



KONKURRENSVERKET	
2014-10-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Tjörns kommun
471 80 Skärhamn

MOTPART

BBK Teknik & Miljökonsulter AB, 556617-0279

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 11 april 2014 i mål nr 1188-14,
se bilaga A

SAKEN

Ogiltighetstalan vid offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår yrkandet om
ogiltighetsförklaring.

YRKANDEN M.M.

Tjörns kommun yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom
och avslår yrkandet om ogiltighetsförklaring samt anför följande. Upphand-
lingen har genomförts i enlighet lagen (2007:1091) om offentlig upphand-
ling, förkortad LOU, och BBK Teknik & Miljökonsulter AB (BBK) har inte
lidit eller kan komma att lida skada.

De konsulter som WSP AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB offererat uppfyller de krav på kompetens som ställts i upphandlingen vilket framgår tydligt av anbudet. De kompletteringar och förtydliganden som kommunen har begärt in är av sekundär betydelse och saknar helt relevans vid bedömningen av konsulternas kompetens. Marginella sakuppgifter har tillförts anbudet. Dessa uppgifter kan inte ses isolerade utan utgör kompletterande information till de uppdrag som redovisats i anbudet.

Den strikta tolkning som förvaltningsrätten gjort får orimliga och oproportionerliga konsekvenser när konkurrenskraftiga anbud ska förkastas, trots att de uppfyller ställda krav på kompetens.

Skulle kammarrätten finna att ett eller flera av de ingångna avtalen är giltiga, har BBK inte lidit eller riskerat lida skada eftersom BBK:s anbud rätteligen förkastats.

BBK anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Kommunen har accepterat otillåtna kompletteringar efter anbudstidens utgång och därigenom i strid med LOU godkänt tre anbud som vid anbudens avlämnande inte uppfyllde ställda krav.

Kommunen har inte bara ställt krav på konsulternas kompetens och erfarenhet utan också på att denna ska styrkas genom att anbudsgivaren lämnar vissa angivna uppgifter på visst sätt. Anbudet har inte innehållit alla obligatoriska uppgifter vid avlämnandet. Det är inte förenligt med lika-behandlingsprincipen att upphandlande myndighet tillåts godta bristfälliga och felaktiga anbud därför att man i efterhand genom att ta in ytterligare uppgifter – eventuellt – kan utläsa av de nya uppgifterna att anbudsgivaren uppfyller ställda krav. Det innebär ett otillbörligt gynnande av viss anbudsgivare och ett samtidigt missgynnande av andra anbudsgivare.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tjörns kommun har trots avtalsspärr ingått avtal i upphandlingen med WSP AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB. Frågan i målet är om avtalen ska förklaras ogiltiga. Förutsättningarna för ogiltighetsförklaring är att kommunen, utöver brottet mot avtalsspärren, även på annat sätt agerat i strid med bestämmelserna i LOU och att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 13 § LOU).

Vad först gäller frågan om skada kan konstateras att BBK:s anbud rätteligen har förkastats på grund av att bolaget inte uppfyllt kravet på att konsulterna ska ha relevant utbildning (se Kammarrättens i Göteborg dom den 3 februari 2014 i mål nr 6928-13). BBK riskerar därmed att lida skada endast om upphandlingen bort göras om, dvs. under förutsättning att alla de övriga anbuden borde ha förkastats.

Det agerande som BBK ifrågasätter är att kommunen begärt in kompletteringar från de tre leverantörer som sedan antogs. Myndigheten får enligt 9 kap. 8 § LOU begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

WSP:s komplettering avser uppgift om kontaktperson avseende en av konsulternas referensuppdrag. Av anbudet framgår vilket uppdrag som avses och det var endast uppgift om kontaktperson som saknades vid anbudstidens utgång. Visserligen är det fråga om en ny sakuppgift, men uppgiften kompletterar den i anbudet lämnade uppgiften om referensuppdrag. Med hänsyn till den kompletterande uppgiftens karaktär och då referensuppdraget är beskrivet i anbudet finns det inte någon risk för att anbudet förändras i sak genom kompletteringen. Det har inte heller framkommit att kommunen missgynnat någon leverantör i samband med att kompletteringar begärdes in. Kammarrätten finner mot bakgrund härav att kompletteringen kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Kommunen har inte brutit mot likabehandlingsprincipen genom att begära komplettering från WSP och beakta kompletteringen vid utvärderingen.

BBK har således inte visat att WSP rätteligen bort uteslutas. I vart fall ett anbud har därmed uppfyllt kraven. Redan på grund härav kan konstateras att BBK inte har lidit eller riskerat att lida skada. Avtalen ska därmed inte förklaras ogiltiga.

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



Åsa Ståhl
referent



Anders Bengtsson



Johan Rubenson



SÖKANDE

BBK Teknik & Miljökonsulter AB, 556617-0279
Box 124
451 16 Uddevalla

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg

MOTPART

Tjörns kommun
471 80 Skärhamn

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förklarar avtalen mellan Tjörns kommun och WSP AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB avseende tekniska konsulter inom området planeringsunderlag; VA- och dagvattenutredare ogiltiga.

BAKGRUND

Tjörns kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av ramavtal för kommunen och de kommunala bolagens behov av tekniska konsulter inom området utredning – VA och dagvatten, dnr 2013-037.

Av tilldelningsbeslut den 16 oktober 2013 framgår att kommunen beslutat att anta anbud från tre leverantörer (WSP Sverige AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB). BBK Teknik & Miljökonsulter AB:s anbud har vid utvärderingen inte ansetts uppfylla ställda krav på specifik kompetens och erfarenhet hos den personal som skulle komma att utföra tjänsterna, varför anbudet förkastats.

BBK Teknik & Miljökonsulter AB (bolaget) ansökte om överprövning och yrkade i första hand att upphandlingen skulle rättas på så sätt att bolagets anbud togs upp till utvärdering och att de tre leverantörer som antagits förkastades. I andra hand yrkade bolaget att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten (mål nr 11507-13) bedömde att bolagets anbud rätteligen hade förkastats i utvärderingsfasen och ansåg inte att det som bolaget hade anfört och visat i målet innebar att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU eller de grundläggande principerna för offentlig upphandling på sådant sätt som förutsätts för att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Eftersom bolagets anbud rätteligen hade förkastats kunde bolaget enligt förvaltningsrättens bedömning inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kunde då inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Förvaltningsrätten ansåg därmed att det saknades skäl att pröva de övriga invändningar angående kompletteringar och utvärderingsmodell som bolaget hade framfört. Bolagets ansökan avslogs.

Kammarrätten i Göteborg, som inledningsvis meddelade inhibition i målet, tog upp målet till prövning (mål nr 6928-13) och konstaterade sammanfattningsvis följande. Kammarrätten instämmer i bedömningen att det föreligger förutsättningar för kommunen att förkasta bolagets anbud. Det har inte heller funnits skäl att pröva bolagets invändning avseende val av utvärderingsmodell. Bolaget har vidare som grund för att upphandlingen ska göras om anfört att de tre kvarvarande leverantörerna som tilldelats upphandlingen fått tillfälle att komplettera sina anbud på ett otillåtet sätt avseende uppgifter som är helt nya och avsåg uppfyllande av skallkrav och att deras anbud därmed rätteligen borde ha förkastats. Förvaltningsrätten har i sin dom inte prövat denna invändning. En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Anbudsgivaren kan emellertid riskera att lida skada i det fall att även alla de övriga anbuden borde ha förkastats. Målet återförvisades därför i denna del till förvaltningsrätten för ny prövning.

Tjörns kommun har den 12 december 2013 tecknat avtal med WSP AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB trots att kammarrätten hade meddelat beslut om inhibition.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har justerat sitt yrkande och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara kommunens avtal med WSP AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB. Bolaget anför i relevanta delar sammanfattningsvis följande. Kommunen har ingått de tre avtalen i strid med beslut om inhibition. Avtalen grundar sig på tilldelningsbeslut i upphandling som strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU då kommunen har tillåtit de tre vinnande anbudsgivarna komplettera sina anbud med uppgifter som var

helt nya och avsåg uppfyllande av skall-krav. Bolaget riskerar att lida skada genom att reglerna i LOU har överträtts.

I förfrågningsunderlaget har uppställts skall-krav att anbudsgivaren ska redovisa ett antal konkreta uppgifter beträffande konsult nivå 1 och 2 och dessa konsulter erfarenhet och refererade uppdrag. Uppgifterna ska lämnas för att styrka att konsulten uppfyller skall-kravet på fem respektive två års erfarenhet av liknande uppdrag samt erfarenhet som uppdragsledare.

Anbudsgivarna WSP, Sweco och DHI har i sina anbud inte lämnat begärda obligatoriska uppgifter och deras anbud har därför inte varit fullständiga. Då anbuden inte har uppfyllt ställda skall-krav och anbudsgivarna därmed inte har styrkt sin tekniska förmåga och kompetens borde deras anbud rätteligen ha diskvalificerats och uteslutits från utvärderingen. Kommunen har i stället valt att låta dessa anbudsgivare komplettera sina bristfälliga anbud genom att komma in med nya uppgifter som tidigare saknades. Kommunen har härefter lagt de nya uppgifterna till grund för sin utvärdering. Förfarandet innebär att kommunen vid utvärderingen inte har upprätt hållit uppställda skall-krav utan i stället låtit vissa anbudsgivare ändra sina anbud i efterhand. Det är inte endast fråga om förtydliganden av tidigare lämnade uppgifter utan helt nya uppgifter, som inte funnits med i respektive anbud och som rätteligen varit ett skall-krav att finnas med i anbudet. Ingen av kompletteringarna har varit endast förtydliganden av redan lämnade uppgifter. Kommunen har härigenom agerat i strid med likabehandlingsprincipen och överträtt LOU. I händelse att inga kvalificerade anbud återstår och upphandlingen ska göras om har varje potentiell anbudsgivare, även bolaget, möjlighet att lämna nytt anbud. Genom att upphandlingen inte görs om lider bolaget skada alternativt riskerar att lida skada.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och det föreligger

därmed ingen grund för att ogiltigförklara ingångna avtal. Det bestrids att kommunen inhämtat kompletteringar i strid med LOU. Uppgifterna från anbudsgivarna DHI, WSP och Sweco är av den karaktären att de endast förtydligar och kompletterar uppgifter som redan finns redovisade i anbudet. Vidtagna kompletteringar och förtydliganden är i enlighet med LOU och har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av inkomna anbud från WSP, Sweco och DHI framgår att offererade konsulter har den utbildningsnivå och erfarenhet som krävs för att utföra uppdragen i enlighet med anbudsförfrågan. WSP har kompletterat anbudet med kontaktperson avseende uppdrag för konsult nummer två. Uppdraget som sådant finns redovisat i anbudet och informationen om kontaktperson utgör endast en komplettering i denna uppgift. Sweco har förtydligat anbudet med att ange vilka av de listade uppdragen för konsulterna nummer ett och två som är relevanta enligt punkten 5.1. i förfrågan. Uppdragen finns således redovisade i anbudet, i konsulternas CV. Det har inte tillförts några nya uppgifter utan det är fråga om ett förtydligande. DHI har fått komplettera och förtydliga anbudet gällande konsult nummer ett i nivå 1. Förtydligandet avser vilka i anbudet listade uppdrag som är relevanta enligt punkten 5.1.1. samt kompletterat med uppgift om beställare och kontaktperson för dessa uppdrag. Uppdragen är redovisade i anbudet; det är alltså fråga om förtydliganden och kompletteringar avseende redovisade uppdrag.

WSP Sverige AB, Sweco Environment AB och DHI Sverige AB har beretts tillfälle att yttra sig i målet. WSP Sverige AB och Sweco Environment AB har inte hörts av

DHI anför i huvudsak följande. Bolaget delar kommunens uppfattning att bolaget inte kompletterat sitt anbud med i lagens mening nya uppgifter. Bolaget besitter ostridigt efterfrågad kompetens och har lämnat tillräckliga uppgifter för att kommunen ska kunna bedöma att bolagets anbud uppfyller kravet. Kommunen har angivit i förfrågningsunderlaget att uppdrag kan

komma att begäras in av upphandlande myndighet. Begäran om kontaktuppgifter är av praktisk art och påverkat inte kvalitetsbedömningen i någon mån. Att utesluta bolaget vid sådana omständigheter strider mot proportionalitetsprincipen. Skulle förvaltningsrätten finna att bolagets anbud brister avseende skallkrav är situationen ändå så att BBK inte kan lida någon skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om interimistiskt beslut enligt 16 kap. 9 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 13 § andra stycket LOU).

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap 8 § LOU).

Utredningen

I det aktuella förfrågningsunderlaget, punkten 5.1, anges följande;

”Ska-krav konsulter nivå 1, uppdragsledande och/eller handläggande, konsult 1 och 2:

Konsulter ska ha högskoleutbildning som civilingenjör inom väg- och vattenbyggnad, samhällsbyggnadsteknik eller annan utbildning som kommunen bedömer relevant.

Vi efterfrågar två (2) konsulter nivå 1. Dessa ska ha minst fem (5) års erfarenhet av arbete med att ta fram planeringsunderlag i samband med detaljplaneläggning.

Konsulter nivå 1 ska också ha erfarenhet som uppdragsledare för minst två relevanta uppdrag med kommunal beställare. Uppdragen ska vara påbörjade år 2010 eller senare. Uppdragen ska beskrivas kortfattat i svarsruta nedan med högst 150 ord per projekt. Vem som varit beställarens (kommunens) kontaktperson för uppdraget ska framgå samt aktuella kontaktuppgifter.

Uppdrag kan komma att begäras in av upphandlande myndighet. Bifoga CV för offererade konsulter. Alternativt fyll i CV i svarsruta. Namnge de offererade konsulterna i svarsruta.”

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att kommunen har tecknat avtal i strid med Kammarrätten i Göteborgs interimistiska beslut. För att ett avtal som tecknats i strid med regeln i 16 kap. 9 § LOU ska ogiltigförklaras krävs att den upphandlande myndigheten även på annat sätt agerat i strid med bestämmelserna i LOU och att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten utgår från att kommunen ansett att uppgifter från de vinnande bolagen saknats i de delar som kommunen begärt komplettering-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM

ar. Frågan för förvaltningsrätten att ta ställning till är då om de vidtagna kompletteringarna står i strid med LOU.

De uppställda kraven i förfrågningsunderlaget under punkten 5.1. avseende relevanta uppdrag och kontaktpersoner är s.k. ska-krav. Kommunen har efter anbudstidens utgång begärt in komplettering via e-post till Sweco varibolaget ombeds komplettera med vilka i anbudet listade uppdrag som avses under punkten 5.1. samt beskriva dessa. I förfrågningsunderlaget anges att "Konsulter nivå 1 ska också ha erfarenhet som uppdragsledare för minst två relevanta uppdrag med kommunal beställare. /.../ Uppdragen ska beskrivas kortfattat i svarsruta nedan med högst 150 ord per projekt".

I e-postmeddelande till WSP ombeds bolaget komplettera sitt anbud med kontaktperson avseende en av konsulterna då detta fattas i svarsruta. I förfrågningsunderlaget anges att "Vem som varit beställarens (kommunens) kontaktperson för uppdraget ska framgå samt aktuella kontaktuppgifter".

DHI har via e-post från kommunen ombetts komplettera anbudet med vilka av de i anbudet listade uppdragen som avses under punkten 5.1. samt komplettera med vem som varit kontaktperson.

Förvaltningsrätten anser inte att kommunens begäran om kompletteringar i dessa delar endast kan ses som förtydliganden till redan lämnade uppgifter. Ett anbud, som helt saknar vissa uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlagets angivna skall-krav, kan inte kompletteras med dessa efter anbudstidens utgång utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (se kammarrätten i Jönköpings dom, mål nr 2467-09). Genom att anta Sweco:s, WSP:s och DHI:s anbud, trots att dessa inte uppfyllt samtliga skall-krav, samt genom att begära att dessa bolag skulle lämna de kompletterande uppgifterna, har kommunen brutit mot de grundläggande princi-

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.