



SÖKANDE

URBASER AB, 556749-8026

Ombud: Advokaterna Anders Boquist och Elisabeth Hallström

MAQS Advokatbyrå i Malmö KB

Box 226

201 22 Malmö

MOTPART

Värmdö kommun, 212000-0035

Ekonomi- och upphandlingsavdelningen

134 81 Gustavsberg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-02-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Värmdö kommun (kommunen) genomför en upphandling av avfallshämtning i Värmdö kommun, dnr 2018TEN/0108. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 30 oktober 2018 framgår att kommunen i upphandlingen har för avsikt att teckna avtal med SUEZ Recycling AB (SUEZ).

URBASER AB (URBASER) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av SUEZ anbud. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Relevanta krav i förfrågningsunderlaget

Vad gäller kvalificering av anbudsgivare har i punkten 4.2 i upphandlingsdokumentet angetts bl.a. följande.

För att bli kvalificerad gäller att

- Anbudet ska innehålla begärda och kompletta uppgifter enligt punkt 2.4. och 3.1.-3.3.

I punkten 2.4 i upphandlingsdokumentet har följande angetts.

För att anbudsgivaren ska kunna kvalificeras och anbudet kunna utvärderas ska anbudet innehålla de bevis och uppgifter som beskrivs i upphandlingsdokumentet. Prisbilagan ska fyllas i och lämnas tillsammans med anbudet. Pris/ersättning ska anges i svenska kronor, SEK.

I prisbilagan anges på första sidan under rubriken "Rörlig ersättning" ett krav på att den rörliga ersättningen ska vara minst 10 procent av grunder-

sättningen. Till exempel ska, såvitt avser 370 liters kärl, den rörliga ersättningen vara minst 10 procent av grundersättningen för 370 liters kärl.

Suez anbud uppfyller inte ställda krav

Av den prisbilaga som SUEZ har inlämnat framgår att bolaget för 370 liters kärl har offererat en grundersättning om 216 kronor per hämtning och ett rörligt pris om 21,56 kronor per hämtning. Det rörliga priset understiger därmed 10 procent av grundersättningen, eftersom 10 procent motsvarar ett rörligt pris om 21,60 kronor per hämtning. Genom att SUEZ inte har lämnat ett pris som motsvarar minst 10 procent av grundersättningen uppfyller anbudet inte ställda krav, med följden att anbudet inte ska kvalificeras för utvärdering. Att anta ett anbud som inte uppfyller ställda krav utgör ett brott mot LOU, vilket medför skada för URBASER, som rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet eftersom URBASER:s anbud uppfyller ställda kvalifikationskrav och har lägst pris.

Kommunen har uppställt ett otillåtet krav på "golvpris"

För det fall URBASER:s förstahandsyrkande inte bifalls ska upphandlingen göras om på den grunden att kommunen har uppställt ett otillåtet krav på ett s.k. golvpris, genom att ange att den rörliga ersättningen ska motsvara minst 10 procent av grundersättningen. Kravet på att den rörliga ersättningen ska motsvara minst 10 procent av grundersättningen är ett obligatoriskt krav som enligt upphandlingsdokumentet får till följd att anbud som innehåller lägre rörlig ersättning än 10 procent av grundersättningen automatiskt ska uteslutas från utvärdering. Genom att uppställa ett obligatoriskt krav avseende prissättningen förhindras leverantörer från att konkurrera med priset, eftersom anbud som inte uppfyller kravet ska uteslutas. Förfarandet innebär att kommunen inte kan bedöma anbuden i verklig konkurrens. Att uppställa ett krav på golvpris utgör således ett brott mot LOU och de grundläggande

principerna för offentlig upphandling. Därtill innebär den automatiska utslutningen att det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i 12 kap. 3 § LOU åsidosätts, vilket även det utgör ett brott mot LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2018 ref. 50 klargjort att golvpris och automatisk utslutning på grund av underskridande av golvpris i princip inte är förenligt med LOU. På grund av det otillåtna kravet på golvpris, vilket URBASER har iakttagit, har bolaget inte kunnat lämna ett optimalt anbud. URBASER hade, om kravet inte uppställts, kunnat lämna ett väsentligt lägre rörligt pris än motsvarande minst 10 procent av grundersättningen. Kommunens brott mot LOU har lett till skada för URBASER i form av uteblivna intäkter, eftersom kravet har hindrat bolaget från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och därigenom erhålla tilldelning av kontraktet. Brotten mot LOU har skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede varför upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Yrkandet om rättelse

Vid genomgång och prövning av SUEZ anbud har kommunen noterat att bolaget på en rad i prisbilagan angett 21,56. För att uppnå 10 procent av grundersättningen, som SUEZ angett till 216 kr, borde siffran härvid ha varit 21,6 i stället för 21,56. Kommunen bedömde att det här kunde röra sig om en uppenbar felskrivning/felräkning – inte minst mot bakgrund av att 21,56 avrundat blir 21,6 – och gav SUEZ möjlighet att komma in med ett förtydligande. SUEZ svarade att det blivit ett dubbelslag av misstag, då 5 och 6 ligger bredvid varandra på tangentbordet. SUEZ angav härvid att den korrekta, avsedda siffran var 21,6. Kommunen har saknat anledning att inte godta denna förklaring och det har därmed vare sig funnits skäl eller stöd för att förkasta SUEZ anbud.

Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Kommunen vitsordar att ett förkastande på grund av orimligt lågt pris inte får genomföras utan att anbudsgivaren haft möjlighet att lämna en förklaring till sin prissättning. I det nu aktuella fallet handlar det emellertid inte om detta. Kommunen har i upphandlingsdokumenten ställt krav avseende anbudets innehåll med innebörden att prisbilagan med relevanta prisuppgifter ska fyllas i och lämnas in tillsammans med resterande anbudshandlingar. Kommunen har däremot inte använt sig av någon form av golvpris. Anbudsgivarna har haft full frihet att ange ett hur lågt pris som helst på den fasta ersättningen – vilken den rörliga ersättningen (om minst 10 procent) sedan till fullo relaterar till och baseras på.

Den faktiska prissättning anbudsgivarna har valt att göra i prisbilagan, har inte angetts kunna leda till något automatiskt förkastande. För den händelse något av dessa priser skulle ha framstått som orimligt låga, skulle kommunen ha gett den aktuella anbudsgivaren möjlighet att förklara detta, i enlighet med det obligatoriska kontradiktoriska förfarandet enligt 16 kap 7 § LOU. Kravet avseende ifyllande och inlämnande av en prisbilaga är ett sedvanligt och fullt rimligt krav på anbuds form och innehåll. Det har vare sig haft till syfte eller effekt att begränsa anbudsgivarnas möjlighet att välja sina prisnivåer. Sammanfattningsvis har anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen haft full frihet att välja och sätta sina priser. Kommunen har inte uppställt något golvpris, vars underskridande skulle ha lett till automatiskt förkastande.

Kommunen vill i sammanhanget även påpeka att kommunen har använt en mall som är hämtad från branschorganisationen Avfall Sverige och som därmed måste anses vara vedertagen. I denna mall står angivet att ”beställa-

ren kan ange i vilken relation priset ska stå till varandra. Exempelvis att det fasta priset inte får vara mer än 40 % av angivet pris för tömning”.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 17 § LOU anges följande. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter

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

Förvaltningsrättens bedömning

URBASER har i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av SUEZ anbud. URBASER har till stöd för sitt förstahandsyrkande anfört att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller ett obligatoriskt krav om att den rörliga ersättningen ska motsvara minst 10 procent av grundersättningen. I andra hand har URBASER yrkat att upphandlingen ska göras om. URBASER har till stöd för detta yrkande gjort gällande att kommunen genom att ställa upp ett krav på golvpris har brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis de brister som åberopats som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen, dvs. frågan om kommunen har uppställt ett krav på golvpris i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Fråga om brister i det konkurrensuppsökande skedet

Av rättsfallet HFD 2018 ref. 50 framgår att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett sådant krav står i strid med likabehandlingsprincipen. Ett anbud, som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris, ska i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Ett möjligt undantag från att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet kan vara om antalet anbud är så högt att den upphandlande myndigheten måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande i ett så stort antal fall att det övergår myndighetens kapacitet eller äventyrar projektets genomförande (jfr EU-domstolens avgöranden i målen Lombardine och Mantovani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, Fratelli Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256 samt SECAP och Santorso, C 147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277).

Av punkterna 4.3 och 4.4 i upphandlingsdokumentet framgår att kommunen kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån grunden lägsta pris. Av den prisbilaga som skulle inges i upphandlingen framgår att anbudsgivare dels skulle ange ett pris avseende grundersättning, dels ett pris avseende rörlig ersättning för hämtning av mat- och restavfall. Vidare framgår av prisbilagan att den rörliga ersättningen skulle vara minst 10 procent av grundersättningen. Skrivningen i prisbilagan kan inte uppfattas på annat sätt än att kommunen inte kommer att godta anbud som innehåller rörliga priser som understiger 10 procent av angiven grundersättning. Förvaltningsrätten anser inte att det i skrivningen går att tolka in att kommunen – för det fall ett lägre pris skulle ha offereras för den rörliga ersättningen – skulle ha begärt en förklaring av det låga priset av leverantören i enlighet med det förfarande som beskrivs i 16 kap. 7 § LOU. Förvaltnings-

rätten anser vidare att den satta ramen för den rörliga ersättningen innebär att anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera om priset har begränsats. Det förhållandet att en anbudsgivare har haft frihet att ange ett hur lågt pris som helst på den fasta ersättningen föranleder ingen annan bedömning. Kommunen får därmed anses ha ställt upp ett krav som är att jämställa med golvpriser i upphandlingen.

I målet har inte framkommit att det har förelegat någon sådan undantagssituation som gör att det kan ha varit tillåtet att tillämpa krav på golvpris. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det krav på golvpris som uppställts i upphandlingen står i strid med likabehandlingsprincipen. Vad kommunen har anfört om att den vid framtagandet av det aktuella prisdokumentet har använt en mall som är hämtad från en branschorganisation förändrar inte denna bedömning.

Enligt förvaltningsrättens mening framstår det inte som orimligt att URBASER hade utformat sitt anbud på ett annat och mer konkurrenskraftigt sätt om det inte hade funnits golvpriser för den rörliga ersättningen. Bolaget har därmed visat att det i vart fall har riskerat att lida skada av det uppställda kravet.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att uppställa krav på golvpriser. URBASER har i vart fall riskerat att lida skada av det uppställda kravet. Då bristen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva huruvida det förlegat brister i anbudet från SUEZ.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.