

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
2691-15

KONKURRENSVERKET	
2016 -05- 2 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

meddelad i Stockholm den 20 maj 2016

KLAGANDE

RenoNorden AB, 556749-8026

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson och advokat Jonas Edward
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Vatten & Avfall i Malung-Sälen AB, 556864-6284
Box 25
782 21 Malung

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 april 2015 i mål nr 652-15

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar, med ändring av underinstansernas domar, att den klandrade upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Vatten & Avfall i Malung-Sälen AB (VAMAS) har genomfört en upphandling av avfallshämtning i Malung-Sälens kommun i form av ett öppet förfarande enligt

Dok.Id 168505

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

Mål nr
2691-15

lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. SITA Sverige AB (SITA) tilldelades kontraktet.

RenoNorden AB (RenoNorden) ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten och anförde att SITA inte uppfyllde ett krav i förfrågningsunderlaget att till anbudet bifoga en förteckning med uppgift om ungefärlig årsomsättning för bolagets viktigare uppdrag av liknande slag under de senaste tre åren. Enligt bolaget skulle anbudet därför inte ha upptagits till utvärdering, varför grund för ingripande förelåg.

Förvaltningsrätten avslag ansökningen och konstaterade att det av den av SITA ingivna förteckningen framgick att bolaget utfört ett flertal liknande och relativt omfattande uppdrag för andra kommuner, varför det fick anses stå klart att SITA hade den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågades i upphandlingen. Vid sådana förhållanden, och med beaktande av att avvikelsen från kravet inte var av sådan art att konkurrensen snedvridits, ansåg förvaltningsrätten att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet på grund av avvikelsen.

I det nu överklagade avgörandet avslag kammarrätten RenoNordens överklagande på väsentligen samma skäl som förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

RenoNorden yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras utan att SITA:s anbud beaktas. Bolaget anför bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget har uppställts ett obligatoriskt krav på att anbudsgivaren ska bifoga en förteckning över referensuppdrag. Förteckningen ska innehålla uppgift om ungefärlig årsomsättning och invånarantal för de åberopade referensuppdragen. En anbudsgivare kan således inte uppfylla det i

förfrågningsunderlaget uppställda kravet på styrkande av teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att endast ange en av dessa uppgifter. SITA har i sitt anbud inte redovisat ungefärlig årsomsättning. Detta krav är ställt i syfte att möjliggöra en bedömning av om anbudsgivaren har förmåga att utföra det aktuella uppdraget och är varken oväsentligt eller oproportionerligt. Genom att upphandlade myndighet har antagit ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen har konkurrensen snedvridits och likabehandlingsprincipen åsidosatts. SITA:s anbud skulle rätteligen inte ha upptagits till utvärdering.

VAMAS motsätter sig bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

De uppgifter som SITA lämnat i den aktuella förteckningen över utförda uppdrag utgör tillräckligt underlag för att bedöma att SITA har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska styrkas med förteckningen. Av förteckningen framgår bl.a. att SITA har utfört ett flertal liknande och omfattande uppdrag för andra kommuner. I förteckningen återfinns också uppgifter om invånarantal för varje angivet uppdrag. Konkurrensen har inte snedvridits i upphandlingen och det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta SITA:s anbud enbart på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet på att ange årsomsättning. *VAMAS* är väl förtrogen med SITA och dess tekniska och yrkesmässiga kapacitet bl.a. genom medlemskap i Dala Avfall och har därigenom goda kontakter med flera kommuner i vilka SITA har uppdrag.

RenoNorden bestrider att uppgift om invånarantal ger tillräcklig information på det sätt som *VAMAS* gör gällande. Detta antal är endast en av flera parametrar som påverkar omsättningen i ett uppdrag. Antalet ger i och för sig viss indikation på uppdragets omfattning, men ytterligare faktorer måste beaktas om invånarantalet ska kunna läggas till grund för en mer seriös bedömning. Påståendet att uppgift om invånarantal kan likställas med uppgift om årsomsättning är felaktigt. Bristen i SITA:s anbud är varken irrelevant eller oväsentlig på det sätt *VAMAS* påstår.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Det bör inledningsvis noteras att RenoNorden invänt att VAMAS framfört nya omständigheter i högsta instans på ett sätt som står i strid med 37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Invändningen gäller att VAMAS först i Högsta förvaltningsdomstolen anfört att man varit väl förtrogen med SITA och bolagets tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta är emellertid att se som del av en sådan utveckling av talan som inte förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas.

Vad målet gäller

Frågan i målet är om det är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet godtar en leverantörs anbud trots att anbudsgivaren inte lämnat en i förfrågningsunderlaget efterfrågad obligatorisk uppgift.

Rättslig reglering m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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.

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket första meningen får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt styckets andra mening får myndigheten också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 10 kap. LOU finns bestämmelser om krav som kan ställas på leverantörer och som, om de inte uppfylls, kan eller ska leda till uteslutning. I 11 kap. anges bestämmelser om hur en upphandlande myndighet ska kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kommer att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § första stycket besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU ger uttryck för vad som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och för vad som följer av principerna i EU-fördraget (jfr skäl 2 till direktivet och avsnitt 7.2 i prop. 2006/07:128).

Bestämmelsen i 9 kap. 8 § andra stycket, andra meningen, motsvarar artikel 51 i direktivet.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se Kommissionen mot Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 37).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig

proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU:C:2005:644).

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

I 1 kap. 9 § LOU anges de allmänna principerna för en offentlig upphandling. Till dessa hör principerna om likabehandling och proportionalitet. De ska iaktas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.

En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling.

Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det

för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelserna måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).

När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det i stället vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 9 kap. 8 § LOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

I det aktuella fallet anges i förfrågningsunderlaget att ett anbud ska innehålla de bevis och uppgifter som beskrivs i avsnitt 3.1-3.3. I punkt 3.3 anges att anbudsgivaren som bevis på att kraven på leverantören uppfylls ska inge en förteckning över de viktigaste liknande uppdragen under de tre senaste åren och att denna förteckning ska innehålla bl.a. uppgift om ungefärlig årsomsättning. I punkt 4.2 anges att anbudet, för att leverantören ska bli kvalificerad, ska innehålla begärda och kompletta uppgifter enligt punkt 3.3.

Kravet har alltså utformats som ett obligatoriskt krav. Syftet har varit att upphandlande myndighet skulle kunna bedöma leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

SITA har inför anbudslämnandet inte invänt mot kravet. I stället har bolaget valt att inte lämna uppgiften om ungefärlig omsättning utan angett att uppgiften kan redovisas om så önskas. VAMAS har accepterat SITA:s anbud och anfört att uppgiften inte fyller någon funktion med hänsyn till hur kraven på teknisk och

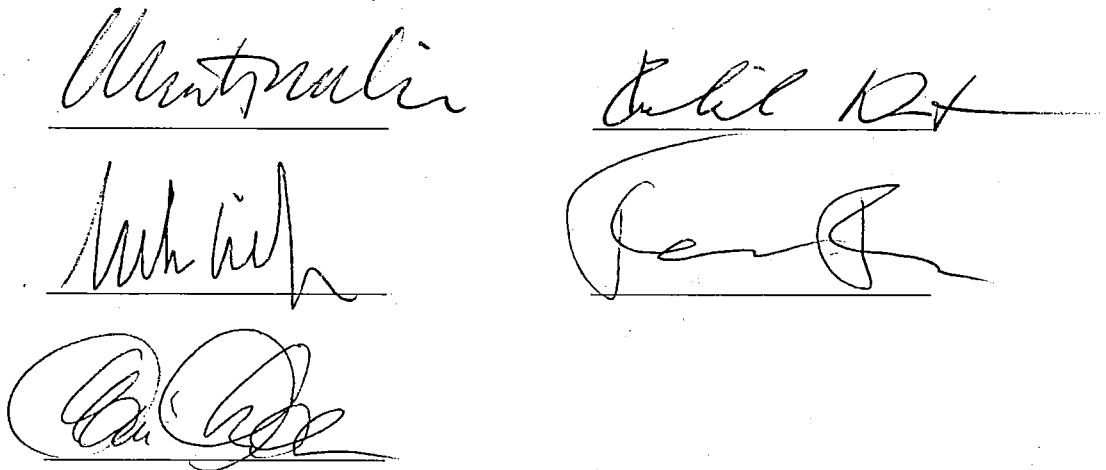
Mål nr
2691-15

yrkesmässig kapacitet är formulerade. VAMAS har angett att uppdragens omfattning framgår redan av uppgiften om invånarantal. Att så skulle vara fallet bestrids av RenoNorden.

Det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för VAMAS. Kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses oproportionerligt.

Mot bakgrund av det anförda finner Högsta förvaltningsdomstolen att VAMAS åtgärd att godta SITA:s anbud inte är förenlig med likabehandlingsprincipen. Vid sådant förhållande och då åtgärden kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Överklagandet ska bifallas i enlighet med det anförda.



I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Eskil Nord, Christer Silfverberg, Thomas Bull och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Mattias Håkansson.

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 16 mars 2015 i mål nr 6047-14.