



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-02-27
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 11845-17

SÖKANDE

Aktiebolaget iTunnan, 556989-8041
 Videgatan 3
 252 30 Helsingborg

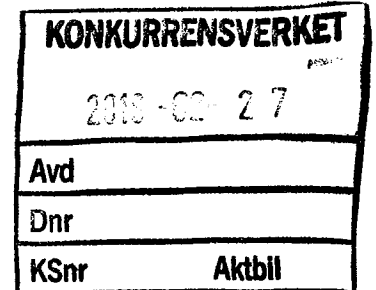
MOTPART

VA Syd
 Box 191
 201 21 Malmö

Ombud: förbundsjuristen Erik Backlund
 samma adress

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aktiebolaget iTunnans ansökan om överprövning enligt LOU.

Dok.Id 407560

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

Telefax
 040-97 24 90

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

VA Syd genomför en upphandling av Fyrfackskärl 2019. Upphandlingen avser ett ramavtal som omfattar inköp av kompletta fyrfackskärl med 3:e hjul samt kringutrustning för insamling av avfall. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.

Aktiebolaget iTunnan (iTunnan) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att nuvarande leverantörs anbud ska förkastas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget brister i likabehandling då kravspecifikationen är helt utformad i enlighet med nuvarande leverantörens produkter och det lämnas inget utrymme för alternativa lösningar. Upphandlingen är inte konkurrensneutral eftersom det endast finns en möjlig anbudsgivare. Någon möjlighet för iTunnan att lämna anbud enligt kravspecifikationen finns inte.

Kravet i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare ska ha levererat 10 000 kärl tidigare är inte i proportion till hur marknaden ser ut, då 4-fackskärl är en relativt ny produkt. Enbart den första leverantören har haft möjlighet att leverera så många kärl tidigare.

Under pågående upphandling har VA Syd deltagit i en användarträff med den nuvarande leverantören, PWS. Användarträffen anordnades av PWS. Detta kan ha gett PWS konkurrensfördelar. Det föreligger brister i upphandlingssekretessen.

Eftersom det endast finns en möjlig anbudslämnare i upphandlingen har iTunnan lidit skada.

VA Syd bestrider ansökan i sin helhet och anför bl.a. följande. Tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats i upphandlingen. Det som upphandlas i förevarande upphandling har inte tidigare upphandlats av VA Syd, och det finns därmed inte någon nuvarande leverantör. iTunnans påstående att kravspecifikationens utformning är i enlighet med nuvarande leverantör är således både fel i sak och ologiskt. Det är i och för sig korrekt att förfrågningsunderlaget inte lämnar något utrymme för alternativa lösningar. Det är den upphandlande myndighetens exklusiva rättighet och skyldighet att utforma innehållet i ett förfrågningsunderlag. I nuvarande fall upphandlas fyrfackskärl enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget eftersom det är VA Syds behov. Bakgrunden är att kommunala beslut har fattats om att inhämtning av hushållsavfall ska ske med fyrfackskärl. VA Syds uppgift är att upphandla de avfallsrelaterade varor och tjänster som behövs för utförande av den kommunala hushållsavfallsinhämtningen. VA Syd har därmed inte behov av något annat än just fyrfackskärl. Om det hade funnits utrymme för någon alternativ lösning hade detta angetts och accepterats. iTunnan har inte angett vad en alternativ lösning skulle kunna bestå i. VA Syd kan inte säga med säkerhet om kravspecifikationen endast möjliggör en anbudsgivare eller inte. Anbudsgivare i offentliga upphandlingar har dock alltid rätt att åberopa andra leverantörers kapacitet i olika avseenden samt att använda sig av underleverantörer/entreprenörer.

Upphandlingen strider inte mot proportionalitetsprincipen. Upphandlingen avser uppskattningsvis 40 – 50 000 kärl. Kravet att anbudsgivare ska ha levererat 10 000 kärl utgör maximalt en fjärdedel av upphandlingens volym. Kravet är både nödvändigt, lämpligt och proportionerligt. iTunnan har inte utvecklat varför kravet skulle vara oproportionerligt.

Representanter från VA Syd har, tillsammans med ett hundratal personer från ett stort antal kommuner i hela Sverige, deltagit på en användarträff (PWS Quattro Select). På träffen diskuterades införandestrategier och kommunikationsfrågor avseende fyrfackskärlssystem. VA Syd anser inte att deltagandet på användarträffen gett någon leverantör konkurrensfördelar. Deltagandet har varit legitimt och lämpligt. iTunnan har inte preciserat på vilket sätt deltagandet gett någon leverantör konkurrensfördel. Användarträffen hölls dessutom efter det att upphandlingen annonserades. Någon ändring av kravspecifikationen efter annonsering har inte skett. Som VA Syd förstår det påstår iTunnan att det förekommit brott i upphandlingssekretessen. VA Syd bestrider att något sådant brott förekommit.

Upphandlingen av fyrfackskärl är inte behäftad med någon brist och det finns därmed inte skäl att bifalla ansökan. Eftersom det inte finns någon nuvarande leverantör eller något tilldelningsbeslut kan denne inte förkastas.

iTunnan invänder och anför bl.a. följande. Överprövningen avser brister i förfrågningsunderlaget och VA Syds hantering av upphandlingssekretess och likabehandling. VA Syds deltagande i användarträffen är än mer märkligt och olämpligt då PWS Nordic tydligen inte är avtalspart och inte heller har varit det med VA Syd. VA Syd har således under anbudstiden diskuterat frågor som avser fyrfackskärl med en möjlig anbudsgivare. Att ändring av kravspecifikationen har skett efter annonseringen av upphandlingen framgår av frågor och svar. VA Syd har enligt sitt yttrande inte kontrollerat marknaden för fyrfackskärl. iTunnan har dock kontrollerat marknaden och konstaterat att det inte finns några möjliga konkurrerande leverantörer som kan uppfylla kraven så som de är utformade. Endast ett företag, PWS Nordic, kan uppfylla kraven. iTunnan vidhåller att det inte är fråga om en upphandling genomförd i konkurrens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

I upphandlingsmål gäller som huvudregel att domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parterna i målet åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69). Huvudregeln är vidare att den som ansöker om överprövning har att visa att sådana omständigheter som utgör skäl för ingripande i upphandlingen föreligger. Frågan i målet är om det på de grunder som bolaget anfört finns skäl att förordna om ingripande i upphandlingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

iTunnan har anfört att det endast finns en leverantör som kan uppfylla de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget och att VA Syd därmed brutit mot principen om likabehandling.

Enligt förvaltningsrätten framstår kravspecifikationen som neutralt utformad. Några handlingar eller konkreta omständigheter som visar att endast en leverantör kan uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten har inte framkommit. VA Syd har vidare uppgett sig inte känna

till om så skulle vara fallet utan har ställt krav i enlighet med sitt uppdrag. De uppgifter iTunnan åberopat är inte tillräckliga för att, mot VA Syds bestridande, göra sannolikt att endast en leverantör kan uppfylla kravspecifikationen i upphandlingen.

iTunnan anför vidare att den omständigheten att VA Syd deltagit i en användarträff anordnad av ett annat bolag medför att det bolaget fått konkurrensfördelar. iTunnan anför i samband härmed även att upphandlingen brister i upphandlingssekretessen.

Några konkreta omständigheter till stöd för att något bolag fått konkurrensfördelar genom VA Syds deltagande på en användarträff – som hållits först efter det att upphandlingen annonserades – har inte framkommit i målet. iTunnan har anført att kravspecifikationen ändrats efter användarträffen i dokumentet Frågor och svar. Av Frågor och svar framgår att VA Syd den 9 oktober 2017 lämnat ett informationsmeddelande där det framgår bl.a. att benämningen ”fluglock” i kravspecifikationen inte avser något särskilt varumärke och att detta begrepp för att undvika missförstånd byts ut till ”lock för matavfallsinsats”. Det framgår även att VA Syd på en fråga svarat att enligt definitionen i 1.7 i förfrågningsunderlaget är benämningen ”fyrfackskärl” exklusive lock för matavfallsinsats (”fluglock”) och att kravet i 3.3. i förfrågningsunderlaget därmed inte omfattar lock för matavfallsinsats (”fluglock”).

Förvaltningsrätten anser inte att det framgår av handlingarna i målet att kravspecifikationen genom Frågor och svar ändrats på något sätt som kan påverka konkurrensen i upphandlingen eller som på annat sätt strider mot likabehandlingsprincipen. Av handlingarna i målet framkommer inte heller på vilket sätt upphandlingen uppvisar brister i upphandlingssekretessen.

Förvaltningsrätten anser således inte att iTunnan gjort sannolikt att upphandlingen brister i likabehandling, konkurrens eller upphandlingssekretess.

iTunnan har under rubriken Proportionalitet anfört att kravet på att anbudsgivare ska ha levererat 10 000 kärl tidigare inte är i proportion till hur marknaden ser ut, att endast den första leverantören haft möjlighet att leverera denna mängd kärl tidigare och att kravet utesluter andra leverantörer.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Åtgärden i fråga får alltså inte gå längre än som är nödvändigt för att syftet med upphandlingen ska uppnås (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 155).

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.3, Teknisk och yrkesmässig kapacitet, framgår att anbudsgivaren ska ha den kapacitet, erfarenhet och kompetens som krävs för att kunna fullgöra uppdraget. Som bevis för detta ska anbudsgivaren som juridisk person ha utfört minst ett referensuppdrag enligt nedan:

- Leverans av 10 000 styck kompletta fyrfackskärl med integrerat 3:e hjul inklusive insatser, skiljeväggar, T-ben, lock, axel och hjul för avfallsinsamling under perioden 2014-01-01--2017-08-31.

Den aktuella upphandlingen avser enligt VA Syd uppskattningsvis 40 000 - 50 000 kärl. Enligt förvaltningsrätten har det aktuella kravet ett tydligt och naturligt samband med upphandlingsföremålet. Kravet framstår vidare som ändamålsenligt och lämpligt, och mot bakgrund av den stora mängd kärl som ska upphandlas förefaller kravet inte gå utöver vad som är nödvändigt

för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Förvaltningsrätten anser därmed inte att det aktuella kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten anser inte heller att det i övrigt framkommit att upphandlingen brister i proportionalitet.

iTunnan yrkar vidare att upphandlingen ska rättas på så sätt att den nuvarande leverantörens anbud ska förkastas. Förvaltningsrätten konstaterar att iTunnan har ansökt om överprövning av upphandlingen innan sista dagen för anbudsinlämnande inträffat. Någon utvärdering av inkomna anbud har således ännu inte skett och något tilldelningsbeslut har följaktligen inte heller meddelats i upphandlingen. Eftersom varken utvärdering eller tilldelning skett i upphandlingen kan ingripande i form av rättelse inte komma i fråga.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten inte att det framkommit i målet att VA Syd brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte skäl att förordna om ingripande enligt LOU. Ansökan härom ska därför avslås.

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

Anders Mattsson

Susanne Axelsson har föredragit målet.



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 nå 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 rättens 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 rättens 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.