



KONKURRENSVERKET	
2012 -06- 2 5	
Avd	
Dnr	
Dass	Aktbil

KLAGANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393
Transportgatan 9
262 71 Ängelholm

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren och jur.kand. Daniel Björklund
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 15 mars 2012 i mål nr 15-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Det intermistiska beslutet den 26 mars 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

SITA Sverige AB (SITA) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att Kristinehamns kommuns (kommunen) upphandling av deponering av icke brännbart och icke farligt avfall ska göras om. SITA anför bl.a. följande. Kommunen har genom att i upphandlingen

använda sig av en utvärderingsmodell som inte angivits i förfrågningsunderlaget alternativt en utvärderingsmodell som strider mot 12 kap. 1 § LOU brutit mot de grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § LOU. Som en följd härav har SITA lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna för SITA mycket värdefulla upphandling.

Använd utvärderingsmodell har inte angivits i förfrågningsunderlaget

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt och framgår av handlingarna i målet att tillämpad utvärderingsmetod, dvs. att vikta kostnad för felsortering till en procent inte framgår av förfrågningsunderlaget och att kommunen därmed överträtt LOU. Av outgrundliga skäl drar dock förvaltningsrätten slutsatsen att konstaterat brott mot LOU inte medfört någon skada för SITA. Förvaltningsrätten har vid sin bedömning förbisett att skälet till att SITA valt att inte ange något pris för felsorterat avfall är att det av förfrågningsunderlaget inte framgått hur inkomna anbud skulle komma att utvärderas avseende aktuell avgift. Det var först efter det att kontraktstilldelning skett som SITA blev varse hur prisutvärderingen var tänkt att ske i aktuellt hänseende. Hade SITA känt till att kommunen avsett att utvärdera kostnaden för sortering separat, och att kommunen i denna utvärdering skulle vikta denna kostnad till endast en procent, hade SITA naturligtvis inte på det sätt som förfrågningsunderlaget medgav lämnat ett totalt anbudspris inklusive kostnad för sortering utan istället valt att särredovisa sådan uppskattad kostnad i sitt anbud. SITA hade härigenom kunnat offerera ett anbudspris som, i enlighet med av kommunen tillämpad utvärderingsmodell, varit ca 150 kr lägre per ton än det pris som nu utvärderats i upphandlingen. Det pris som SITA hade kunnat offerera om samtliga förutsättningar varit kända vid anbudets ingivande hade såldes sannolikt varit det lägsta i upphandlingen, innebärande att SITA hade tilldelats kontraktet i upphandlingen. SITA har därmed klart lidit skada på grund av det bristfälliga och icke-transparenta förfrågningsunderlaget.

Utvärderingsmodellen är inte förenlig med 12 kap. 1 § LOU

SITA:s professionella uppskattning efter ett besök på kommunens återvinningscentral/omlastningsstation i Strandmossen är att mängden felsorterat material kan uppskattas till 20–30 procent av totalvolymen. Kommunen har också i förvaltningsrätten vitsordat sistnämnda uppgift. Trots detta har förvaltningsrätten funnit att några omständigheter som talar för att andelen är 20–30 procent inte visats i målet. SITA kan av naturliga skäl inte förstå hur förvaltningsrätten kommit till denna slutsats. Kommunen har inte presenterat någon godtagbar förklaring till varför just en procent felsorterat material legat till grund för dess prisutvärdering. Kommunen har på detta sätt valt att bortse från de faktiska kostnader som felsortering förväntas ge upphov till under kontraktstiden. Kommunen har därmed vid sitt val av leverantör inte säkerställt att det bästa anbudet tilldelats kontraktet. Hade kommunen istället baserat sin utvärdering på verkliga förhållanden hade sannolikt SITA:s anbud varit det anbud som erbjudit lägst pris. Tillämpad utvärderingsmodell har därför inte varit ägnat att utse det för kommunen fördelaktigaste anbudet. I anledning härav har upphandlingen utförts i strid med de grundläggande principerna i LOU och ska därför göras om.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har tydligt i förfrågningsunderlag och i anbudsformulär redovisat hur anbudena ska utvärderas, dels summan av kostnader i avfallsslag 1–3 i anbudsformuläret, dels tillägg för transportkostnad enligt förfrågningsunderlaget. Kommunen har härutöver felaktigt vid utvärderingen lagt till kostnad för felsortering med en procent, vilket inte framgått av förfrågningsunderlaget. Kommunen har medgivit detta fel och föreslagit att utvärderingen görs om utan denna avgift. En justering som inte förändrar resultatet av utvärderingen. Kommunen har även begärt in uppgift om hur stor del av felsorterat material som kan accepteras av anbudsgivare samt eventuella tilläggsavgifter eller andra sanktioner vid felsortering. Detta är en uppgift som alltså ska lämnas separat och inte ingå i de anbudspriser som infordrats enligt anbudsformulär. Kommunen kan inte se att förfrågningsunderlaget med bilagor kan tolkas på annat sätt än att anbudspris skall lämnas exklu-

sive felsortering. I förfrågan anges dessutom att kommunen eftersträvar att minska andelen felsorterat material men att den inte helt kommer att kunna undvikas.

Kammarrätten har i beslut den 26 mars 2012 beslutat att kommunen inte får ingå ramavtal beträffande upphandling av deponering av icke brännbart och icke farligt avfall, innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen har påbörjats före den 1 november 2011, varför LOU i dess lydelse före detta datum är tillämplig i målet.

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 12 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 5 § 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.

Det är i målet ostridigt att kommunen vid utvärderingen av inkomna anbud använt sig av en modell som inte överensstämmer med den som angivits i förfrågningsunderlaget. Den aktuella utvärderingen brister därmed i transparens och strider således mot en av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. För att rätten ska kunna besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den inte får avslutas förrän rättelse har gjorts krävs dock även att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada på grund av felaktigheten. Kammarrätten har därför inledningsvis att pröva om kommunens agerande, att lägga till en kostnad för felsortering med en procent vid utvärderingen, medfört att SITA lidit eller kan komma att lida skada.

Det kan konstateras att kommunen vid utvärderingen av SITA:s anbud inte lagt till någon kostnad för felsorterat avfall eftersom bolaget inte angivit någon felsorteringsavgift i sitt anbud. Någon risk för att SITA lidit eller kan komma att lida skada på grund därav finns följaktligen inte. SITA har emellertid gjort gällande att skadan ligger i att bolaget valt att räkna med kostnaden för felsorterat avfall i det totala anbudspriset, då det av förfrågningsunderlaget inte framgått hur inkomna anbud skulle komma att utvärderas avseende aktuell avgift. I förfrågningsunderlaget nämns visserligen inte något om att kostnaden för felsorterat avfall ska beaktas vid utvärderingen, däremot anges tydligt att leverantören ska ange hur stor andel felsorterat material man godtar i deponifractionen och ange under vilka förutsättningar man tar ut extraavgifter eller tillämpar andra sanktioner vid bristfällig sortering. Vidare framgår det av anbudsformuläret att leverantörerna ska fylla i en ruta för eventuella tilläggsavgifter eller andra sanktioner vid felsortering. SITA har i sitt anbud inte angett några extraavgifter eller andra sanktioner vid bristfällig sortering. Någon upplysning om att det totala anbudspriset till

viss del innehåller kostnader för felsorterat avfall har inte heller lämnats av SITA. Att SITA i sitt totala anbudspris valt att inkludera en kostnad för felsorterat avfall trots att man enligt förfrågningsunderlaget skulle specificera eventuella tilläggsavgifter eller andra sanktioner innebär inte enligt kammarrättens mening att SITA lidit eller kan komma att lida skada.

Frågan som återstår att pröva är då om den av kommunen valda utvärderingsmodellen, dvs. den som anges i förfrågningsunderlaget, strider mot 1 kap. 9 § LOU eller 12 kap. 1 § LOU och detta medfört att SITA lidit eller kan komma att lida skada.

EU-domstolen har uttalat att de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får välja de kriterier som de ämnar tillämpa, på villkor att dessa syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlade myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av kriterierna ska ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av unionsrätten (C-448/01 p. 37-38).


HFD har uttalat att 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. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (RÅ 2002 ref 50).

Som framgår ovan har en upphandlande myndighet stor frihet att välja

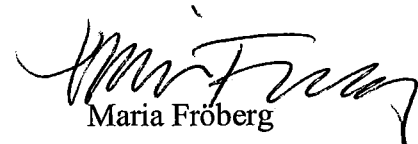
utvärderingsmodell. Några omständigheter som tyder på eller att tillämpningen av kriterierna skett utan iakttagande av de grundläggande principerna har inte framkommit i målet. Den omständigheten att kommunens utvärderingsmodell inte beaktar eventuella tillkommande felsorteringsavgift medför visserligen att kommunen kan drabbas av kostnad under kontraktstiden som man enligt vald utvärderingsmodell inte har kunnat beakta vid utvärderingen. Detta medför dock inte enligt kammarrättens mening att modellen som sådan strider mot 1 kap. 9 § LOU eller 12 kap. 1 § LOU.

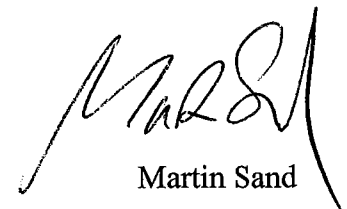
Sammantaget har det därmed inte framkommit någon grund som utgör skäl för ingripande enligt LOU. SITA:s överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Birgitta Pettersson


Lennart Berglund
referent


Maria Fröberg


Martin Sand



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-03-15
Meddelad i
Karlstad

Bilaga A

1

Mål nr
15-12 E

SÖKANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393
Transportgatan 9
262 71 Ängelholm

Ombud:

Advokat Tomas Kjellgren och jur. kand. Daniel Björklund
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår SITA Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 56852

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kristinehamns kommun genomför en offentlig upphandling av ramavtal avseende deponering av icke brännbart och icke farligt avfall. Upphandlingsformen är öppet förfarande och avtalstiden ska vara två år med möjlighet att förlänga avtalet upp till två år. Kommunen har för avsikt att sluta avtal med en eller flera leverantörer där samtliga villkor är fastställda. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud kommit in, varav tre anbud (Karlstad Energi AB, Karlskoga Miljö AB och SITA Sverige AB) uppfyllt alla skalkrav och utvärderats. I upphandlingsprotokoll anges att anbudet från Karlstad Energi AB har det lägsta totala priset och kommer att väljas samt att SITA Sverige AB haft det näst lägsta totala priset.

YRKANDEN

SITA Sverige AB (SITA) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om på grund av att den utvärderingsmodell som använts inte framgår av förfrågningsunderlaget beroende på prissättningen av felforterat avfall, alternativt att modellen ändå inte medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbud med lägst pris antas.

Kristinehamns kommun bestrider bifall till yrkandet men medger fel i utvärderingen och anser att utvärderingen ska göras om strikt efter förfrågningsunderlaget.

PARTERNAS TALAN

SITA anför bland annat följande

2. Bakgrund

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU och kommunen har i förfrågningsunderlaget angivit att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Mot

bakgrund av att offererat pris utgör det enda utvärderingskriteriet synes dock tillämplig grund för tilldelning i upphandlingsrättslig mening snarast vara lägst pris.

4.1 Använd utvärderingsmodell har inte angivits i förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår att efterfrågade prisuppgifter ska lämnas på anbudsformuläret och att dessa offererade priser kommer att ligga till grund för utvärderingen av anbudet. Det framgår även att en schablonmässigt framräknad transportkostnad kommer att läggas till det offererade priset.

Av anbudsformuläret framgår i enlighet med nedan att följande avfallslag omfattas av upphandlingen och ska prissättas av anbudsgivarna; "grovavfall från hushåll", "bygg- och rivningsavfall" samt "annat icke brännbart från företag".

Ersättning för deponeringen ska enligt punkten 8 i avtalsvillkoren utgå i enlighet med avtalat sortiment, dvs. i enlighet med priser som erbjudits enligt uppmaning i anbudsformuläret. Någon ersättning därutöver utgår ej.

Förfrågningsunderlagets utformning innebär således i praktiken att anbudsgivaren måste inkludera samtliga kostnader i de offererade priserna enligt ovan, dvs. prisutvärderingsmodellen ger inte något utrymme för kommunen att godta separata avgifter utöver vad som framgår av anbudsformuläret.

SITA har utgått från dessa förutsättningar vid prissättningen av sitt anbud och, i förenlighet med förfrågningsunderlaget, inkluderat bl.a. extrakostnader för sortering av material som är felsorterat vid mottagandet från kommunen i de erbjudna priserna.

Av utvärderingsprotokollet och den därtill hörande sammanställningen framgår dock att kommunen, i strid med de förutsättningar som presenterats för anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget ändrat utvärderingsmodellen och vid utvärderingen av anbudet fört in en ny separat kostnadspost för s.k. "sorteringstillägg". Någon förklaring till denna ändring av utvärderingsmodellen har kommunen inte presenterat för anbudsgivarna i tilldelningsbeslutet, i beslutet har kommunen över huvud taget inte nämnt att ytterligare en kostnadspost tillförts utvärderingsmodellen.

Detta "sorteringstillägg" har beräknats utifrån en av kommunen, till synes godtycklig och orealistiskt, gjord uppskattning av mängden felsorterat material och är baserat på prisreservationer som exempelvis Karlstads Energi gjort avseende felsorterat avfall.

Kommunens förfarande har inneburit att det av förfrågningsunderlaget inte framgått hur inkomna anbud kommer att utvärderas eller be-

dömas och att kommunen följaktligen utvärderat anbuderna utifrån förutsättningar som inte varit möjliga för anbudsgivarna att förutse.

I praktiken har detta inneburit att SITA som offererat sina priser utifrån de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget inte givits möjlighet att erbjuda sitt bästa anbud och konkurrera på samma villkor som dess konkurrenter i upphandlingen.

Hade SITA känt till att kommunen avsett att hantera och utvärdera kostnaden för sortering separat, och att kommunen i denna utvärdering antar att endast en (1) procent av materialet är felsorterat, hade SITA självfallet inte lämnat ett totalt anbudspris utan i stället särredovisat kostnaden för sortering eftersom sistnämnd kostnad vid utvärderingen givits en oväsentlig betydelse.

SITA hade härigenom kunnat offerera ett anbudspris som, i enlighet med av kommunen tillämpad utvärderingsmodell, varit cirka 150 kr lägre per ton än det pris som nu utvärderats i upphandlingen. En prisättning i vilken felsorteringsavgiften särredovisas skulle inte heller innebära någon affärsmissig nackdel för SITA eftersom den låga betydelsen av denna avgift endast får effekt i utvärderingen av anbuderna och inte under kontraktet. Priset för ovan nämnda avfallsslag hade då varit 620 kr/ton.

4.2 Utvärderingsmodellen är inte förenlig med 12 kap. 1 § LOU

Om förvaltningsrätten inte delar SITAs uppfattning att kommunens avsteg från de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget i sig är oförenligt med LOU är i vart fall utvärderingsmodellen som sådan, efter ovan beskrivna förändring, inte förenlig med LOU.

Som framgått av ovan har nämligen prispåslaget för felsorterat material beräknats utifrån en fiktiv mängd, en (1) procent av 2 000 ton = 20 ton.

Det är enligt SITA uppenbart att den fiktiva mängden om en (1) procent är orimligt låg och inte överensstämmande med de faktiska förhållandena i upphandlingen.

SITAs professionella uppskattning efter ett besök på kommunens återvinningscentral/omlastningsstation i Strandmossen är att mängden felsorterat material snarast uppgår till 20-30 procent. Kommunen har, som ovan nämnts, inte heller presenterat någon godtagbar förklaring till varför just en uppskattning om en (1) procent legat till grund för utvärderingen och SITA emotser en motiverad förklaring i detta avseende.

Av de grundläggande principerna för offentlig upphandling följer naturligen att formen för och omfattningen av den tjänst som den upphandlande myndigheten avser att inhandla ska återspeglas i det underlag som den upphandlande myndigheten använder sig av när denne väljer ut den leverantör som ska få uppdraget att leverera

tjänsten. En upphandlande myndighets möjlighet att själv utforma detta underlag är således, om än vidsträckt, inte obegränsad och den upphandlande myndigheten kan självklart inte finna det för denne fördelaktigaste anbudet om de uppgifter som anbudsvärderingen baseras på inte har tillräcklig koppling till det faktiska föremålet för upphandlingen.

En utvärderingsmodell som på ovan beskrivet sätt är baserad på uppenbart felaktiga antaganden kan inte sägas säkerställa ett rättvisande upphandlingsresultat, innebärande att det anbud som de facto innehåller det lägsta priset antas. Det sagda gör sig självklart än mer gällande i ett fall som det förevarande då anbudsgivarna inte givits en fullständig insyn vad avser vilka pridfaktorer som kommer att ligga till grund för utvärderingen av dess anbud.

En utvärderingsmodell som inte säkerställer att den upphandlande myndigheten, i förenlighet med 12 kap. 1 § LOU, antar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som innehåller lägst pris kan i sin tur inte anses uppfylla en upphandlande myndighets skyldighet att upprätthålla de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Det sagda vinner stöd i fast kammarrättspraxis, se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 15 augusti 2011 i mål 2344-11 och Kammarrätten i Stockholms domar den 15 juni 2009 i förenade målen 2501-09 och 2508-09.

Om kommunen i upphandlingen hade baserat sin utvärdering på verkliga förhållanden, eller i vart fall gjort en uppskattning av mängden felsorterat material som är försvarbar hade SITAs anbud varit det anbud som erbjudit lägst pris. Modellen har därför inte, även om förvaltningsrätten skulle anse att förändringen av densamma är tillåten, varit ägnad att utse det för kommunen fördelaktigaste anbudet, dvs. det anbud som offererat det lägsta priset. Redan i anledning härav har således upphandlingen utförts i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna och ska därför rätteligen göras om.

Kommunen anför bland annat följande

2.1 Bakgrund

Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU och kommunen har efter utvärdering antagit det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Motivering till att inte lägsta pris-modellen har använts är att inte enbart lämnat pris spelat roll utan även det faktum att en transportkostnad om 1,30 kr/km därvid har lagts till. Då kommunen ej i förväg kunnat bedöma om detta pålägg skulle ha påverkat utgången så valde kommunen att välja principen för det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

SITA anger att förfrågningsunderlagets utformning innebär att anbudsgivare måste inkludera samtliga kostnader i de offererade priserna.

I förfrågningsunderlaget anges följande krav angående sortering:

Kommunerna strävar efter att minska andelen felsorterat material. Det kommer emellertid aldrig att helt kunna undvikas. Därför ska leverantören ange hur stor andel felsorterat material man godtar i deponifraktionen. Man ska vidare tydligt ange under vilka förutsättningar man tar ut extraavgifter eller tillämpar andra sanktioner vid bristfällig sortering.

I anbudsförmulär ska följande fråga besvaras:

Uppgifter om hur stor del felsorterat material som accepteras samt uppgifter om ev. tilläggsavgifter eller andra sanktioner vid felsortering beskrivs nedan eller på särskild bilaga.

Detta visar enligt kommunen tydligt i förfrågningsunderlaget att pris ska lämnas utan att anbudsgivarna inkluderar felsorteringsavgifter och att separata avgifter kan accepteras. Sådana eventuella avgifter ska redovisas separat i anbudsförmuläret.

SITA har inte i sitt anbud redovisat att någon tilläggsavgift inkluderats i sitt pris och kommunen har inte utifrån lämnade uppgifter kunnat anta annat än att de priser som lämnats är de som begärts i förfrågan.

SITA gör en uppskattning om att mängden felsorterat avfall ligger på 20-30 procent vilket den förmodligen gör innan den manuella eftersorteringen. Kommunen har gjort ett antagande om 1 procent felaktigt sorterat avseende deponiavfallet, vilket baseras på att en manuell eftersortering av avfallet görs. SITA har inte under anbudstiden ställt någon fråga kring rimligheten av att kommunen uppskattat felaktigt sorterat avfall till en procent. Förutsättningarna för att lämna in prisuppgifter har alltså varit lika för alla anbudsgivare

2.2 Anbud

Fyra leverantörer lämnade anbud. Ett av dessa förkastades då man i sitt anbud gjort en tydlig reservation. Övriga anbud bl.a. från SITA kom att utvärderas mot utvärderingskriterierna.

Övriga inlämnade anbud har lämnat pris på felsortering samt vilka mängder som tolereras i avvikelser. SITA har även de svarat hur de ser på avvikelser, se inklipp från SITAs anbud. Om SITA har tagit höjd för felsortering i sitt lämnade pris är det inte kommunen som har gjort fel eftersom den uttryckligen har begärt att det ska redovisas separat vilket SITA inte har gjort.

Urklipp från SITA:s svar i anbudsförmulär:

Mottagningsrutiner

Vid ankomst till vår anläggning i Karlstad kommer avfallet att vägas och sedan tippas på anvisad plats. Karaktäriseringsblankett överlämnas.

När avfallet är lämnat så kommer vi att göra ytterligare en sortering med sorteringsmaskin för att minimera mängden avfall som verkligen måste deponeras,

Det avfall som ändå måste deponeras kommer vi att transportera till vår egen avfallsanläggning Rödjorna (se nedan för mer information). Denna transport står vi för och ingår i angivet pris.

Felsorteringsgrad som accepteras

Eftersom vi avser att sortera materialet själva, för att försäkra oss om att vi inte deponerar något som går att återvinna, så accepteras en stor andel felsortering.

Vid en eventuell förekomst av farligt avfall vill vi förbehålla oss rätten att tilläggsdebitera för hantering och behandling av detta.

SITA har således inte lämnat någon uppgift om ev. tilläggsavgift eller hur stor del felsorterat material som accepteras annat än "stor andel felsortering".

2.3 Utvärdering av anbuden

I utvärderingen har kommunen räknat in avgift för felsortering. Detta hade inte angivits i förfrågningsunderlaget. Kommunen medger därför att utvärderingen görs om utan detta tillägg.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Utredningen i målet

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett bland annat följande.

Krav på leverantören

Krav på deponeringen

Avfallens sammansättning

Avfall samlas från hushållen på kommunens bemannade återvinningscentral. Småföretag kan nyttja särskild återvinningscentral för sortering. Avfallet består av rester från byggnation såsom gipsskivor, isolering, fönster och liknande. Vidare förekommer föremål av glas, porslin, keramik m.m. Kommunen förbehåller sig dock rätten att över tiden utveckla den egna utsorteringen och därmed minska de ingående mängderna av vissa fraktioner som är eller kan bli återvinningsbara eller på annat sätt användbara utan att detta påverkar avtalets giltighet.

Kommunen strävar efter att informera avfallslämnarna och tillämpar egna rutiner där bl.a. återvinningscentralens behållare okulärbesiktigas och sorteras före lastning i större behållare. Detta i syfte att ständigt minska andelen felsorterat avfall. Allt avfall har sorterats på Strandmossen före lastning och avtransport.

Företag lämnar avfall i container som kommer att lastas om. Avfallet genomgår i dag föreskriven mottagningskontroll. Andelen felsorterat material är mindre i dessa avfallskategorier men kan ändå inte uteslutas. Även detta avfall tippas på sorteringsyta där avfallet besiktigas och sorteras innan lastning.

Sortering

Kommunerna strävar efter att minska andelen felsorterat material. Det kommer emellertid aldrig att helt kunna undvikas. Därför skall leverantören ange hur stor andel felsorterat material man godtar i deponifractionen. Man skall vidare tydligt ange under vilka förutsättningar man tar ut extraavgifter eller tillämpar andra sanktioner vid bristfällig sortering.

Anbudsutformning och innehåll

Anbudets utformning

Det är en fördel om anbudet är uppställt enligt förfrågningsunderlag med bilagor och innehåller de uppgifter som efterfrågas. I annat fall kan anbudet komma att förkastas.

Anbudsprövning

Utvärdering

Pris:

Pris (utvärderas 100 procent)

Jämförelse görs genom att lägsta anbud tilldelas 5 poäng. Övriga anbud får poäng i relation till lägsta pris genom formeln $\text{lägsta pris} / \text{anbudspris} \times 5 \times \text{vikttalet}$.

Angivna priser skall vara fasta första avtalsåret.

Uppgift lämnas på Anbudsformulär, bilaga 2

De anbud som lämnats av leverantörer som uppfyller kraven på leverantör och som uppfyller kraven på deponeringstjänsten utvärderas. Anbud där den lägsta godtagbara kvalitetsnivå på tjänsten som anges i avsnitt "Krav på deponeringen" ovan inte uppfylls, kommer inte att delta i utvärderingen. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas.

Vid anbudsutvärderingen kommer transportkostnaden att läggas till offererat pris. Transportkostnaden kommer att beräknas på följande sätt: Deponiavfall från hushåll och företag; tillägg på 1,30 kr/km och ton. Annat avfall som körs separat i mindre behållare; tillägg på 2,50 kr/km och ton. Avståndet räknas i km från Strandmossens avfallsanläggning i Kristinehamn till anbudsgivarens mottagning tor.

Kommunen kommer att anta det anbud med totalt lägsta pris.

Av anbudsformuläret framgår att anbudsgivarna ska fylla i en ruta med pris för de tre förekommande avfallsslagen och ett antal andra rutor varav en med uppgifter om hur stor del felsorterat material som accepteras samt uppgifter om eventuella tilläggsavgifter eller andra sanktioner vid felsortering.

I utvärderingen av anbuderna har kommunen tagit angivna priser för de tre avfallsslagen och viktat dessa efter avfallslagens inbördes fördelning med påslag för transport. Därtill har kommunen lagt på sorteringstillägg med ett av respektive anbudsgivare (undantag SITA som inte angett något sorteringstillägg) angivet pris per ton multiplicerat med 20 ton (motsvarande en procent felsorterat avfall).

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlaget är något otydligt beträffande om det är lägsta-prisprincipen eller principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som gäller. Kommunen har förklarat vad den avsett med att ange att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, det vill säga påslag med transportkostnad, och förvaltningsrätten finner att det inte framkommit att otydligheten i detta avseende har medfört att SITA riskerat att lida skada.

Det är ostridigt och framgår av handlingarna i målet att utvärderingsmodellen med att lägga till ett av anbudsgivaren angivet pris för en procent felsortering inte framgår av förfrågningsunderlaget och därmed brister i transparens. Då SITA inte angett något pris för felsorterat avfall som lagts till anbudet har man emellertid inte riskerat att lida skada till följd av utvärderingen i den delen och det saknas därmed skäl att i detta mål förelägga om rättelse i det avseendet. Detta förutsätter dock att SITAs anbud inte räknas om på det sätt som SITA gjort gällande så att ca 150 kronor per ton avräknas såsom pris för felsorterat avfall, mer om detta nedan.

Beträffande felsorterat avfall anger kommunen i förfrågningsunderlaget att den strävar efter och vidtar åtgärder för att minska andelen felsorterat material men att det aldrig kommer att helt kunna undvikas och att leverantören därför ska ange hur stor andel felsorterat material man godtar i deponifractionen samt tydligt ange under vilka förutsättningar man tar ut extraavgifter eller tillämpar andra sanktioner vid bristfällig sortering. SITA har enligt vad man anför i målet utgått från att andelen felsorterat material trots vad som anges i förfrågningsunderlaget är ca 20-30 procent och SITA har inte heller angett några extraavgifter eller andra sanktioner vid bristfällig sortering utan angett att man accepterar en stor andel felsortering. Några omständigheter som talar för att andelen är så hög som SITA utgått ifrån har emellertid inte visats.

Enligt förvaltningsrättens mening får utgångspunkten i målet vara att kommunen har minskat andelen felsorterat material så att det utgör en mindre del av det som lämnas för deponering. Att SITA gjort en annan bedömning och räknat med 20-30 procent felsorterat material i det ordinarie priset, som därmed torde ha ökat, är något som SITA får ta konsekvenserna av då förfrågningsunderlaget varit tydligt i detta avseende. Det framgår även av anbudsformuläret att leverantören ska fylla i en ruta för eventuella tilläggsavgifter eller andra sanktioner vid felsortering. Därmed ingår felsorterat material som inte accepteras och prissatts särskilt inte i de övriga offererade priserna såsom SITA gör gällande utan kan under avtalstiden ersättas särskilt. Att flytta 150 kronor från SITAs offererade pris till extraavgift för felsorterat material kan inte heller komma i fråga, då det uppenbarligen skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Frågan är då om upphandlingen och den utvärderingsmodell som anges i förfrågningsunderlaget är bristfällig i den mening som framgår av de åberopade domarna från Kammarrätten i Stockholm, dvs. att modellen inte säkerställer att kommunen antar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I mål nr 2344-11 har kammarrätten uttalat att värdet av optioner som i enlighet med förfrågningsunderlaget inte utvärderats, vid utnyttjande utgör en betydande del av kontraktets totala värde och att utvärderingsmodellen därmed strider såväl mot bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU som mot unionsrätten då den inte syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs. I mål nr 2501-09 och 2508-09 var det fråga om upphandling av flyttransporter och utvärderingsmodellen var konstruerad så att kriteriet pris kunde ge så höga poäng att övriga kriterier, exempelvis kvalitet som skulle viktas till 45 procent och högre än pris (35 procent), inte fick någon betydelse. Optionerna och utvärderingsmodellens konstruktion i de senare målen har således haft stor betydelse för att det varit osäkert om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Som anförts utgår förvaltningsrätten från att andelen felsorterat material är en mindre del av det som lämnas för deponering och förvaltningsrätten finner därför att omständigheten att tillägget inte ingått i förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell inte innebär att upphandlingen strider mot bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU eller unionsrätten. Vid dessa förhållanden ska SITAs ansökan om överprövning avslås.

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

Bo Forsberg

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.