



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2017-03-27
Meddelad i Umeå

Mål nr
244-17

SÖKANDE

Allmiljö i Umeå AB, 556556-9349
Förrådsvägen 31
901 32 Umeå

Ombud: Malte Bejstam
Bejstam Juridik AB
Kungsgatan 91
903 30 Umeå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 68855

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se
www.forvaltningsratteniumea.domstol.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (Kommunen) har infortrat anbud avseende ramavtal för containertömning (dnr 16201) och beslutat att anta det anbud som lämnats av Ragn-Sells Aktiebolag (Ragn-Sells). Upphandlingen omfattar även Vindelbostäder AB, Vindelns kommun, Vakin AB, Vännäs kommun, Vännäs fastigheter AB, UPAB, Nolia AB, Umeå Kyrkliga Samfällighet, AB Bostaden, AB Lokalen i Umeå, AB Servicebostäder i Umeå, Region Västerbotten, Västerbottens Museum AB och Norrlandsoperan AB. Vid upphandlingen används öppet förfarande och som grund för tilldelning av kontrakt används lägsta pris.

Allmiljö i Umeå AB (Allmiljö) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkas, som det får förstås, att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att Ragn-Sells utesluts från upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Allmiljö anför bl.a. följande.

Grunder

Förvaltningsrätten bör besluta att hänvisningen till 10 kap. 2 § utgör kvalificeringskrav och att kommunen inte får tilldela Ragn-Sells kontraktet innan man prövat att bolaget uppfyller samtliga kvalificeringskrav. I andra hand bör rätten fastslå att upphandlingen brustit i transparens och därför måste göras om.

Hänvisningen till 10 kap. 2 § LOU utgör kvalificeringskrav

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges under rubriken 3.0 *Formella krav och regler* underrubrik 3.2 *Kvalificering av leverantörer* föl-

jande: "I denna upphandling kan anbudsgivare komma att uteslutas enligt 10 kap. 2 § LOU."

Krav som uppställs i förfrågningsunderlaget utgör de krav som leverantörerna ska prövas mot. Då Kommunen väljer att hänvisa till de frivilliga uteslutningsgrunderna utgör de inte längre frivilliga kompletteringar, utan blir istället en del av kraven i leverantörskvalificeringen och måste därför prövas i sin helhet då man på intet sätt avgränsat sig. Underlåtelse att pröva mot samtliga krav strider mot principerna om transparens och likabehandling.

På Kommunens hemsida Upphandling och inköp anges under rubriken Ramavtalsleverantör bl.a. följande. "Alla våra ramavtalsleverantörer är kontrollerade bland annat vad avser finansiell styrka, eventuella mellanhavanden med kronofogden och skattmasen samt om man dömts för brott i sin yrkesutövning." Vidare anges att "Detta är grunden i vår bedömning av en anbudsgivare" och slutligen sägs "Ett ramavtal är en kvalitetsstämpel som inte vem som helst får".

Detta är den information som lämnas på Upphandlingsbyråns hemsida och som anger *att* och *hur* Kommunen alltid kontrollerar anbudsgivare mot de frivilliga uteslutningsgrunderna. Även om det inte anges i förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen är denna information publicerad på samma hemsida där kommande och pågående upphandlingar annonseras. Upplysningarna om att de s.k. fakultativa uteslutningsgrunderna alltid tillämpas vid ramavtalsupphandlingar bör således ligga till grund vid tolkningen av meningen "I denna upphandling kan anbudsgivare komma att uteslutas enligt 10 kap. 2 § LOU".

Allmiljö ifrågasätter inte att en upphandlande myndighet kan välja om en leverantör ska uteslutas eller inte efter en proportionalitetsbedömning. Däremot anser Allmiljö att det faktum att Kommunen valt att lyfta in bestäm-

melsen i Upphandlingsföreskrifterna, under rubriken 3.2 Kvalificering av anbudsgivare, innebär att den utgör kvalificeringskrav och inte längre anger frivilliga uteslutningsgrunder.

Ragn-Sells har i november 2016 accepterat avgiftsföreläggande med anledning av ett konkurrensbegränsande avtal. Mycket talar för att Ragn-Sells bör anses ha gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövandet.

Allmiljös skada

Allmiljö har lämnat anbud i upphandlingen och placerat sig på andra plats vid anbudsutvärderingen. Om Kommunen hade gjort en fullständig värdering utifrån de uppställda kraven för leverantörskvalificering finns en stor sannolikhet att Ragn-Sells skulle ha uteslutits då företaget enligt Allmiljös uppfattning har gjort sig skyldigt till allvarliga fel inom yrkesutövandet.

Skada för övriga leverantörer genom bristande transparens

I händelse av att rätten finner att Kommunen inte använt sig av de frivilliga uteslutningsgrunderna som kvalificeringskrav, och att de då inte heller utgör absoluta krav, vill Allmiljö framhålla att förfrågningsunderlaget är mycket otydligt med vad som anses utgöra kvalificeringskrav för leverantörer. Att upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget hänvisar till 10 kap. 2 § LOU som kvalificering av leverantörer gör att det är stor sannolikhet att leverantören får bilden av att detta utgör kvalificeringskrav. Detta kan utgöra hinder för leverantörer att lämna anbud i händelse av att de inte uppfyller samtliga krav. Att någon av dessa leverantörer ändå skulle kunna ha erhållit kontraktet borde anses obestridligt.

Certifiering och teknisk kapacitet

Förfrågningsunderlaget är otydligt huruvida kraven om teknisk kapacitet och ISO-certifieringar är kvalificeringskrav enligt 11 kap. LOU eller pre-

standa- och funktionskrav enligt 6 kap. LOU. Dessa krav är således inte transparenta.

I Kommunens yttrande anges att kraven om ISO-certifieringar och teknisk kapacitet är kvalificeringskrav enligt 11 kap. 2 § LOU. Då följer en lagstadgad skyldighet av 11 kap. 10 och 17 §§ att kontrollera detta innan tilldelningsbeslut meddelas. Av Kommunens svar framgår att någon kontroll ej har skett, utan man hänvisar till att kontroll kan komma att ske om Kommunen finner det nödvändigt.

Kommunen åberopar vissa rättsfall i vilka frågan om vilken kontroll en upphandlande myndighet behöver genomföra innan tilldelningsbeslut meddelas utreds. Rättsfallen behandlar dock krav enligt 6 kap. LOU, krav som inte behöver kontrolleras innan tilldelningsbesked såvida det inte finns anledning att ifrågasätta leverantören. Kommunen har angett att man ställt krav enligt 11 kap. LOU, krav som alltid ska kontrolleras innan tilldelningsbeslut meddelas.

Kommunen anför bl.a. följande.

Hänvisningen till 10 kap. 2 § LOU

Kommunen har samlat alla sina kvalificeringskrav i skall-kravsbilagan. Informationen om att Kommunen kan komma att utesluta en leverantör på grund av att det skett en överträdelse av de frivilliga uteslutningsgrunderna har angetts i löpande text i Upphandlingsföreskrifterna. Detta kan svårligen tolkas på annat sätt än att de frivilliga uteslutningsgrunderna fortsatt ska vara frivilliga.

Uppgiften om att anbudsgivare kan komma att uteslutas enligt 10 kap. 2 § LOU har angetts i förfrågningsunderlaget och Kommunen uppfyller därmed kravet på transparens och öppenhet.

En upphandlande myndighet har en stor frihet att själv välja om de frivilliga uteslutningsgrunderna ska nyttjas och därefter kontrollera och självständigt företa en proportionalitetsbedömning om en anbudsgivare ska uteslutas enligt de frivilliga uteslutningsgrunderna eller ej. Oavsett om upphandlande myndighet väljer att nyttja klausulen eller inte ska samtliga anbudsgivare behandlas på ett likvärdigt sätt. Upphandlande myndighet får alltså inte välja att nyttja klausulen för en anbudsgivare men avstå att nyttja den för någon annan. Kommunen valde att inte nyttja klausulen på någon anbudsgivare i denna upphandling vilket innebär att principen om likabehandling är uppfylld.

Oaktat vad som står att läsa på Kommunens hemsida så är det texten i förfrågningsunderlaget som är gällande. Texten i Upphandlingsföreskrifterna ska tolkas enligt sin ordalydelse vilket innebär att Kommunen har en möjlighet men inte en skyldighet att kontrollera och eventuellt utesluta en leverantör med hänvisning till de frivilliga uteslutningsgrunderna.

Ledningssystem

Allmiljö anser att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller de krav som Kommunen ställt på bland annat ledningssystem. Otydligheten ligger enligt Allmiljö i huruvida krav är kvalificeringskrav enligt 11 kap. LOU eller om kraven är att anse som prestanda- och funktionskrav enligt 6 kap. LOU.

Ett ledningssystem har som syfte att kontinuerligt förbättra en organisations miljö- och kvalitetsprestanda genom ett förebyggande och strukturerat arbetssätt. Ett krav på ledningssystem är därmed inte direkt kopplat till upphandlingsföremålet vilket innebär att kravet är ett kvalificeringskrav enligt 11 kap. LOU. Någon otydlighet eller brist på transparens föreligger således inte.

Frågan om vilken utrednings- och kontrollskyldighet en upphandlande myndighet har att kontrollera riktigheten i de uppgifter som lämnas i anbud har varit föremål för tidigare prövning och det finns därmed rikligt med vägledande praxis (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 6845-12 och Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 981-11). Av praxis framgår att en upphandlande myndighet har en begränsad kontrollskyldighet och att myndigheten som huvudregel kan förlita sig på att uppgifter som lämnas i anbud är korrekta. Det föreligger dock en utvidgad kontrollskyldighet om det framkommer uppgifter som indikerar det motsatta.

Ragn-Sells har i sitt anbud accepterat och intygat att företaget uppfyller ställda krav och några uppgifter som indikerar motsatsen har varken under tiden för upphandlingsprocessen eller därefter framkommit till Kommunen. Någon utökad kontrollskyldighet föreligger således inte.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och därigenom upphävdes lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet och är därför tillämplig i förevarande mål.

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

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören 1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap. (10 kap. 2 § första stycket LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § LOU):

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det normalt sett ankommer på den sökande i ett upphandlingsmål att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas krävs vidare inte bara att felaktigheter konstaterats i upphandlingen utan även att den sökande lidit eller kunnat komma att lida skada till följd därav. Det ankommer på den sökande att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av den brist som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53). Den sökande måste kunna konkretisera eller klargöra skadan eller risken för skadan.

Allmiljö menar bl.a. att Kommunens hänvisning till 10 kap. 2 § LOU i förfrågningsunderlaget innebär att man haft att tillämpa bestämmelsen som ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Förvaltningsrätten noterar att 10 kap. 2 § LOU utgör s.k. fakultativa uteslutningsgrunder. En upphandlande myndighet måste således inte tillämpa uteslutningsgrunderna i bestämmelsen ifråga. Om en upphandlande myndighet avser att tillämpa dem måste myndigheten, med hänsyn till den gemenskapsrättsliga principen om transparens, ange detta i förfrågningsunderlaget. I sådana fall måste den upphandlande myndigheten, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, faktiskt också tillämpa bestämmelsen.

Den fråga som uppkommer i förevarande mål är om Kommunen genom att under rubriken Kvalificering av anbudsgivare i Upphandlingsföreskrifterna ange; ” I denna upphandling kan anbudsgivare komma att uteslutas enligt 10 kap. 2 § LOU” gjort de fakultativa uteslutningsgrunderna till obligatoriska uteslutningsgrunder i aktuell upphandling. Den omständigheten att Kommunen överhuvudtaget hänvisar till bestämmelsen talar för att så är fallet. Å andra sidan anges att anbudsgivare *kan komma* att uteslutas. Denna tvetydiga formulering medför att det måste anses oklart vad som egentligen avses, om avsikten är att konsekvent tillämpa bestämmelsen på de anbudsgivare för vilka angivna omständigheter är för handen eller ej. Vid tolkning av den aktuella skrivningen kan inte hänsyn tas till vad som rent allmänt angetts exempelvis på Kommunens hemsida, utan endast till vad som angetts i förfrågningsunderlaget och annonsen om upphandling. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget måste anses otydligt i aktuellt hänseende och strida mot principen om transparens. Det skulle därmed också strida mot nämnda princip att utesluta en anbudsgivare med hänvisning till 10 kap. 2 § LOU, vilket Allmiljö menar att Kommunen borde ha gjort.

Allmiljö menar att övriga leverantörer lidit skada till följd av bristande transparens. Det krävs dock att den sökande i ett upphandlingsmål lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av konstaterade felaktigheter för att en ansökan ska kunna bifallas. Det har inte framkommit, eller för övrigt ens

hävdats, att Allmiljö lidit, eller kunnat komma att lida, skada till följd av
bristande transparens avseende tillämpning av 10 kap. 2 § LOU.

Allmiljö ifrågasätter också vissa krav i ska-kravsbilagan, bl.a. att det är
oklart om de utgör krav enligt 11 kap. eller 6 kap. LOU. Även om det skulle
vara otydligt huruvida kraven ställts enligt 11 kap. LOU eller enligt 6 kap.
LOU konstaterar förvaltningsrätten att Allmiljö i vart fall inte lidit skada till
följd därav.

Såvitt får förstås avses kraven i punkt 4 och 5 i ska-kravsbilagan. Dessa
krav har följande lydelse:

4.0 Fordon

4.1 Krav

Fordon som används för transporterna skall uppfylla kraven enligt Euroklass
6. Accepteras dessa fordonskrav?

4.2 Krav

Intyg eller registreringsbevis som styrker miljöklasskraven skall på begäran
av Umeå kommun skickas in. Accepteras detta?

5.0 Certifikat kvalitet och miljö

5.1 Krav

Anbudsgivare ska arbeta efter ett dokumenterat miljöledningssystem samt
dokumenterat kvalitetsledningssystem motsvarande kraven i ISO 14001 och
ISO 9001 eller liknande där revisioner genomförs. Bevis på att anbudsgiva-
ren har ett levande kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem enligt
ovan kan komma att begäras in. Se också "Checklista Ledningssystem" som
ingår som dokument i detta förfrågningsunderlag. Accepteras detta krav?

Såsom kraven är utformade kan det enligt förvaltningsrättens mening inte i
sig anses finnas någon skyldighet för Kommunen att kontrollera att kraven
faktiskt uppfylls. Även om Kommunen, utifrån vad Allmiljö anfört, rättelig-
en borde ha kontrollerat att Ragn-Sells uppfyller kraven har vidare inte
framkommit att Allmiljö skulle ha lidit skada till följd därav, detta eftersom
det inte finns något som tyder på att Ragn-Sells inte uppfyller kraven ifråga.

På grund av det anförda, och då inte vad som i övrigt anförts av Allmiljö
medför att upphandlingen kan anses strida mot någon av de gemenskaps-

rättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU eller strida mot någon annan bestämmelse i LOU, ska ansökan om överprövning avslås.

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



Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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.