

SÖKANDE

Bogfelts Installationer & Entreprenad AB, 556369-4925

Ombud: Biträdande jurist Anna Englund och advokat Liselott Fröstad
AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Salems kommun

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Salems kommun genomför upphandlingen Drift och underhåll offentlig belysning 2017-12-01–2020-11-30. Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Bogfelts Installationer och Entreprenad AB tilldelades avtalet i upphandlingen genom ett beslut den 16 november 2017. Vattenfall Services Nordic AB ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Stockholm. Därefter återkallade kommunen tilldelningsbeslutet och förvaltningsrätten avskrev målet från vidare handläggning (mål nr 27119-17).

Kommunen har sedan genomfört en ny utvärdering av anbudet. I den utvärderingen har inte Bogfelts Installationer och Entreprenad AB:s anbud beaktats. Den 3 januari 2018 tilldelades Vattenfall Services Nordic AB kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Bogfelts Installationer och Entreprenad AB (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att Salems kommun ska genomföra en ny utvärdering där bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför sammanfattningsvis följande.

Bolagets anbud har förkastats eftersom bolaget inte har uppvisat två referenser för projektledaren och den ledande montören. I kommunens anbudsformulär har det endast funnits utrymme för att ange en referens vardera för dessa personer. Bolaget har därför till anbudet bifogat en bilaga

med referenser. Uppgifterna i bilagan uppfyller kraven. Även om bolaget inte uttryckligen hänvisat till referensbilagan har bolaget kryssat i rutan ”Anbudsgivaren lämnar referensuppgifter för projektledaren enligt AFB. 52”. Det borde därför ha gått att logiskt gissa att bolaget lämnat fler än ett referensuppdrag. Kommunen har därför saknat anledning att inte beakta referensuppdragen i bilagan. Det framgår av AFB.31 i de administrativa föreskrifterna att anbud ska innehålla ”referens”, alltså i singular. Det är därför otydligt vad kommunen egentligen ställt krav på. Mot bakgrund av hur upphandlingsdokumenten utformats måste vissa strukturella brister i anbuden tolereras.

Bolaget har skickat ett förtydligande till kommunen angående referenserna i samband med den tidigare ansökan om överprövning. Även om förvaltningsrätten skulle finna att det inte går att utläsa av anbudet att uppdragen i referensbilagan lämnats för projektledare och ledande montör måste detta åtminstone anses framgå av bolagets förtydligande till kommunen. Förtydligandet är förenligt med 4 kap. 9 § LOU och måste beaktas i urvalet. Med beaktande av förtydligandet uppfyller bolaget kraven. Bolaget har lämnat ett ekonomiskt mer fördelaktigt anbud än Vattenfall Services.

Upphandlingen har inte varit likabehandlande eftersom intervjuförfarandet innehållit frågor som bolagets projektledare inte känt till i förväg, men som Vattenfall Services projektledare har känt till. Samma frågor användes vid det andra urvalsförfarandet och genom sin ansökan om överprövning har Vattenfall Services kunnat veta vilka frågor som skulle komma. Möjligheterna till förberedelse har inneburit att Vattenfall Services kunnat få högre poäng i utvärderingen än bolaget. Det kan inte uteslutas att Vattenfall Services skulle fått vitsordet underkänt på någon av frågorna om projektledaren inte hade känt till frågorna i förväg. Om Vattenfall Services hade diskvalificerats på den grunden skulle det inte ha återstått något giltigt

anbud och kommunen hade fått genomföra en ny upphandling. Kommunen har därför stridit mot likabehandlingsprincipen oavsett om kommunen haft avsikt att behandla anbudsgivarna olika eller inte.

Salems kommun bestrider bolagets yrkanden och anser att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. Kommunen anför sammanfattningsvis följande.

Kommunen har inte brutit mot LOU eller någon grundläggande upphandlingsrättslig princip. Bolaget har inte lämnat samtliga begärda uppgifter om referensuppdrag för projektledare och ledande montör i sitt anbud. Kommunen kan inte logiskt gissa sig till något som inte framgår av anbudet. Anbudet har därmed inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. På grund av ett förbiseende från kommunens sida har det endast funnits plats att i anbudsformuläret ange ett referensuppdrag för var och en av projektledare och ledande montör. Bolaget har dock i sitt yttrande till förvaltningsrätten medgett att kravet i och för sig är tydligt. Det finns därför inte en sådan strukturell brist i anbudsformuläret att kommunen kan bortse från ett skall-krav som inte är uppfyllt.

Det e-postmeddelande från kommunen som bolaget hänvisar till utgör inte en begäran om förtydligande i LOU:s mening. Det var endast ett tillfälle till yttrande i samband med den tidigare begäran om överprövning. Det finns inte någon plikt för en upphandlande myndighet att begära in förtydliganden av tveksamma eller otydliga anbud. Tvärtom skulle ett sådant förfarande riskera att strida mot likabehandlingsprincipen.

Kommunens återanvändning av intervjufrågor innebär inte att kommunen agerat i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Att projektledaren för ett annat bolag eventuellt känt till intervjufrågorna på förhand har inte påverkat resultatet på upphandlingen. Det skulle krävas en mycket

dålig prestation för att en anbudsgivare skulle komma att bli underkänd vid intervjun och sannolikheten för att en anbudsgivare blir diskvalificerad på den grunden är i princip obefintlig. Dessutom har bolagets egen projektledare erhållit goda betyg på intervjun. Några tecken på missgynnande har alltså inte framkommit. Intervjun har varit en del av utvärderingsfasen och det har i vart fall inte skett någon felaktighet under det konkurrenssökande skedet av upphandlingen. Med beaktande av att bolaget inte ens kvalificerat sig för deltagande i utvärderingsfasen står det klart att bolaget inte lidit skada eller riskerat att lida skada med anledning av vad som hänt under utvärderingsfasen. Om förvaltningsrätten skulle finna att kommunen gjort avsteg från likabehandlingsprincipen kan detta läkas genom att endast utvärderingsfasen görs om på så sätt att Vattenfall Services projektledare får svara på andra frågor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

En allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada (20 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (20 kap. 6 § LOU).

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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 erkännande och proportionalitet.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i LOU och lagens övriga förfaranderegler (se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 5). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69). Den som ansöker om överprövning ska också påvisa ett samband mellan en påstådd felaktighet och en skada eller risk för skada (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Otydligheter i upphandlingsdokumentet angående referenser

Bolaget har anfört att upphandlingen strider mot transparensprincipen eftersom anbudsformuläret endast gett utrymme för att ange en referens vardera för projektledare och ledande montör. Bolaget har också uppgett att på ett ställe i anbudsformulären står ordet referens i singularis.

Avgörande vid bedömningen av om det finns skäl för ingripande med anledning av utformningen av upphandlingsdokumentet i aktuellt fall är om underlaget är tillräckligt tydligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå kraven på samma sätt (jfr EU-domstolens avgörande C-19/00 SIAC Construction Ltd). Även upphandlingsdokument och utvärderingmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling och att gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår i upphandlingsdokumentet (AFB.52) att anbudsgivaren ska ”uppvisa 2 st. referenser för projektledaren och 2 st. referenser för ledande montör”. Att referens på en annan plats i upphandlingsdokumentet (AFB.31) anges i singularis medför ingen annan bedömning än att kravet på två referenser för var och en av dessa två befattningar framgår tydligt av upphandlingsdokumentet. I den bedömningen har förvaltningsrätten särskilt beaktat att AFB.31 hänvisar till AFB.52.

Förvaltningsrätten finner även att den bristen att det endast getts plats i anbudsblanketten för en referens inte är att anse som en så allvarlig brist att kommunen har brutit mot transparensprincipen. Till stöd för denna slutsats talar även att bolaget uppgett att kravet på referenser i och för sig var tydligt. Det finns därför inte skäl för ingripande på den grunden.

Bolagets förtydligande om referenser

Bolaget har anfört att det uppfyller de obligatoriska kraven för upphandlingen i och med sina kompletterande uppgifter angående referenser för projektledare och ledande montör. Bolaget har i den här delen hänvisat till e-postkorrespondens mellan en företrädare för bolaget och kommunens drift- och underhållschef. Kommunen har anfört att e-postmeddelandet inte utgör en begäran om rättelse enligt LOU.

Av 4 kap. 9 § LOU första stycket framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Av bestämmelsens andra stycke framgår att en åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Kravet på förenlighet med principerna om likabehandling och öppenhet innebär att ett anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för att lämna anbud har löpt ut. Avsikten med bestämmelsen är alltså inte att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. Det som avses är rättelse av felskrivning, felräkning eller något annat fel i en inlämnad handling som endast får tillåtas om rättelsen inte innebär att anbudet ändras i sak (se prop. 2015/16:195 s. 446 f). Enligt EU-domstolen utgör kravet på förenlighet med principerna om likabehandling och öppenhet ett hinder för att det inom ramen för urvalsförfarandet sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och någon av anbudssökandena (EU-domstolens dom i mål C-599/10 SAG ELV Slovensko).

E-postmeddelandet med bolagets förtydliganden skickades till kommunen den 6 december 2017 efter att kommunen dagen innan skrivit till bolaget med anledning av den då aktuella ansökan om överprövning av upphandlingen (se ovan angående förvaltningsrätten mål nr 27119-17). I skrivelsen bifogade kommunen ett föreläggande angående ansökan om överprövning och bad bolaget läsa igenom det och återkomma med kommentarer.

Med hänsyn till hur kommunen formulerade sitt e-postmeddelande till bolaget anser förvaltningsrätten att meddelandet inte utgör en begäran om rättelse av bolagets anbud enligt 4 kap. 9 § LOU. Bolagets uppgifter i meddelandet måste vidare anses medföra en ändring av anbudet i sak och inte endast en rättelse av ett skrivfel eller motsvarande. Eftersom de kompletterande uppgifterna lämnades in efter att tidsfristen för anbud löpt ut finner förvaltningsrätten att bolagets förtydligande, om det hade tillåtits av kommunen, inte hade varit förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet. Det innebär att kommunen haft fog för att inte tillåta bolaget att ändra sitt anbud i enlighet med uppgifterna i e-postmeddelandet.

Eftersom kommunen haft fog för att inte beakta bolagets kompletterande uppgifter om referenser finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det uppfyllde upphandlingens obligatoriska krav på referenser för utförande personal. Det bolaget anfört om att det borde ha gått att logiskt gissa sig till att det lämnat fler än ett referensuppdrag ändrar inte den bedömningen. Det innebär att kommunen inte kan anses ha brutit mot någon grundläggande princip i LOU genom att inte låta bolaget delta i utvärderingsfasen av upphandlingen. Det bolaget anfört i den här delen utgör alltså inte skäl för ingripande.

Intervjufrågorna

Bolaget har anfört att den omständigheten att Vattenfall Services fått tillgång till intervjufrågor i förväg inneburit att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen då bolagets företrädare inte fått veta frågorna innan intervjun. Vidare anför bolaget att denna omständighet lett till skada för bolaget då det inte kan uteslutas att om Vattenfall Services projektledare inte fått tillgång till frågorna i förväg kunde det anbudet underkännas och upphandlingen hade behövt göras om. Kommunen har anfört att det inte är säkert att företrädaren kände till frågorna men att hon kan ha haft tillgång till dem med anledning av Vattenfall Services ansökan om överprövning. Enligt kommunen har detta dock inte lett till skada för bolaget.

Intervjuerna har utförts under utvärderingsfasen och inte under den konkurrenssökande fasen. Förvaltningsrätten har funnit ovan att den omständigheten att bolaget inte har kvalificerat sig till utvärderingsfasen inte beror på intervjuförfarandet. Att bolaget tidigare fått goda vitsord från intervjuförfarandet utan att få se frågorna i förväg talar vidare mot att det är sannolikt att Vattenfall Services inte hade tilldelats avtalet om dess projektledare inte hade känt till intervjufrågorna i förväg. Förvaltningsrätten finner således att det inte är visat att resultatet från intervjuerna har varit

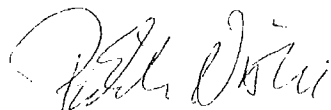
avgörande för att Vattenfall Services tilldelats avtalet. Bolaget har därför inte visat att det på grund av att Vattenfall Services projektledare kan ha sett intervjufrågan i förväg lidit skada eller riskerat att lida skada (jfr HFD 2013 ref. 53). Ingripande kan därför inte heller ske på den grunden.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner att de omständigheter som bolaget anfört inte visar att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i den lagen. Det finns därför inte grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilagan (DV 3109/1A LOU).



Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Förvaltningsrättsnotarien Fredrik Lundberg har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.