postadress</b> Box 131 301 04 Halmstad	<b>Besöksadress</b> Södra vägen 5	<b>Telefon</b> 035-13 29 00	<b>Telefax</b> 035-21 35 62	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00-15:00
<b>E-post:</b> lansrattenihalland@dom.se				

och ris (s.k. grönavfall) från Favrab:s återvinningscentraler. Vidare föreskrivs utan undantag att Favrab tar emot trä och ris som skilda fraktioner från hushåll och företag samt att det idag inte sker någon sortering av trä i målat resp. omålat.

- I fråga om frekvens på krossningstillfällen, kvantiteter m.m. föreskrivs i punkten också att flisningen vid återvinningscentralen Sandladan skall ske 10-12 ggr/år fortlöpande och vid återvinningscentralerna i Ullared och Heberg 1-2 ggr/år efter avrop för att trä och ris inte skall bli liggande för länge. Flisning och borttransporter från Sandladan skall ske under återvinningscentralen öppettider. Vidare föreskrivs att efter flisning skall det flisade materialet transporteras bort så fort som möjligt, dock senast inom en månad.
- I p. 2.3. anges att vad som betecknas som "skall-krav" är obligatoriska och måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna prövas och antas.
- I p.2.9. stadgas under rubriken "alternativa anbud" att sådana ej accepteras, att anbud skall utformas helt enligt anbudsförfrågan och att reservationer inte accepteras.

Det vinnande anbudet (nr 3 i Favrab:s sammanställning över utvärderingen) innehåller reservationer i förhållande till förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och skulle rätteligen ha förkastats jämlikt ovan angivna föreskrifter i förfrågningsunderlaget. – Reservationerna består av att anbudsgivaren under rubriken "Kvalitetskrav" uppställt som en förutsättning för sitt anbud att trämaterialet får vara från pallvirke, emballage av trä, rensorterat trä från nybyggnationer, rivningar och annat träavfall. På motsvarande sätt förutsätter anbudsgivaren att det i den s.k. grönfraktionen får förekomma grenar, toppar och liknande material. Vidare uppställs som krav att det i avfall endast får ingå oimpregnerat material fritt från föroreningar som exempelvis gips och isolering. Felsorterat material sägs kunna utsorteras mot en icke angiven timkostnad, varvid Favrab skall kunna ta om hand av det felsorterade materialet. De kvalitativa krav på sortering och renhet som anbudsgivare 3 uppställt på det avfall som skall krossas är omständigheter som inne-

bär väsentliga minskningar av kostnaderna för att utföra uppdraget liksom f.ö. ökning av intäkterna från vinnande anbudsgivares försäljning av krossat material till förbränningsanläggningar m.m. De anbudsgivare som likt Kuskatorpet lojalt och reservationslöst accepterat de fördyringar som Favrab:s uppställda förutsättningar medför, har således tvingats ge ett högre anbudspris än anbudsgivare 3. Denne har genom att betinga sig av separat ersättning för denna kostnadsfaktor tillägnat sig en avgörande konkurrensfördel. Favrab har genom att uppta anbud 3 till prövning och sedermera också väljat det anbudet som det ekonomiskt mest fördelaktiga brutit mot föreskrifterna i sitt eget förfrågningsunderlag. Förfarandet innebär också ett obehörigt gynnande av anbudsgivare 3 som lett till att de felaktigt tilldelats upphandlingskontraktet. Förfarandet strider i så måtto också mot EG-fördragets och LOU:s grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och förutsebarhet. Även anbudet från anbudsgivare 4 innehåller i kapitel 10 reservationer för att avfall skall vara sorterat och fritt från större järn och andra föroreningar. På motsvarande sätt som beskrivits ovan, strider reservationen mot Favrab:s förfrågningsunderlag. Favrab:s ställningstagande att ändå uppta anbudet till prövning strider således mot såväl de allmänna upphandlingsrättsliga principer som flyter ur EG-fördraget som LOU. Vidare har anbudsgivare 4 i sitt anbud uppställt ett villkor om att angivna priser/ton, endast inkluderar bränslepris per mars månad 2008. Därefter föreskriver anbudsgivaren att justering av priset skall ske kvartalsvis med hänsyn till förändringen av ”bränsleprisindex”, trots att Favrab i p. 2.13 i förfrågningsunderlaget uttryckligen föreskrivit att anbudspris skall vara fasta under avtalsperioden och skall omfatta alla kostnader för genomförandet av uppdraget. Vidare har anbudsgivare 4 i sitt anbud uppställt en otillåten reservation om att anbudspriset är baserat på att mängden krossbart material skall uppgå till minst 1 500 – 2 000 ton vid varje tillfälle. Förbehållet strider mot förfrågningsunderlagets föreskrifter om uppskattade totala avfallsmängder och antalet krosstillfällen/år och skulle, om anbudet antogs, innebära att anbudsgivare 4 antingen tillskansat sig en otillbörlig kon-

kurrensfördel genom att inte behöva ådra sig kostnader för att transportera krossverk till återvinningscentralerna och utföra krossning med den frekvens som är föreskriven eller en rätt till extra betalning eller annan prisjustering för det fall att föreskrivna intervaller och/eller mängder skulle tillämpas. Sammanfattningsvis innebär det sagda att anbud 3 och 4 i upphandlingen innehåller otillåtna reservationer och att Favrab i utvärderingen av inkomna anbud felaktigt och i strid mot såväl sitt eget förfrågningsunderlag och EG-dragets och LOU:s allmänna upphandlingsrättsliga principer godtagit och prövat anbuden i fråga. Rätteligen borde Favrab ha förkastat båda anbuden. När så inte skett har Kuskatorpets anbud felaktigt ansetts mindre ekonomiskt fördelaktigt vid utvärderingen än anbud 3 och 4 och Kuskatorpet har således inte heller tilldelats något kontrakt. Härigenom lider Kuskatorpet skada.

Favrab bestrider Kuskatorpets yrkande om rättelse genom att förkasta anbud 3 och 4 och yrkar att upphandlingen måste avbrytas och göras om på grund av det bristfälliga förfrågningsunderlaget. Favrab anför i huvudsak följande. Anbudsförfrågan har inte varit felfri och visat sig vara otydlig framförallt vad gäller punkterna 2.9 och 2.13. Punkten 2.9 förbjuder reservationer medan punkten 2.13 tillåter anbudsgivarna att ställa krav på Favrab. Kravställandet i detta fall är likställd en reservation i praktiken. Brister i anbudsförfrågan kan ha lett till olika tolkningar och missförstånd av vad som förväntas eller krävs av anbudsgivarna. Prissammanställningen visar ett stort gap mellan Kuskatorpet och övriga anbudsgivare. Den upphandlade tjänsten har inte kostat mer än cirka 3 300 000 kr/år de senaste två åren, inte heller har några kostnader förutom flisningen debiterats av utföraren. Kuskatorpets anbud måste vara baserad på felaktiga tolkningar. Avtalet som kommer att tecknas vid bifall till Kuskatorpets yrkande är och skall vara en spegelbild av anbudsförfrågan. I det fall Favrab tvingas teckna avtal med Kuskatorpet eller annan leverantör, utifrån ett bristfälligt förfrågningsunder-

lag, kan Favrab riskera lida skada i form av avtal som inte avspeglar verkligheten och det uppdrag avtalet gäller.

Kuskatorpet har härefter i yttrande anfört bl. a. följande. Inledningsvis kan konstateras att Favrab medger de fel i förfrågningsunderlaget som Kuskatorpet anmärkt emot. Förutsättningar för bifall till Kuskatorpets talan föreligger därmed. Som Favrab:s inställning får förstås anser emellertid Favrab att upphandlingen skall avbrytas, huvudsakligen på grund av uppfattningen att Kuskatorpets anbudssumma är för hög i förhållande till vad Favrab säger sig ha betalat för den upphandlade tjänsten de senaste åren. Enligt Kuskatorpet är det en felaktig uppfattning. Den anbudssumma som Favrab angivit som Kuskatorpets har inte framräknats eller angivits av Kuskatorpet utan endast av Favrab. Kuskatorpets anbud är, på sätt som angivits i förfrågningsunderlagets förtryckta anbudssblankett beräknat i kronor per ton och baseras på angivet antal (15 000) ton per år. Såvitt framkommit av Favrab:s rättelse av förfrågningsunderlaget skall dock i förfrågningsunderlaget angivna volymer inte räknas i ton utan kubikmeter. Kompletteringen är odate-rad och oklar till sin innebörd. Kuskatorpet har dock uppfattat rättelsen som en revidering av de uppskattade volymer och antal krossningar som redovisats i en tabell i p. 1.2 i förfrågningsunderlaget. Däremot har Kuskatorpet inte uppfattat Favrab:s komplettering som en ändring av den förtryckta anbudssblanketten av vilken det således får anses följa att ett anbud skall avges i "Ton/år". Kuskatorpet har i blanketten således räknat på 15 000 ton. Favrab:s jämförelse utgår dock från den faktiska volymen som beräkningsmässigt uppgår till cirka en tredjedel av de 15 000 ton som Kuskatorpet räknat på eller cirka 5 000 ton/år (det går cirka 3 kubikmeter på ett ton trä- eller grönavfall). Givet den beräkningen är således den korrekta anbudssumman 1/3-del av vad Favrab räknat samman och angivit i sitt svaromål eller cirka 2 255 567 kr, det vill säga väsentligen lägre än den summa som Favrab uppgivit att man betalat för tjänsten tidigare år. Favrab:s farhågor för att Kuskatorpets verkliga kontraktssumma skulle vara högre än vad som beta-

lats för tjänsten tidigare är därför obefogade. Det saknas således skäl för annan utgång av målet än att Kuskatorpets talan skall bifallas.

Favrab har härefter i yttrande anfört i huvudsak följande. Det är nu konstaterat att anbudsförfrågan var bristfällig på flera punkter, dessutom har en komplettering visat sig vara odaterad och oklar. Det är ytterst tveksamt om Kuskatorpets tolkning av en oklar komplettering är den rätta tolkningen. Detta framförallt med hänsyn till den stora prisvariationen mellan anbudsgivarna. Dessutom finns det risk att kompletteringen inte kommit fram till samtliga presumtiva anbudsgivare. – Att vidta rättelse utifrån en bristfällig förfrågan medför bl.a. att andra presumtiva anbudsgivare som avstått att lämna anbud på grund av de uppenbara brister i förfrågan kan drabbas. En rättelse innebär att Favrab kommer i konflikt med den EG-rättsliga principen om likabehandling, det vill säga gentemot dem som avstod att lämna anbud på grund av bristerna i anbudsförfrågan. En förnyad utvärdering med endast ett anbud att ta ställning till innebär att upphandlingen inte kan göras med tillvaratagande av den konkurrenssituation som finns. Favrab har därför anfört sakliga skäl för att avbryta upphandlingen och göra om den på grund av det bristfälliga förfrågningsunderlaget.

#### DOMSKÄL

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vidare följer av 16 kap 2 § att 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50, såvitt nu är av intresse, angett bl.a. följande. Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § (numera 1 kap. 9 §). I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. – De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Under punkten 2.9 sägs att alternativa anbud inte accepteras och att anbud skall utformas helt enligt anbudsförfrågan samt att reservationer inte accepteras. Vidare sägs under punkten 2.13 bl.a. att anbudsgivaren skall specificera eventuella krav gentemot beställaren.

Länsrätten gör följande bedömning.

Som förfrågningsunderlaget till aktuell upphandling är utformat kan, enligt länsrätten, en anbudsgivare fullt ut inte förutse vad som kan komma att bedömas som giltiga eller ogiltiga krav eller reservationer vid utvärderingen av deras anbud. I stället överlämnas åt anbudsgivaren att tolka vilka krav som kan ställas gentemot beställaren enligt punkten 2.13 utan att riskera att bryta mot punkten 2.9.

För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste varje anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur de krav som uppställs kommer att värderas av den upphandlande enheten. Enligt länsrätten är de ovan nämnda skallkraven oförenliga med varandra och ger ett betydande utrymme för den upphandlande enheten att subjektivt värdera om anbudsgivare har brutit mot något skallkrav eller inte.

Enligt länsrätten innebär den ovan nämnda bristen att förfrågningsunderlaget inte kan anses vara tillräckligt tydligt utformat för att en leverantör skall kunna skapa sig en klar bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud utan att riskera uteslutning. Förfrågningsunderlaget har därför brutit mot principerna om transparens och förutsebarhet.

Sammantaget finner länsrätten att den ovan redovisade bristen får anses ha medfört skada eller risk för skada för Kuskatorpet. Bristen som är hänförlig till förfrågningsunderlaget är av sådan art att enbart rättelse inte är tillräckligt utan upphandlingen måste göras om. Vid sådant förhållande saknas anledning att pröva bolagets yrkande om rättelse av utvärderingen.

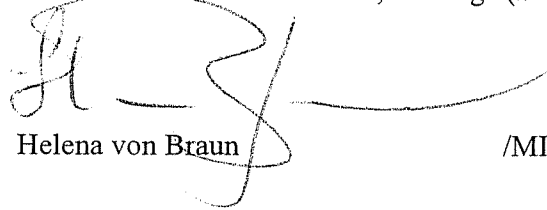


DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 5 maj 2008.

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



Helena von Braun /MI