



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2014-11-27
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3440-14 E

SÖKANDE

EKAB Recycling AB, 556380-5257

Ombud:

Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Mäster Samuelsgatan 20
101 39 Stockholm

MOTPART

Vafab Miljö AB, 556191-4200

Ombud:

Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Vafab Miljö AB (Vafab) genomförde en upphandling benämnd ”Krossning av avfall från Vafab Miljöregionen, dnr 2013/249-VMA-061. Vafab fattade den 13 september 2013 ett tilldelningsbeslut varvid Mälby Gård AB (Mälby) tilldelades kontraktet.

EKAB Recycling AB (EKAB) ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade, såvitt nu är av intresse, att den i första hand skulle rättas på så sätt att EKAB:s anbud utvärderades och ett nytt tilldelningsbeslut lämnades samt i andra hand att upphandlingen skulle göras om.

Dok.Id 132904

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-431 63 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Förvaltningsrätten beslutade i dom den 27 februari 2014, såvitt nu är av intresse, att bifalla EKAB:s ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Vafab överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten skulle avslå EKAB:s ansökan om överprövning. Kammarrätten instämde i den bedömning som förvaltningsrätten hade gjort av det anbud som lämnats av leverantören Norrlandsjord & Miljö AB.

När det gällde det anbud som lämnats av Mälby fann kammarrätten, till skillnad från förvaltningsrätten, att leverantörens anbud såvitt gällde maskinen Hitachi ZX 170 WT-3 inte avvikit från upphandlingens obligatoriska miljökrav på sådant sätt att anbudet hade bort förkastas. Eftersom EKAB i förvaltningsrätten framfört även andra brister i fråga om anbudet och dessa brister inte behandlats i förvaltningsrättens dom, återförvisade kammarrätten målet till förvaltningsrätten för prövning av dessa övriga brister.

YRKANDEN M.M.

EKAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, varom nu är ifråga, att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför EKAB i huvudsak följande vad gäller Mälbys anbud.

För stjärnsikten Eco-star har inte något intyg alls lämnats med anbudet. I anbudet har angivits att stjärnsikten har originalmotor. Vid avgivandet av anbudet uppfylldes inte skall-kravet. Efter otillåten komplettering har lämnats uppgift om att stjärnsikten saknar motor. Det är en otillåten ändring eller förtydligande av anbudet. Förhållandet stämmer heller inte. EcoStar säljer inte någon hydraulisk maskin. Till detta kommer att en hydraulisk maskin inte fungerar under aktuella omständigheter, eftersom maskinen som påstås driva sikten är placerad minst 15 meter från sikten. Det är inte

möjligt att driva en sikt genom en annan maskins krossmotor över så stort avstånd, med beaktande av att olja måste överföras med ett tryck överstigande 200 bar.

Såvitt gäller Arjes Raptor XL D uppfylls inte kravet på intyg. Till anbudet fanns det inget intyg som uppfyllde kraven på avgaskravsintyg enligt EU-steg IIIA i direktiv 97/68/EG. Det har skett en otillåten komplettering. I anbudet anges att det är en CAT-motor i maskinen, medan det i en handling, som inkommit efter anbudstidens utgång, anges att det är en Scania-motor. Intyget uppfyller inte kraven i förfrågningsunderlaget eftersom det inte avser i anbudet angiven motor och inte heller är avfattat på svenska.

Mälbys anbud är inte korrekt när det gäller referenser. Referensen avseende Sveaskog uppfyller inte kravet på att beskriva omfattningen av uppdraget. Vafab har därefter tillåtit en komplettering, som inte avser förtydligande utan som gjorts för att kravet på referens i efterhand ska vara uppfyllt. I förfrågningsunderlaget anges att referensuppdraget ska ha omfattat minst 5 000 ton. De två referenser som angivits, d.v.s. uppdrag för skogsbolagen Sveaskog och Stora Enso, avser endast träkross m.m. och omfattar inte sådana uppgifter som är aktuella i upphandlingen och inkluderar 25 000 ton ÅVC-material bestående av sängar, soffor, dörrar, plasträdgårdsmöbler, trasiga leksaker, mattor m.m. Mälby har inte ens kross för att krossa det avfall som är aktuellt i upphandlingen.

Vafab bestrider bifall till ansökan och yrkar att den avslås. Till stöd för sin talan anför Vafab i huvudsak följande.

Mälby har uppfyllt ställda skall-krav avseende redovisning av intyg från maskin/motorleverantör. I några fall utgjordes dessa intyg av deklARATIONER där uppfyllande av ett antal normer och standarder angavs. Av dessa kunde inte direkt utläsas av Vafabs personal att de stadgade emissionskraven var

uppfyllda. Detta föranledde begäran om förtydligande eller konkretisering av de i anbudet inlämnade uppgifterna. Något avhjälpande av brist avseende ett skall-krav genom begäran om förtydligande har således inte skett. Det är endast fråga om en sådan komplettering eller sådant förtydligande som är tillåtet för upphandlande myndighet att begära in enligt 9 kap. 8 § LOU (jfr prop. 2006/07:128 s. 161 och Generaladvokatens förslag till dom i mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien [Wallonska bussarna]).

Avseende emissionskraven har det enkom rört sig om ett förtydligande av redan tidigare lämnade uppgifter. Några nya uppgifter i sak har inte tillförts. Arjes Raptor XL kan levereras antingen med en CAT-motor eller med en Scania-motor vilka båda uppfyller kraven. Maskinen Arjes VZ 750D är endast försedd med motorer från CAT.

EKAB:s påstående att EcoStar inte kan leverera hydrauliska maskiner är felaktigt och motsägs av en offert, som Mälby erhållit, från EcoStar till den svenske återförsäljaren. EKAB har påstått att en hydraulisk maskin inte kan fungera under de omständigheter som kommer att vara aktuella men inte åberopat någon bevisning för detta. När det gäller påståenden som till sin natur är sådana att det inte går att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det leverantörens ansvar att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden (se Kammarrättens i Göteborg dom den 4 april 2014, mål nr 6092-13).

Det bestrids även att Mälby inte uppfyller ställda skall-krav vad gäller det som ingivits avseende referensuppdraget Sveaskog. Av texten i förfrågningsunderlaget framgår att en beskrivning av uppdraget ska lämnas som visar att referensuppdraget haft en omfattning motsvarande det ställda skall-kravet. Det finns inte något uttryckligt krav på att t.ex. tonnage ska anges. Det har redan av anbudet kunnat utläsas att uppdraget haft en sådan omfattning att det uppställda kvalificeringskravet är uppfyllt. Begäran om

förtydligande har i detta avseende endast inneburit att en konkretisering skett och att en marginell sakuppgift, som inte explicit efterfrågats i anbudet, tillförts det ingivna anbudet. Vafab bestrider vidare att Mälby inte skulle uppfylla ställda krav på erfarenhet. Genom referenserna visas erfarenhet av samtliga efterfrågade avfallsslag. Det referensuppdrag som ingivits avseende Stora Enso inkluderar även plast och dylikt. Att Mälby i dagsläget inte äger en kross saknar betydelse, eftersom det inte finns något krav på att maskinell utrustning ska finnas redan vid anbudstillfället.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot Vafabs upphandling med anledning av de grunder EKAB anfört beträffande Mälbys avgivna anbud.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

EKAB har i målet invänt att de intyg anbudsvinnaren inkommit med inte uppfyller skall-kraven, att det skett en otillåten komplettering genom insändande av intyg, att anbudsvinnaren tillåtits komplettera sin referens på ett otillåtet sätt och att det inte framgår att anbudsvinnaren har erforderlig erfarenhet och teknisk kapacitet för uppdragets genomförande.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får den upphandlande myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterrar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I prop. 2006/07:128 s. 377 anges bl.a. att bestämmelsen i 9 kap. 8 § andra stycket LOU ska tillämpas restriktivt och att bestämmelsen också innebär att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar.

I mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien (Wallonska bussarna) ansåg EU-domstolen att likabehandlingsprincipen hade åsidosatts då en anbudsgivare tillåtits göra en ändring i anbudet. Generaladvokaten anförde att med tillåten precisering skulle avses att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Med tillåten komplettering avsågs att inkomma med uppgifter som inte tidigare var tillgängliga. Generaladvokaten ansåg att det i båda fallen inte var fråga om att ersätta tidigare uppgifter, utan att konkretisera dem på ett eller annat sätt (p. 37).

I upphandlingens förfrågningsunderlag har uttryckligen angetts att intyg ska bifogas anbudet, vilka ska utvisa att avgaskraven enligt EU-steg IIIA i direktiv 97/68/EG är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser att det strider mot likabehandlingsprincipen att såsom skett efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att komplettera sitt anbud med uppgifter och handlingar som krävs för att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda (se även t.ex. Kammarrättens i Göteborgs domar den 22 maj 2012, mål nr 872-12, och den 14 november 2013, mål nr 4224-13).

Det har i målet heller inte framkommit hur skall-kraven ens efter kompletteringen skulle ha uppfyllts såvitt det gäller att visa att avgaskraven enligt EU-steg IIIA i direktiv 97/68/EG är uppfyllda. Sålunda uppges för Arjes Raptor XL D i intyget endast konformitet med direktiven 2006/42/EG (om maskiner och om ändring av direktiv 95/16/EG), 2004/108/EG (om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om elektromagnetisk kompatibilitet och om upphävande av direktiv 89/336/EEG) och 2000/14 EG (om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om buller i miljön från utrustning som är avsedd att användas utomhus), medan inget anges om direktiv 97/68/EG. Att CAT-motorn bytts ut mot Scaniamotorn påverkar däremot i sig inte bedömningen. Vad gäller språkravet anser förvaltningsrätten att intyget får anses utgöra en del av anbudet (se Kammarrätten i Stockholms dom den 26 april 2011, mål nr 6969-10) och att det således inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet att intyg ska vara utformade på svenska.

Såvitt gäller den senare tillkomna uppgiften att EcoStar Stjärnsikt drivs hydrauliskt innebär detta enligt förvaltningsrättens mening en otillåten ändring av anbudet. I anbudet angavs ursprungligen att EcoStar Stjärnsikt drivs med originalmotor och att motorn uppfyller EU/USA Steg 3, vilket inte kan tolkas som att den under kontraktets fullgörande kommer att drivas med hydraulik. EKAB:s invändning att motorn inte kan fungera lämnas dock utan avseende, eftersom EKAB inte kan anses ha uppfyllt bevisbördan härför. När det är frågan om påståenden som till sin natur är sådana att det inte går att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det leverantörens ansvar, såsom Vafab invänt, att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden (se Kammarrättens i Göteborg dom den 4 april 2014, mål nr 6092-13). Inte heller finns anledning att ifrågasätta att en hydraulisk maskin kan levereras.

Även referensen har enligt förvaltningsrättens uppfattning kompletterats på ett otillåtet sätt. Mälby har i sitt anbud inte uppfyllt skall-kravet på att i beskrivning av referensuppdraget visa erfarenhet av efterfrågad mängd krossning, men tillåtits att senare inkomma med sådan beskrivning så att skall-kravet uppfyllts. Däremot anser inte förvaltningsrätten att det framgått att referensuppdragen som sådana inte skulle vara tillräckliga för att visa Mälbys erfarenhet eller att det framkommit skäl att betvivla att Mälby skulle ha kapacitet att genomföra uppdraget.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att anbudet från Mälby inte uppfyllde skall-kraven och därför hade bort förkastas. EKAB har varit berättigat att ansöka om överprövning trots brister i det egna anbudet (jfr mål C-100/12, Fastweb SpA). EKAB:s ansökan om överprövning ska därmed bifallas. Eftersom inget giltigt anbud kvarstår kan inte upphandlingen rättas utan måste göras om.

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

Leif Gäverth
lagman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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.