



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-03-18
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3949-15 E

SÖKANDE

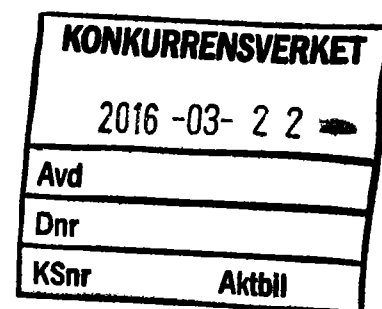
RGS 90 Sverige AB, 556609-2085
Östra Sörredsvägen 40
418 78 Göteborg

Ombud: advokaterna Martin Levinsohn och Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

MittSverige Vatten AB, 556661-8756
Box 189
851 03 Sundsvall

Ombud: advokaten Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 103983

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

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

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

MittSverige Vatten AB (MSVAB) genomför upphandlingen Transport och omhändertagande av förorenad jord (totalentreprenad), dnr SVAB-2015-00304. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LUF med lägsta pris som tilldelningsgrund. Under anbudstiden kom anbud in från fyra leverantörer vilka samtliga gick vidare till utvärdering. Upphandlande enheten meddelade den 24 november 2015 beslutet att anta anbudet från Ekokem AB (Ekokem).

YRKANDEN M.M.

RGS 90 Sverige AB (RGS 90) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att MSVAB företar en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Ekokem ska förkastas. RGS 90 anför bl.a. följande.

MSVAB har accepterat Ekokems anbud trots att det inte uppfyllt de obligatoriska krav som ställts upp. Detta medför att RGS 90, som offererat näst lägst pris i upphandlingen, har lidit skada. Enligt AFB.31 ska anbudsgivare använda sig av det anbudsformulär som bilagts förfrågningsunderlaget och fylla i samtliga tomma fält. Vidare ska anbudsgivaren bifoga intyg om att anbudsgivaren har kapacitet att omhänderta och transportera minst de mängder avfall som anges i anbudsformuläret under kontraktstiden. Av uppställningen i anbudsformuläret ska framgå vilka avfallsklasser som ska omhändertas av underentreprenör. Vid angivande av underentreprenör ska även en undertecknad avsiktsförklaring/medgivande om deltagande från underentreprenören biläggas anbudet. Enligt AFB.52 kommer prövning av anbudsgivarens lämplighet bl.a. att innefatta en prövning av att anbudsgivaren har kapacitet att omhänderta och transportera minst de mängder som anges i anbudsformuläret under kontraktstiden. Av anbudsformuläret framgår att anbudsgivaren ska säkerställa att vissa specificerade mängder avfallsmassor (under KM, mellan KM-MKM, över MKM, FA, Sulfidjord och Bark) kan

omhändertas, samt ange vilken mottagningsanläggning som ska omhänderta respektive fraktion samt i förekommande fall om detta utförs av en underentreprenör.

Av Ekokems anbudsformulär framgår att man har för avsikt att lämna samtliga massor inom avfallsklasserna under KM, mellan KM-MKM och över MKM till viss mottagningsanläggning och att denna drivs av underentreprenör. Till anbudet bifogades ett kapacitetsintyg från underentreprenören, av vilket framgår att underentreprenören kan tillhandahålla erforderlig kapacitet för avfallsslag under FA vid denna deponi. Underentreprenören garanterar att ovan angiven kapacitet finns tillgänglig för Ekokem i aktuell upphandling. Ekokems anbud kan formellt tolkas som att kraven på styrkande av kapacitet i upphandlingen är uppfyllda då underentreprenören synes ha garanterat kapacitet för omhändertagande av de massor som Ekokem har för avsikt att lämna till underentreprenörens anläggning.

RGS 90 har åberopat samma underleverantörs kapacitet i sitt anbud, men bara för massor med en föroreningshalt över MKM. Inför RGS 90:s anbudsinlämning diskuterades möjligheten att även lämna andra typer av massor till denna anläggning, men vid dessa diskussioner var underentreprenören mycket tydlig med att man inte var intresserad av att ta emot andra massor än massor med en föroreningshalt överstigande MKM. RGS 90 blev därför förvånade över att Ekokem verkar påstå att denne underentreprenör åtagit sig att omhänderta även andra massor. För att få klarhet i situationen har RGS 90 kontaktat underentreprenören, som därvid muntligen uppgett att man *inte* åtagit sig att ta emot andra massor från Ekokem än massor över MKM, och det är även det som avses med formuleringen "under FA" i kapacitetsintyget. Att det inte finns någon överenskommelse med Ekokem om att omhänderta massor med föroreningshalter under KM respektive mellan KM-MKM har också bekräftats av underentreprenören via e-post. Ekokem synes även vara medvetet om att underentreprenören inte har åtagit sig att

omhändertata annat än massor över MKM, och har därför ändrat sitt anbud *efter* tilldelningsbeslutet och angett nya mottagare för de aktuella avfallsklasserna.

Som framgår av det ovan sagda hade Ekokem inte vid anbudstillfället tillgång till tillräcklig kapacitet för omhändertagande av samtliga förorenade massor i upphandlingen. Anbudet skulle därför ha förkastats. Uppgifter som visar att ett anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav måste beaktas även om de blir kända först under överprövningsprocessen, se t.ex. Kamrarrätten i Göteborg mål nr 1569 - - 1572-14 och 935-12. Om Ekokems anbud godtas trots denna redovisade brist kommer MSVAB att frånfalla obligatoriska krav i upphandlingen, och därmed handla i strid med de grundläggande principerna. Det understryks vidare att bristerna i Ekokems anbud inte utgör en uppenbar fel skrivning, felräkning eller annat uppenbart fel som kan korrigeras av Ekokem med stöd av 9 kap. 8 § LUF. MSVAB kan därför inte godta att Ekokem ger in nya mottagningsanläggningar för att läka bristen i anbudet utan att likabehandlingsprincipen träds för när.

MSVAB bestrider bifall till ansökan om anför bl.a. följande. Påståendet att Ekokem inte skulle uppfylla de ställda kraven är felaktigt. Efter tilldelningsbeslutet inkom Ekokem med uppgift om att deras anbud innehöll felaktig information på två fraktioner. Ekokem har av misstag angett felaktiga mottagningsställen och tillstånd för avfallsslag KM och avfallsslag KM-MKM men korrigerat detta och bifogat tillstånd för de korrekta mottagningsställen. Dessa sistnämnda tillstånd är utfärdade/daterade innan upphandlingen annonserades vilket gör att Ekokem vid anbudstillfället förfogade över tillräcklig kapacitet för omhändertagande av samtliga förorenade massor i upphandlingen och således uppfyllde kapacitetskraven i upphandlingen. Ekokems anbudspris har inte ändrats av detta.

Förutsättningarna har inte något mervärde för utvärderingen och ändringen av mottagningsställen är inte en väsentlig förändring. I den s.k. Pressetextdomen (C-454/06) fastslogs att en ny upphandling ska genomföras ”om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet”. För att klargöra innebörden av detta presenterade domstolen tre situationer för när en förändring kan anses vara väsentlig: i) det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud, ii) kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utstäckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, och iii) kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

I AFD.172 i de administrativa föreskrifterna står även att ”Entreprenören är skyldig att utan dröjsmål till beställaren anmäla om givna förutsättningar icke överensstämmer med verkliga förhållanden”. Om något mottagningsställe ändrats under avtalstiden skulle det vara acceptabelt så länge entreprenören innehar korrekta tillstånd samt att priset är oförändrat. Ekokems anbud var inte felaktigt på något sätt och förutsättningarna är desamma som vid anbudsgivandet. Anbudet har utvärderats helt i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget och ett sedermera ingånget upphandlingskontrakt hade varit i fullständig överensstämmelse med såväl förfrågningsunderlag som anbud. Någon laglig möjlighet för MSVAB att förkasta Ekokems anbud finns inte. MSVAB har inte brutit mot någon bestämmelse i LUF eller mot någon av de unionsrättsliga principerna. Förhållandet innebär inte någon överträdelse av något ska-krav, och även om så hade varit fallet hade en uteslutning av anbudet på sådan grund stått i strid med proportional-

itetsprincipen med tanke på att det inte har påverkat utfallet av värderingen enligt kriteriet lägsta pris.

RGS 90 anför här efter bl.a. följande. Pressetextdomen berör frågan om i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och enheter har möjlighet att ändra villkor och krav i en upphandling efter att upphandlingen annonserats. Frågan i förevarande mål gäller dock i vilken mån en anbudsgivare har möjlighet att förändra sitt anbud efter att anbudstiden löpt ut. Den absoluta huvudregeln är att anbud *inte* får ändras efter att de väl lämnats in. För att undvika orimliga resultat tillåter 9 kap. 8 § LUF att uppenbara felskrivningar, felräkningar och andra uppenbara brister rättas av anbudsgivaren, vilket dock enligt praxis är förenat med stora risker för att likabehandlingsprincipen träds för när, vilket talar för en restriktiv tillämpning av bestämmelsen. Det är således av avgörande betydelse att rättelse sker på ett sådant sätt att det inte kan misstänkas att en viss anbudsgivare getts möjlighet att tillföra sitt anbud nya uppgifter eller undanröja vad som egentligen utgör en missuppfattning av förfrågningsunderlaget. I ordet uppenbar bör därför ligga inte endast att felet vanligen bör vara av sådan karaktär att det för var och en framstår som felaktigt utan även att det är fråga om ett uppenbart förbiseende och inte något mera kvalificerat misstag eller missförstånd av anbudsgivaren. Det bör därför utan större svårigheter kunna förstås vad som rätteligen skulle ha angetts. Ekokems ändring efter anbudstidens utgång har skett för att åtgärda en brist i bolagets anbud. Det saknar betydelse om ändringarna påverkat Ekokems anbudspris eller inte. Ändringarna har således *inte* avsett sådana rättelser av uppenbara felskrivningar eller felräkningar som är tillåtna enligt 9 kap. 8 § LUF. MSVAB har därför inte kunnat beakta Ekokems nya uppgifter utan att likabehandlingsprincipen träds för när.

MSVAB anför här efter bl.a. följande. MSVAB:s uppfattning är att det i och för sig funnit en motstridighet i Ekokems anbud, men att denna motstridighet, i form av ett enkelt skrivfel, har kunnat klaras ut genom ett förtydli-

gande från Ekokem. Reglerna om rättelse i upphandlingar vid förenklat förfarande finns i 15 kap. 12 § LUF. Bestämmelsen tillåter förtydliganden/kompletteringar av redan lämnade uppgifter men däremot inte helt nya uppgifter. Ekokem har i sitt anbud intygat att dess underentreprenör har erforderliga tillstånd för offererat slutligt omhändertagande. När Ekokem genom att intyga att dess underentreprenör har erforderliga tillstånd för offererat slutligt omhändertagande samtidigt som det visar sig att den underentreprenör som angetts inte klarar av uppdraget finns en motstridighet i anbudet. Det har lämnats två upplysningar som uppenbart inte stämmer överens med varandra. Genom ett förtydligande från Ekokem har denna motstridighet dock klarats ut och förklarats av att Ekokem av förbiseende angett fel anläggning som underentreprenör för ifrågavarande del av uppdraget. Ekokem har lämnat vissa uppgifter i anbudet när man intygat underentreprenörens erforderliga tillstånd. Det blir då inte fråga om helt nya uppgifter när det visar sig att man av förbiseende skrivit fel bolags namn i formuläret. Helt oavsett om kompletteringen ifråga har varit tillåten eller inte faller kommunikationen inom ramen för vad som är tillåtet för förhandling, och förfarandet skulle kunna ses som en tillåten förhandling om Ekokems anbuds innehåll.

RGS 90 anför avslutningsvis bl.a. följande. Oavsett hur MSVAB väljer att beskriva händelseförloppet är det etablerat att Ekokem inte hade säkerställt kapacitet av omhändertagande av massor under KM och mellan KM-MKM vid den angivna anläggningen när Ekokem lämnade anbud i upphandlingen. Ekokem uppfyllde därmed inte de obligatoriska kraven. Även om ett förenklat förfarande förvisso tillåter förhandling med en eller flera anbudsgivare måste sådana förhandlingar alltid ske med beaktande av de EU-rättsliga principerna och utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Under alla omständigheter kan förhandling inte ske i syfte att låta en enskild anbudsgivare läka en brist i förhållande till obligatoriska krav. Rätten att förhandla syftar enligt praxis inte till att ge möjlighet för leverantörer att

komplettera anbud med referenser efter anbudstiden utgång. Inte heller AFD.172 kan ges innebörden att anbudsgivare kan läka en brist i anbudet i efterhand. Avslutningsvis uppfyller Ekokems anbud inte heller efter angivandet av ny mottagningsanläggning de obligatoriska kraven i upphandlingen, eftersom det inte lämnats in någon avsiktsförklaring eller medgivande om deltagande från samtliga underentreprenörer anbudsgivaren har för avsikt att använda sig av.

MSVAB anför avslutningsvis avseende kravet på avsiktsförklaringar följande. Beträffande KM-MKM ska viss underentreprenör omhänderta enligt Ekokems uppgifter i anbudet och då är det avtalet med kommunen som skickades in som gäller som avsiktsförklaring/medgivande. Beträffande KM och annan underentreprenör gäller tillstånd som bifogade anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter **AFB 3.1 Anbudsform och innehåll** framgår att formulär till anbud, Handling 6.2 Anbuds-

formulär ska vara komplett ifylld och efterfrågade bilagor ska bifogas. Vidare anges:

”Tomma fält i Handling 6.2 Anbudsformulär ska ifyllas av anbudsgivare. Av uppställningen ska också framgå vilka avfallsklasser som eventuellt omhändertas via underentreprenör (UE). Vid uppgivande av UE ska även en undertecknad avsiktsförklaring/medgivande om deltagande från denne biläggas anbudet. --- ”

Intyg som ska bifogas är enligt denna punkt bl.a. intyg att anbudsgivaren innehar erforderliga tillstånd för offererat slutligt omhändertagande och transport, intyg att anbudsgivaren har kapacitet att omhänderta och transportera minst de mängder som anges i Handling 6.2 Anbudsformulär under aktuell kontraktstid, samt i förekommande fall avsiktsförklaring från UE.

I förfrågningsunderlagets Entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad **AFD.172 Anmälningar till beställaren** anges att entreprenören är skyldig att utan dröjsmål till beställaren anmäla om givna förutsättningar icke överensstämmer med verkliga förhållanden.

I **Handling 6.2 Anbudsformulär** ifyllt av Ekokem anges bl.a. följande. För avfallsslag under KM, mellan KM-MKM och över KM anges som mottagningsanläggning en anläggning i Älandsbro, Härnösand, samt att detta är en underentreprenör. Annan underentreprenör i Umeå anges som mottagningsanläggning för FA och Sulfidjord. Avseende avfallsslaget Bark anges Ekokems egen mottagningsanläggning i Kumla. Vidare har Ekokem genom att kryssa i en ruta intygat ”att anbudsgivaren och, i förekommande fall dennes angivne UE innehar erforderliga tillstånd för offererat slutligt omhändertagande och transport” samt att kopior för dessa tillstånd biläggs. Vidare intygas genom ett kryss ”att anbudsgivaren har kapacitet att omhänderta och transportera minst de mängder som anges i handling 6.2 under aktuell kontraktstid” samt att om UE angetts biläggs av denna undertecknat intyg om åtagandet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva om MSVAB:s upphandling av transport och omhändertagande av förorenad jord genomförts i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna och LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder RGS 90 har åberopat till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

RGS 90 har anfört att Ekokems anbud, vilket antogs efter utvärdering, inte uppfyller samtliga ställda ska-krav då Ekokem inte lämnat korrekt uppgift om underentreprenör vars mottagningsanläggning avses användas gällande vissa förorenade massor. RGS 90 har vidare anfört att MSVAB brutit mot likabehandlingsprincipen då man tillåtit att Ekokem efter tilldelningsbeslutet fått komma in med komplettering i form av uppgift om den underentreprenör och mottagningsanläggning som i själva verket kommer att användas.

Förvaltningsrätten konstaterar att principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats i upphandlingen. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav ska inte tas upp till utvärdering. Som även RGS 90 konstaterat i målet innehöll Ekokems anbud uppgift om mottagningsanläggningar för de olika avfallsklasserna, och i förekommande fall uppgift om underentreprenör som skulle anlitas för uppdraget samt en avsiktsförklaring från den aktuella underentreprenören avseende de i målet ifrågasatta avfallsklasserna. Den upphandlande enhetens skyldighet sträcker sig i normalfallet till att jämföra det lämnade anbudet med de krav som enheten ställt i förfrågningsunderlaget. Det finns inget generellt krav på den upphandlande enheten att härutöver kontrollera att uppgifter som lämnats i ett anbud är riktiga då det inte finns anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Förvaltningsrätten konstaterar att Ekokem i sitt anbud lämnat de uppgifter som krävdes angående mottagningsanläggningar och underentreprenörer, och att MSVAB inte har haft någon särskild anledning att kontrollera att de lämnade uppgifterna var rik-

tiga. MSVAB har inte haft möjlighet att ifrågasätta eller utesluta Ekokems anbud på denna punkt, då Ekokems anbud vid anbudsinlämningen uppfyllde det ifrågasatta ska-kravet.

Nästa fråga blir vilken följd det får att det efter tilldelningsbeslutet uppmärksammas att vissa uppgifter om underentreprenör och mottagningsanläggning som angetts i Ekokems anbud inte stämmer, då en angiven underentreprenör inte åtagit sig att ta emot massor ur samtliga angivna avfallsklasser, och att Ekokem därför efter tilldelningsbeslutet angett annan underentreprenör och mottagningsanläggning avseende vissa avfallsklasser. Förvaltningsrätten noterar att det i förfrågningsunderlagets entreprenadföreskrifter anges att leverantören är skyldig att utan dröjsmål anmäla till beställaren om givna förutsättningar inte stämmer överens med verkliga förhållanden. Denna föreskrift får anses ta sikte på hur parterna ska förhålla sig under avtalets löptid, då det kan inträffa händelser som kan inverka på den upphandlade tjänsten, och som inte kunnat förutses inför anbudsinlämning och tecknande av avtal.

Förvaltningsrätten anser att den i målet aktuella situationen närmast är att likna vid den situationen att det under pågående avtalstid inträffar något som medför en förändring i den upphandlade tjänstens utförande. Att kontrakt ännu inte tecknats har enligt förvaltningsrättens mening ingen betydelse i förevarande fall. Det är således varken fråga om en tillåten rättelse av uppenbar felskrivning, tillåtet förtydligande eller komplettering av anbudet efter anbudstidens utgång, eller en otillåten komplettering i strid med lika-behandlingsprincipen. Till detta kommer att de efter tilldelningsbeslutet anmälda förändringarna avseende underentreprenörer och mottagningsanläggningar inte förändrat anbudet i fråga om offererat pris eller på något annat sätt, som hade kunnat medföra annat utfall vid utvärderingen. Sammantaget anser förvaltningsrätten att RGS 90 inte har visat att MSVAB har

genomfört upphandlingen i strid med LUF eller någon av de grundläggande principerna för upphandling. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LUF, enligt vilken den upphandlande enheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.