



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avd. 2

DOM
2018-06-05
Meddelad i Göteborg

Mål nr
12580-17

SÖKANDE

Biogas Systems Nordic AB, 556256-4913
Norrgårdsgatan 9
686 35 Sunne

Ombud: Advokat PeO Dungal
Advokatfirman Dungal AB
Box 120
685 23 Torsby

KONKURRENSVERKET	
2018-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Mölnåls Stad
431 82 Mölnåls

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 522316

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Mölnadal's Stad genomför en upphandling av deponigasanläggning på Kikås i Mölnadal, dnr TEN 366/14. Av tilldelningsbeslut den 1 november 2017 framgår att MGE Teknik AB (MGE) tilldelats kontraktet.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om MGE:s anbud strider mot de i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kraven om erfarenhet samt återblåsningsbrunnar och om Mölnadal's Stad därigenom har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att beakta MGE:s anbud samt om Mölnadal's stad genom sin utformning av erfarenhetskravet brutit mot principen om transparens.

YRKANDEN M.M.

Biogas Systems Nordic AB (Biogas) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt att Mölnadal's stad vidtar rättelse och tilldelar Biogas uppdraget. Biogas anför bl.a. följande. MGE uppfyller inte ska-kraven dels genom att bolaget inte har den erfarenhet av liknande uppdrag som krävs dels genom att inga återblåsningsbrunnar ingår i anbudet. Mölnadal's stad har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ändå tilldela MGE uppdraget. I vart fall är inte ska-kravet om tillräcklig erfarenhet tillräckligt tydligt utformat för att uppfylla transparensprincipen. Biogas kan på grund av detta komma att lida skada, i vart fall genom utebliven vinst.

Den referenslista MGE har bifogat till sitt anbud går tillbaka till 1999, men MGE bildades först i maj 2011. Arbeten utförda dessförinnan är utförda av ett bolag som gick i konkurs 2011. Med beaktande av att ska-kraven endast sträcker sig till 2012 har detta minder betydelse. MGE har dock inte utfört några liknande uppdrag under den aktuella tiden, i vart fall inte tre projekt.

MGE har levererat delar och kringutrustning i befintliga anläggningar byggda av andra, men inte gjort projektering, installation och idrifttagande av hela anläggningar. Inte heller uppfyller MGE det alternativa ska-kravet på erfarenhet som riktar sig till nystartade företag. I sin referenslista har Biogas påpekat att de anläggningar Biogas gjort och refererar till, är de enda deponigasanläggningar som gjorts i Sverige de senaste fem åren, vilket borde betyda att MGE inte utfört minst tre anläggningar av liknande slag. Mölndals stad borde ha kontrollerat detta innan utvärderingen av anbudet.

I MGE:s offert ingår inte några återblåsningsbrunnar. I anbudet s. 19, punkten 27, ”Kommentar till anbudsfrågan” sägs att återblåsningsbrunnar inte är någon bra lösning och en genomgång av den detaljerade beskrivningen av anläggningens delar i MGE:s anbud ger vid handen att återblåsningsbrunnar inte ingår. Av det mail MGE sänt till Mölndals stad framgår även att anbudet inbegriper återblåsningssystem, vilket inte är att likställa med brunnar. När det gäller återblåsningsbrunnarna är Biogas innehavare av ett patent som gör att MGE rent tekniskt är förhindrad att leverera sådana brunnar

Vidare strider ska-kravet om erfarenhet av liknande uppdrag mot transparensprincipen. Erfarenhetskravet har en alltför otydlig utformning. För att uppfylla kravet på tydlighet borde Mölndals stad ha klargjort att de ändrat definitionen av liknande uppdrag från förra årets upphandling, som är i stort sett identisk med denna upphandling..

Mölndals Stad anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Uppställt krav på erfarenhet hos anbudsgivaren anger enbart att denna ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Kravet är inte specificerat till viss volym eller viss omfattning. Genom användning av begreppet ”liknande uppdrag” får förstås att referensuppdragen varken kan eller ska motsvara exakt omfattning av det upphandlade objektet. Om innebörden av liknande

uppdrag skulle tolkas som Biogas föreskriver skulle konkurrensen begränsas på ett otillbörligt och icke-proportionerligt sätt, då Biogas, enligt egen uppgift, skulle utgöra den enda tänkbara leverantören. Mölndals stad kan heller inte vid prövning av ett anbud ta i beaktan uppgifter som lämnats i ett annat anbud, då ett sådant förfarande skulle strida mot transparens- och likabehandlingsprinciperna. Därutöver kan ifrågasättas varför Biogas inte har frågat om eller lämnat synpunkter på erfarenhetskravet under upphandlingens gång. Den innebörd som staden avsett och tillämpat i fråga om kravet på erfarenhet av liknande uppdrag rymms inom en allmän tolkning av begreppet. De lämnade anbuden har bedömts i förhållande till de krav som ställts upp i annonserat förfrågningsmaterial för nu aktuell upphandling. De referensuppdrag MGE har åberopat är att anse som liknande uppdrag. Referenstagningen har styrkt att ställda tids-, kostnads- samt kvalitetskrav har varit uppfyllda. MGE uppfyller därmed det uppställda kravet på erfarenhet av liknande uppdrag.

Det har inte ställts krav på viss typ av återblåsningsbrunnar på det sätt som Biogas påstår. Ifrågavarande krav på återblåsningsbrunnar är allmänt formulerat och innehåller ingen särskild specifikation eller någon begränsning av vilken slags lösning som kan tillhandahållas. Upphandlingen avser en totalentreprenad och vid sådan är det upp till entreprenören att projektera och tillhandahålla den funktion som kravställts. Det finns inte skäl att ifrågasätta att MGE:s anbud inkluderar återblåsningsbrunnar. MGE har lämnat in ett komplett och korrekt ifyllt anbudsformulär, varför anbudet är att betrakta som fullständigt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Mölndals stad har handlat i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling på det sätt som bolaget gjort gällande samt om det därmed finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

Liknande uppdrag

I AFB. 52 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från liknande uppdrag för att avtal ska kunna tecknas. Vidare anges bl.a. att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst tre liknande uppdrag under de senaste fem åren.

Biogas har i sin ansökan anfört att Mölndals Stad har brutit i sin utformning av ska-kravet om erfarenhet av liknande uppdrag på så vis att de har brutit mot transparensprincipen.

Av det som Mölndal stad anfört framgår att kravet har medvetet getts en allmän utformning och att den efterfrågade erfarenheten inte kan sägas diskriminera någon leverantör. Med beaktande av detta samt att upphandlande myndigheter har stor frihet när det gäller utformningen av

förfrågningsunderlag kan erfarenhetskravet inte anses vara så otydligt utformat att det strider mot transparensprincipen. Den omständigheten att Mölndals stad i en tidigare upphandling tillämpat ett snarlikt förfrågningsunderlag, i vilket en definition av erfarenhetskravet fanns, ändrar inte bedömningen. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte är visat att Mölndals stad har brutit mot transparensprincipen genom sin utformning av ska-kravet om erfarenhet av liknande uppdrag.

Vidare har Biogas anfört att Mölndals Stad har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att beakta MGE:s anbud trots att MGE inte uppfyller nyss nämnda ska-krav. Förvaltningsrätten anser att den upphandlande myndigheten, inom ramen för unionsrättens principer, måste ha ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna förfrågningsunderlaget. Det har inte kommit fram någon anledning att tolka begreppet liknande uppdrag på annat sätt än vad Mölndals stad har anfört. Av utredningen i målet framgår inte annat än att MGE genom i anbudet anförda erfarenhet av liknande uppdrag uppfyller erfarenhetskravet. MGE uppfyller därmed enligt förvaltningsrättens mening, ska-kravet om erfarenhet av liknande uppdrag.

Återblåsningsbrunnar

I punkt 5.2 i förfrågningsunderlagets tekniska beskrivning anges att anläggningen ska levereras med återblåsningsbrunnar för underhåll av sugledningssystemet med avseende på eventuella framtida vattenlås.

Biogas har i sin ansökan anfört att MGE:s anbud inte innehåller återblåsningsbrunnar och att MGE:s kommentar att ”återblåsningsbrunnar inte är någon bra lösning” visar detta. Biogas framhåller också att de är innehavare av ett patent som gör att MGE inte kan leverera sådana brunnar. Biogas har inte närmare redogjort för det patent de ska vara i besittning av

eller kommit in med bevisning till stöd för sitt påstående att MGE:s anbud inte kan innehålla återblåsningsbrunnar på sätt som krävs enligt förfrågningsunderlaget.

Mölnads stads krav om återblåsningsbrunnar har en allmän utformning och innehåller ingen särskild specifikation eller någon begränsning när det vilken lösning som kan tillhandahållas. Fråga är om en totalentreprenad, vilket innebär att entreprenören ska projektera och tillhandahålla den funktion som framgår av förfrågningsunderlaget.

Mot denna bakgrund framgår inte annat än att MGE har lämnat in ett komplett och reservationsfritt anbudsformulär. MGE måste därmed enligt förvaltningsrättens mening anses uppfylla ska-kravet om återblåsningsbrunnar.

Sammanfattningsvis

Biogas har mot bakgrund av nyss nämnda omständigheter inte visat att Mölnads stad har handlat i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens på det sätt som bolaget gjort gällande. Det finns därmed inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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

Ingela Larsson
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Sanna Lindberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 rättsens 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 rättsens 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.

