



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-01-23
Meddelad i Växjö

Mål nr
4664-16

KONKURRENSVERKET	
2017-01-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

GDL Transport AB, 556346-5706
Box 22301
250 25 Helsingborg

Ombud: Advokat Magnus Myrbäck och jur.kand. Sara Söderling
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Kalmar kommun
Upphandlingsenheten
Serviceförvaltningen
Box 922
391 29 Kalmar

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och juristen Tahmina Sahibli
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 149652

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun genomför en upphandling av transporttjänster (ärendeteckning 2016-44). Genom tilldelningsbeslut den 13 december 2016 antogs Östschakt Ek. för. (Östschakt) som leverantör. GDL Transport AB:s (GDL) anbud ansågs inte uppfylla samtliga obligatoriska krav.

GDL ansöker om överprövning och begär att upphandlingen ska göras om.

Kalmar kommun motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

GDL

I punkt 4.5.2 i förfrågningsunderlaget anges att minst 25 procent av drivmedlet till de transportfordon som omfattas av upphandlingen ska bestå av förnybara drivmedel, fordonsgas eller el. I samma punkt anges vidare att ”Leverantörer skall beskriva hur kravet på andelen fossilfritt drivmedel, i de totala uppdragen som utförs åt beställaren, kommer att redovisas.” Kalmar kommun har inte uppställt något krav på att leverantörer ska ange hur andelen fossilfritt bränsle kommer att redovisas eller vad som kommer att framgå av redovisningen. Istället har kommunen ställt krav på att anbudsgivare ska beskriva hur redovisningen ska gå till. Kravet är således helt öppet och saknar koppling till det materiella kravet på att anbudsgivare ska använda minst 25 procent förnybara drivmedel. Det är uppenbart att kravet inte är ägnat att ”säkerställa att leverantörer följer kravet på andelen fossilfria drivmedel”. Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 652-15 slagit fast att upphandlande myndighet bara äger rätt att förkasta anbud med hänvisning till icke-uppfyllelse av obligatoriska krav om dessa krav har relevans för upphandlingen.

Även om förvaltningsrätten skulle finna att kravet har betydelse för upphandlingen anser GDL att kravet inte är utformat på ett tillräckligt klart och tydligt sätt och därmed står i strid med principen om transparens. Det är nämligen oklart vilka typer av svar som skulle kunna uppfylla kravet. GDL har bekräftat att andelen fossilfritt bränsle kommer att uppgå till mellan 25 och 50 procent medan Östschakt har angett att andelen fossilfritt bränsle kommer att redovisas i en Excel-fil kvartalsvis eller efter beställarens önskemål. Östschakts svar ger inte någon vägledning av vad redovisningen kommer att innehålla eller några garantier för att kommunen ska kunna följa upp det materiella kravet på att minst 25 procent förnybara drivmedel används, vilket torde vara syftet med kravet. Kommunen gör gällande att Östschakt uppfyllt kravet genom att svara att redovisning kommer att ske ”på det sätt som kommunen önskar”. Genom det svaret har Östschakt dock inte på något sätt angett hur Östschakt avser att göra sin redovisning, t.ex. avseende frekvens, format eller innehåll. Av tre leverantörer är det endast Östschakt som uppfattat kravet på det sätt som kommunen avsett. Kravet har alltså gett utrymme för vitt skilda tolkningar, vilket bekräftar att det inte varit möjligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att förstå kravet och dess syfte.

I upphandlingen har man tillämpat ett elektroniskt förfarande. Det har därför saknats möjlighet att i formuläret underteckna uppförandekoden för hand. Genom [REDACTED] namnförtydligande framgår det tydligt att GDL har gått igenom uppförandekoden och bekräftat dess innehåll. Kravet på undertecknande för hand är ett ineffektivt och irrelevant krav vid elektroniska upphandlingar. Genom att upprätthålla ett rent formaliakrav som saknar betydelse för den upphandlande myndigheten har kommunen agerat i strid med proportionalitetsprincipen.

Att skaderekvisitet är uppfyllt i dessa situationer framgår av rättsfallet HFD 2016 ref. 37.

Kalmar kommun

Kommunen har i punkten 4.5.2 i förfrågningsunderlaget uppställt två obligatoriska krav. Det första kravet är att minst 25 procent av drivmedlet till transportfordonen ska bestå av förnybara drivmedel, fordonsgas eller el. Det andra kravet är att leverantören ska beskriva hur den kommer att redovisa andelen fossilfritt drivmedel till kommunen under avtalstiden. Kravet på att leverantören ska beskriva hur redovisningen ska ske har ställts i syfte att säkerställa att leverantören följer kravet på andelen fossilfria drivmedel. Kravet har således en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och ändamålet med upphandlingen. Det kan inte anses osakligt eller godtyckligt.

Kravet är vidare till sin ordalydelse och sitt sammanhang klart och tydligt utformat och således förenligt med transparensprincipen. Det är helt korrekt som GDL anför i sin ansökan att anbudsgivare ska beskriva hur redovisningen kommer att gå till samt att det inte ställts några formkrav på redovisningen. GDL har dock trots detta underlåtit att komma in med de begärda uppgifterna.

Östschakt och Svenska Grovjobbet AB har tolkat kravet på samma sätt. Östschakt har angett att redovisningen kommer att ske genom en Excel-fil kvartalsvis eller efter kommunens önskemål. Svenska Grovjobbet AB har angett att bolaget kan redovisa andelen fossilfritt bränsle på det sätt som kommunen önskar. GDL har däremot angett att bolaget har säkerställt bränsle med inblandning av förnybar andel mellan 25 och 50 procent för samtliga fordon i uppdraget.

GDL har under alla förhållanden inte lidit eller riskerat att lida skada. Detta eftersom GDL:s anbud ändå skulle ha förkastats då det inte uppfyller samtliga övriga krav i upphandlingen. Av punkten 7.18 i förfrågningsunderlaget

framgår att "Leverantören skall underteckna uppförandekod och bifoga detta med Anbudssvar, se bilaga 1." GDL har som svar bifogat uppförandekoden men i strid med kravet underlåtit att underteckna uppförandekoden.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

- Av p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig i målet.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt

(jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 37 uttalat att en förutsättning för att förfrågningsunderlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet och kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud samt att en upphandlande myndighet måste se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget anges under punkt 4.5.2 bl.a. att leverantören skall beskriva hur kravet på andelen fossilfritt drivmedel, i de totala uppdragen som utförs åt beställaren, kommer att redovisas. I målet är ostridigt att fråga är om ett obligatoriskt krav. Redan kravets ordalydelse ger vid handen att innebörden är att anbudsgivaren måste beskriva hur kravet på en viss andel fossilfritt drivmedel kommer att redovisas. Förvaltningsrätten anser inte att kravet är så otydligt utformat att det inverkat negativt på en normalt omsorgsfull anbudsgivares möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlagets utformning i denna del får därmed anses uppfylla det krav på tydlighet som följer av den upphandlingsrättsliga principen om transparens.

Det aktuella kravet har tagits in i förfrågningsunderlaget och därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen. Förvaltningsrätten konstaterar att syftet med kravet avseende redovisning är att säkerställa att leverantören under avtalstiden följer kravet om en viss andel fossilfria drivmedel. Kravet har enligt förvaltningsrättens

mening en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte anses vara oproportionerligt.

GDL, som inte har invänt mot kravet inför anbudslämnandet, har i sitt anbud angett att bolaget har säkerställt bränsle med inblandning av förnybar andel mellan 25 och 50 procent för samtliga fordon i uppdraget. GDL kan därmed inte anses ha uppfyllt kravet genom att ange hur kravet på andelen fossilfritt drivmedel kommer att redovisas. Eftersom kravet enligt vad som anförts ovan inte bedöms strida mot LOU har kommunen haft fog för att upprätthålla detsamma och förkasta GDL:s anbud på den grunden att kravet inte uppfyllts.

Av handlingarna i målet framgår att GDL:s anbud även uteslutits på den grunden att bolaget inte undertecknat kommunens uppförandekod. I punkten 7.18 i förfrågningsunderlaget anges att leverantören skall underteckna uppförandekod och bifoga detta med anbudssvaret. Förvaltningsrätten antecknar att det aktuella kravet har tagits in i förfrågningsunderlaget och därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen. Förvaltningsrätten anser att kravet avseende uppförandekod har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen. Det är inte visat att kravet varit omöjligt att uppfylla till följd av att ett elektroniskt förfarande tillämpats eller att ett undertecknande av handlingen är orimligt betungande med hänsyn till ändamålet med kravet. Kravet kan mot denna bakgrund inte anses vara oproportionerligt eller strida mot LOU på annan grund. Eftersom namnförtydligande inte kan jämföras med undertecknande har GDL inte uppfyllt kravet i fråga.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således inte visat att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU på ett sätt gör att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Finn Hultin
förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

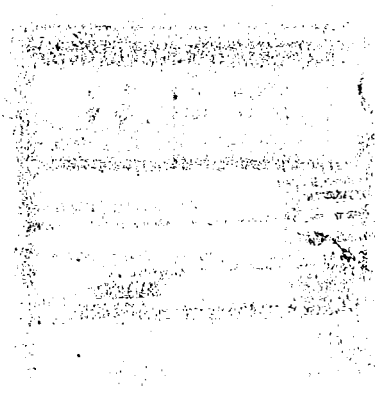
Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.



000000

000000