



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
 Förvaltningsrättsnotarien
 M Tyni Öberg

DOM
 2013-03-07
 Meddelad i
 Härnösand

Mål nr
 4074-12 E
 116-13 E

SÖKANDE

Sven Anderssons Traktor Aktiebolag, 556397-4046
 Trång 137
 830 47 Trångsviken

Ombud: Jur.kand. Ilan Sadé
 c/o Nordbro AB
 Anna Lindhs Plats 4
 211 19 Malmö

MOTPARTER

1. Krokoms kommun
 835 80 Krokom

2. Krokomsbostäder Aktiebolag, 556458-8639
 c/o Krokoms kommun
 Offerdalsvägen 8
 835 80 Krokom

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om varvid Sven Andersson Traktor Aktiebolag ska anses uppfylla kravet på referens/erfarenhet avseende VA-arbeten med grävmaskiner.

KONKURRENSVERKET	
2013-03-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 52366

Postadress
 Box 314
 871 27 Härnösand

Besöksadress
 Backgränd 9

Telefon
 0611 - 34 98 00

E-post:
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
 0611 - 34 98 10

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Krokoms kommun och Krokomsbostäder Aktiefbolag (kommunen) genomför upphandling av maskintjänster med lastbil, gräv-, last – och schaktmaskiner för drift och underhållsarbeten inom Krokoms kommun. Genom tilldelningsbeslut den 22 november 2012 tilldelades Mikael Ring AB kontraktet för VA-uppdrag med grävmaskiner med rangordning ett och kontraktet för uppdrag avseende GROT-ekipage. Sven Anderssons traktor AB tilldelades kontraktet för bl.a. övriga grävmaskintjänster med rangordning ett.

YRKANDEN M.M.

Sven Anderssons traktor AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen först ska få avslutas sedan rättelse har gjorts på så sätt att bolaget utan inskränkningar tilldelas kontrakt för hela kommunen med rangordning ett avseende grävmaskinerna hjulburen grävare 10-17 ton, bandburen grävare 14-16 ton och banburen större grävare 24-28 ton samt kontrakt för hela kommunen med rangordning ett avseende GROT-ekipage.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Uppdraget gäller maskintjänster som ska erbjudas inom ett eller flera av sex geografiska områden som anges i förfrågningsunderlaget. Uppdraget gäller för arbeten inom anläggning, VA och renhållning. Bolaget har lämnat anbud avseende samtliga maskintjänster och för samtliga geografiska områden. Genom tilldelningsbeslut den 15 november 2012 tilldelades bolaget kontraktet för samtliga maskintjänster och för samtliga geografiska områden, med några smärre undantag. Bolaget hade enligt kommunens bedömning uppfyllt skräven samt erbjudit det lägsta priset i nästan samtliga fall. Den 19 november 2012 mottog bolaget plötsligt ett meddelande om att tilldelningsbeslutet återkallades med hänvisning till att en felräkning eller felbedömning hade gjorts vid utvärderingen. Omedelbart därefter fick bolaget en förfrå-

gan från kommunen om att ange specifika referensobjekt för VA-arbeten och frågor kring det s.k. GROT-ekipaget. Frågorna besvarades av bolaget och ytterligare referenser lämnades till kommunen. Den 22 november 2012 meddelade kommunen nytt tilldelningsbeslut. Bolagets ansökan om överprövning gäller det senare tilldelningsbeslutet. Det senare tilldelningsbeslutet innebär att bolaget förvisso tilldelats kontraktet såvitt avser grävmaskiner. Kommunen har dock lagt till att bolaget inte tilldelats kontraktet vad gäller VA-arbeten, vilket i praktiken utgör en betydande del av uppdraget. Bolaget har helt uteslutits från utvärderingen vad gäller VA-arbeten. De ska-krav som fanns vad gäller referenser var förhållandevis lågt ställda. Kommunen har angett att bolaget uteslutits vad gäller VA-arbeten då bolaget saknar tillräcklig erfarenhet av grävningar i samband med VA-arbeten. Grävarbeten i samband med VA-arbeten är inte svårare att utföra om man jämför med grävningar avseende andra ändamål. Ska-kravet är formulerat också på sådant sätt att "annan relevant erfarenhet" kan godtas. Erfarenheten måste således inte nödvändigtvis bestå i ett liknande uppdrag. Att kommunen inledningsvis inte gjorde någon sak av bolagets påstådda brist på liknande uppdrag i meritförteckningen talar också sitt tydliga språk. Brist i uppfyllelse av detta ska-krav borde ju ha lett till att hela anbudet förkastas. Kommunen har dock inte haft rätt att avvika från förfrågningsunderlaget på sätt som skett då det inte öppnar för någon omfördelning av olika uppdrag mellan anbudsgivarna. Av förfrågningsunderlaget punkt 3.7. framgår att anbud som uppfyllt ska-kraven ska utvärderas med priset som enda faktor samt att utvärderingen sker för varje maskinslag. Detta innebär att kommunen efter ska-prövningen ska tilldela kontrakt för varje maskinslag. Det står således inte kommunen fritt att från den vinnande anbudsgivaren undanta ett verksamhetsområde från ett eller flera maskinslag och lägga över detta på en anbudsgivare som inte haft det lägsta anbudet vid utvärderingen. Ett sådant förfarande är uppenbart oförenligt med förfrågningsunderlaget, vilket innebär att det strider mot principerna om öppenhet och likvärdighet.

Vad gäller GROT-ekipaget definieras detta inte närmare i förfrågningsunderlaget. Med detta menas dock ett fraktfordon som typiskt sett kan ta restmaterial från avverkade träd efter att avkvistning och tillsågning har skett. Ändamålet i den aktuella upphandlingen var dock att kunna samla upp grovavfall från hushåll. På kommunens förfrågan svarade bolaget att vad som benämnts lastväxlare även kommit att benämnas GROT-ekipage då funktionen är identisk. Eftersom funktionen är identisk framstår det som att ett brott mot 1 kap. 9 § LOU skett. Att anbudet inledningsvis ansågs uppfylla detta ska-krav talar i viss mån för att skillnaden måste anses vara försumbar. Bolagets anbud får anses uppfylla vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Både vad gäller grävmaskinstjänster och GROT-ekipage har bolaget erbjudit det lägsta priset och skulle ha tilldelats kontraktet utan inskränkningar. Genom kommunens agerande har bolaget lidit skada. Eftersom det inte brister i förfrågningsunderlagets tydlighet och det är den efterföljande utvärderingen som har brustit ska rättelse väljas som påföljd.

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen strider inte mot LOU och kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna enligt denna lag. Förfrågningsunderlaget har följts. Om förvaltningsrätten gör en annan bedömning yrkar kommunen att upphandlingen för maskinslag grävmaskinstjänster ska göras om då bolaget inte kvalificerar sig fullt ut för detta maskinslag. En rättelse av upphandlingen skulle troligen föranleda en ny överprövning. Av punkt 3.2. i förfrågningsunderlaget framgår att uppdraget avser maskintjänster inom anläggning, VA och renhållning. För att anbudsgivaren ska kvalificera sig för uppdraget krävs att anbudsgivaren uppfyller i punkt 2.1 – 3 ställda krav på leverantören. Ett av kraven är att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Kravet på erfarenhet av liknande uppdrag är direkt kopplat till de tjänster som upphandlas och avser de maskinslag

och tjänsteområden som angetts i förfrågningsunderlaget. Bolaget har lämnat kompletterande referensobjekt som endast innehåller några kortare VA-uppdrag. Kommunen har ingen egen erfarenhet av bolagets VA-arbeten. Bolaget har i sitt anbud angett att bolaget har specialkompetens inom vatten/avlopp. Någon närmare beskrivning av vad som avsetts med denna specialistkompetens finns inte med i anbudet. Kommunens bedömning är att bolaget inte har påvisat tillräcklig relevant erfarenhet av VA-arbeten för att kunna säkerställa att efterfrågade tjänster kommer att utföras på ett korrekt och säkert sätt. Det bestrids att VA-arbeten inte i svårighetsgrad skiljer sig från grävningar med andra ändamål. VA-arbeten kräver större erfarenhet då många arbeten måste ske utan arbetsledares överinseende och då det oftast finns personal i rörgraven varför särskilda kunskaper eller erfarenheter måste finnas vad gäller bl.a. jordarter och rasrisker. Kommunen delar bolagets uppfattning att bolagets anbud borde ha förkastats om inte delat antagande kunnat godtas. Även om kravet på erfarenhet av liknande uppdrag inte bedöms vara optimalt utformat ska det ändå godtas i och med att de principer som bär upp LOU inte trätts för när (RÅ 2002 ref. 50). Av förfrågningsunderlaget framgår dessutom att anbud inte får förutsätta odelat antagande vilket kommunen anser medger ett delat antagande vad gäller både geografiska områden, maskinslag och tjänsteområden.

I förfrågningsunderlaget (punkt 3.2.) anges tydligt de olika lastbilstyper som efterfrågas. I prisbilagan finns särskilt utrymme att lämna uppgifter om GROT-ekipage med kran och gripklo. Bolagets anbud har i denna del gällt ett lastväxlarekipage. En sådan maskins funktion är inte identisk med ett GROT-ekipage, i synnerhet inte när det gäller grovfallsinsamling. Lastväxlarekipaget har en total lastförmåga på 105 m³. Ett traditionellt GROT-ekipage kan lasta 140 m³. Räknar man pris per m³ vinner det traditionella GROT-ekipaget. Lägsta pris har således antagits då det vinnande anbudet lämnat anbud avseende ett GROT-ekipage.

Mikael Ring Aktiebolag har beretts tillfälle att yttra sig men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

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).

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 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):

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. **1.1.** Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. **1.11.** Prövning av anbud sker i två steg. Först provas att anbuden uppfyller de krav som ställts på leverantören. De anbud som visat sig uppfylla dessa krav går vidare till prövning enligt kriterier i kravspecifikationen. **2.3** Anbudet ska bl.a. innehålla uppgift om referens/kontaktperson för liknande uppdrag eller annan relevant erfarenhet de senaste åren. Namnge minst två referenser med företagets namn, kontaktperson och telefonnummer samt en kortfattad beskrivning av uppdraget som utförts. Se anbudsbilaga 3. Fordonsuppgifter lämnas på bilagorna 2a - 2d. **3.1.** Upphandlingen avser beställarens behov av lastbils transporter, grävmaskins-, hjullastar- och schaktmaskintjänster.

3.2. Följande områdesindelning gäller:

1. Krokomb/Aspås/Dvärsätt/Rödön/Ås/Byskogen.

2. Änge/Ede/Kaxås/Landön
3. Nälden/Vaplan/Ytterån/Trångsviken/Alsen-Kluk
4. Föllinge/Laxsjö/Skärvången
5. Åkersjön/Bakvattnet
6. Häggsjövik/Rötviken/Rörvattnet/Kyrknäset (Hotagen)/Valsjöbyn.

Uppdraget avser främst maskintjänster inom anläggning, VA och renhållning. Dessutom ingår grovfallsinsamling i hela kommunen under 14 dagar i maj. För insamlingen behövs bl.a. en grotbil med kran. Anbud kan lämnas på ett eller flera geografiska områden. Anbud får inte förutsätta odelat antagande.

3.7. Utvärdering. De anbud som uppfyller alla ställda krav och har lägst pris kommer att antas. Varje maskintyp kommer att utvärderas var för sig per geografiskt område. Högst 3 rangordnade utförare per maskintyp och område kommer att antas.

Av **anbudsbilaga 3** framgår bl.a. följande. 1. Krav på leverantören. Utföraren ska ha teknisk förmåga och personell kapacitet att utföra de tjänster som omfattas. 1.1. Referensobjekt. Utföraren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Ange referenser från två uppdrag utförda med god kvalitet de fem senaste åren.

Av bolagets anbud framgår bl.a. följande. Anbudet avser område 1 - 6. I företagsbeskrivningen anges att bolaget har specialkompetens inom vatten/avlopp. Bolaget har angett två referensobjekt. Det första är Norske Skog där bolagets uppdrag varit virkeshantering, markentreprenad, vägunderhåll m.m. Det andra är SCA där bolagets uppdrag anges ha varit detsamma.

Kommunen har gjort en ny referenstagning för VA-arbeten vilken framgår av beslutsprotokollet. Bolaget har skickat in ytterligare tre referensupp-

drag. Av beslutsprotokollet framgår bl.a. följande. 1. Lantbruksservice avsåg dräneringar, rensbrunnar, 3-kammarbrunnar, vägar och planering med en omfattning om cirka 2 månader. 2. Onasocius HB avsåg markjobb på innergårdar, avlopp och relining med en omfattning om cirka 5 gånger 2 månader. Grävarens uppdrag har här bestått i att gräva fram avloppsledningarna och ansvara för återfyllningen. 3. El tel. Network AB inte är relevant för VA-delen. Kommunens bedömning var att bolagets anbud uppfyller alla krav för anläggningsarbeten och transporter, men att utföraren inte har tillräcklig bredd i sina erfarenheter av VA-arbeten och därmed inte kvalificerar sig för denna del av uppdraget. GROT-ekipage har efterfrågats separat i förfrågningsunderlaget. Bolaget har angett att de har en lastväxlare med containrar. Utvärderingsgruppens bedömning är att lastväxlaren inte ska godtas.

Förvaltningsrättens bedömning

Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref.69 och Kammarrätten i Stockholms dom den 5 augusti 2010 i mål nr 3481-10). Av nämnda praxis får även anses följa att det inte ankommer på förvaltningsrätten att vid en överprövning av en upphandling pröva en upphandlande

myndighets yrkande om att upphandlingen eller förfrågningsunderlaget innehåller oklarheter för såvitt inte sökanden har åberopat denna omständighet.

Av den s.k. likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten normalt inte får frångå ett uppställt ska-krav samt att anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav inte får antas.

Kommunen har, såvitt framkommit i målet, uteslutit bolagets anbud i den del upphandlingen avser grävmaskintjänster inom tjänstekategorin VA. Skälet för detta är att kommunen inte anser att bolaget påvisat tillräcklig relevant erfarenhet av VA-arbeten för att kunna säkerställa att efterfrågade tjänster kommer att utföras på ett korrekt och säkert sätt varför bolaget inte uppfyller ska-krav i denna del. Kommunen har vid denna bedömning tagit hänsyn till att kommunen inte har erfarenhet av bolagets VA-arbeten.

Bolaget får å sin sida anses ha gjort gällande att det uppfyller kravet avseende referenser/erfarenhet. Det får anses vara ostridigt att bolaget har lämnat in minst två referenser såvitt avser maskintjänster inom anläggning, VA samt bedömts ha tillräcklig erfarenhet avseende renhållning. Bolaget har anfört att referenskravet till sin utformning är mycket öppet. Förvaltningsrätten delar denna uppfattning. Av beslutsprotokollet framgår att kommunen inte ansett att bolaget haft *tillräcklig bredd* i sina erfarenheter. Av kommentarer till beslutet anges vidare att de arbeten som redovisats varit av *mindre omfattning*. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det inte ställts krav på att referensuppdragen ska ha varit av viss omfattning. I anbudsformulären anges bara att referensuppdragen ska ha utförts med god kvalitet. Något som indikerar att aktuella uppdrag inte skulle uppfylla krav på kvalitet har inte framkommit. Mot denna bakgrund får bolaget enligt förvaltningsrättens mening anses uppfylla aktuella krav avseende referens/erfarenhet. Genom att kommunen uteslutit bolagets anbud vad gäller

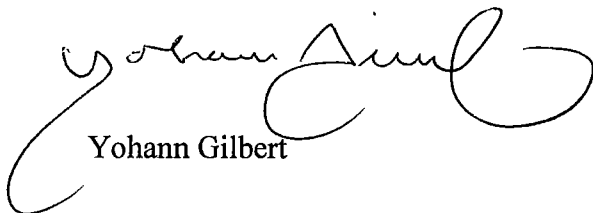
grävmaskintjänster inom VA har kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får därmed anses ha lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada varför grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger.

Frågan uppkommer härefter om kommunen, av vad som framgår av förfrågningsunderlaget, kunnat utesluta bolagets anbud vad gäller GROT-ekipage. I denna del konstaterar förvaltningsrätten att GROT-ekipage efterfrågats separat. Mot bakgrund av vad kommunen anfört finner förvaltningsrätten inte visat att kravet på teknisk förmåga i denna del är uppfyllt. Förvaltningsrätten ser mot denna bakgrund att det inte funnits hinder mot att utesluta bolagets anbud i denna del. Skäl för ingripande på denna grund föreligger därför inte.

Förvaltningsrätten har funnit att det p.g.a. av ovan nämnda felaktighet föreligger skäl till ingripande enligt LOU. Med hänsyn till felaktighetens art finner förvaltningsrätten att rättelse är en tillräcklig åtgärd. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts i form av en ny utvärdering varvid bolaget ska anses uppfylla ska-kravet på referens/erfarenhet avseende VA-arbeten med grävmaskin.

Eftersom en förlängd avtalsspärr gäller får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet (16 kap. 10 § LOU).

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



Yohann Gilbert



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 vartill 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 uppge 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 3109/1C LOU