



KONKURRENSVERKET	
2011-09-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Jönköping Energi Nät AB, 556449-7575
Box 5150
550 05 Jönköping

MOTPART

Olssons Elektromekaniska i Rydsgård AB, 556245-2887
Box 37
274 03 Rydsgård

Ombud: Advokat Matts Johnsson
Ystads Advokatbyrå HB
Box 81
271 22 Ystad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 7 juni 2011 i mål nr 2083-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Jönköping Energi Nät AB yrkar att upphandlingen ska få slutföras utan att utvärderingen görs om.

Olssons Elektromekaniska i Rydsgård AB yrkar att förvaltningsrättens dom ska fastställas.

ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Jönköping Energi

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är tillräckligt att angivet krav blir uppfyllt under avtalstiden. Det ställs inte krav på att en leverantör ska bifoga giltig certifiering till sitt anbud. Syftet med det dokument som efterfrågas är endast att styrka angivet svar.

I Attacus anbud anges att man ska erhålla certifiering ”i eget namn” under maj 2011. Innebörden av anbudet och begreppet ”omcertifiering i eget namn” utifrån gängse språkbruk är att en ny helt egen certifiering erhålls. Det anges inte i anbudet att Attacus erhåller certifiering från Grenetech vars nedlagda verksamhet saknar relevans för prövning av anbudet. Av anbudet framgår således att det är en tredjepartscertifiering.

Det ställs i förfrågningsunderlaget inte krav på att man ska ange vem som är ”tredjepart”. Under avtalstiden kan det bli aktuellt med om- och nycertifiering varför utfärdare av certifiering, dvs. tredje part, kan variera under avtalstid. Att så sker strider varken mot förfrågningsunderlag eller avtal.

Attacus har uppgivit att det kommer att ha ett kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering enligt vad som efterfrågats. Vidare har Attacus

redovisat ett certifieringsavtal som utvisar att det ingått åtagande för att erhålla tredjepartscertifiering under avtalstiden.

Även om man skulle dela förvaltningsrättens bedömning att certifiering ska föreligga vid avtalsstart är kravet uppfyllt.

Attacus erhöll tredjepartscertifiering den 5 juli 2011 och den rättsliga processen är ännu inte slutförd. Detta understryker orimligheten av förvaltningsrättens resonemang om vid vilken tidpunkt kvalitetscertifiering ska föreligga. Det visar även att de uppgifter Attacus lämnat i anbudet har fullgjorts enligt vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget.

Eftersom det för Attacus föreligger en ny certifiering (omcertifiering) av tredje part saknar argumentationen avseende begreppet ”tredjepartscertifiering” relevans. Det har aldrig varit aktuellt att Genetech skulle svara för certifiering av Attacus. Genom erhållen certifiering är det uppenbart att det hela tiden varit fråga om certifiering från tredje part.

Förvaltningsrättens avgörande strider mot såväl förfrågningsunderlaget som mot rättens egen utgångspunkt för tolkning, dvs. gängse språkbruk. Vidare är domen motstridig då kravet på tredjepartscertifiering enligt förvaltningsrätten inte behöver vara uppfyllt förrän vid avtalsstart samtidigt som denna tidpunkt ännu inte inträtt.

Det kan noteras att om Olssons Elektromekaniskas argumentation tillmäts betydelse torde det innebära att förfrågningsunderlaget är otydligt. I sådant fall är förfrågningsunderlaget behäftat med en så allvarlig brist avseende transparens att upphandlingen ska göras om.

Jönköping Energi åberopar bl.a. certifikat och certifieringsavtal hänförliga till Attacus.

Olssons Elektromekaniska

Utöver frågan om vid vilken tidpunkt tredjepartscertifiering ska föreligga är det också fråga om Attacus uppfyllt förfrågningsunderlagets krav i detta sammanhang.

Det är inte korrekt att det skulle vara tillräckligt att tredjepartscertifiering kommer till stånd under avtalstiden. Av villkoret framgår att frågan är vilken typ av kvalitetsledningssystem som kommer att tillämpas ”under avtalstiden”. Frågeställningen kan inte anses avse annat än hela avtalstiden, dvs. från avtalsstart till avtalets upphörande.

För att inkomna anbud ska kunna utvärderas rätt måste det redan vid utvärderingen stå klart att angivet krav kommer att vara uppfyllt vid avtalsstarten. Det är mot denna bakgrund förklarligt att Jönköpings Energi krävt att anbudsgivare ska styrka avgivet svar. En annan ordning skulle innebära att kravet skulle bli innehållslöst. Vidare skulle detta kunna medföra en felaktig utvärdering på grund av oriktiga uppgifter från anbudsgivaren.

Förfrågningsunderlagets lydelse – att giltigt dokument ska bifogas – är formulerad som ett imperativ. Detta kan rimligen inte innebära annat än att det ska inges dokument som anger vem som är certifierande tredjepart och att gällande certifiering finns för leverantören. Normalt sett bifogas en kopia av själva certifikatet. Kravet torde emellertid kunna uppfyllas med annan handling, t.ex. intyg från utomstående att tredjepartscertifiering föreligger. I förevarande fall har Attacus över huvud taget inte ingivit något dokument som styrker att tredjepartscertifiering föreligger vid någon tidpunkt. Attacus har inte heller kunnat göra det eftersom tredjepartscertifiering inte fanns eller kunde intygas vid viss framtida tidpunkt. Man har endast angivit att omcertifiering kommer att ske i maj 2011.

Först efter det att anbudens giltighet upphört, dvs. den 1 juli 2011, erhöll Attacus tredjepartscertifiering.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den fråga som ska besvaras är om av Jönköping Energi antagen leverantör, Attacus Power AB, uppfyllt uppställt krav avseende kvalitetsledningssystem i sådan mån att dess anbud vid utvärderingen skulle tilldelas maximalt antal poäng i detta avseende. Kravet har utformats enligt följande.

4.6.1 Kvalitetsledningssystem

För att säkerställa kvalitet av leveranser erfordras någon form av kvalitetsarbete hos leverantören. Tredjepartscertifiering av kvalitetsarbetet innebär en reducerad uppföljningskostnad för Jönköping Energi Nät vilket betraktas som ett mervärde. Bifoga giltigt dokument som styrker angivet svar.
Ange vilken typ av kvalitetsledningssystem ni kommer att tillämpa under avtalstiden för varan/tjänsten. (Fasta svarsalternativ)

- 100 Anbudsgivaren har kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering
- 50 Kvalitetsledningssystem med intern revision
- 0 Kvalitetspolicy

Ange namn och kontaktuppgifter på den person som är kvalitetsansvarig. (Fritextsvar)

Sista dag för att lämna anbud i upphandlingen var den 21 mars 2011. I tilldelningsbeslut daterat den 21 april 2011 angavs att kontrakt skulle tecknas tidigast den 2 maj 2011. Leverans skulle enligt förfrågningsunderlaget ske den 14 oktober 2011.

Attacus Power AB angav i sitt anbud att det hade ett kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering och att "vi arbetar i enlighet med Genetechs certifierade kvalitetssystem, men kommer att omcertifiera det i eget namn i Maj 2011." Vidare redovisade Attacus Power AB att det ingått ett certifieringsavtal som undertecknats av parterna den 5 februari respektive den 23 mars 2011. Den 5 juli 2011 utfärdade AAA Certification AB certifikat för Attacus Power AB avseende dess ledningssystem.

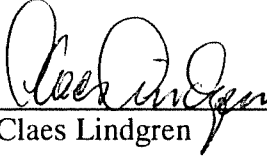
Kammarrättens bedömning

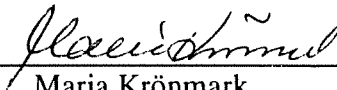
Av angivet krav framgår att det avser vilket kvalitetsledningssystem som ska tillämpas "under avtalstiden" och att det ska bifogas "giltigt dokument" som styrker detta förhållande. Enligt kammarrätten framgår inte klart vid vilken tidpunkt kravet måste vara uppfyllt. Oklart är också vad som kan utgöra "giltigt dokument" i detta sammanhang. Olssons Elektromekaniska har dock inte påstått att förfrågningsunderlaget bör underkännas på grund av att det skulle vara otydligt.

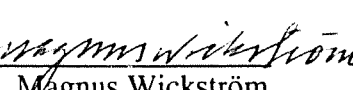
Kammarrätten konstaterar att Attacus Power AB i sitt anbud angivit att det hade ett kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering på så sätt att det tillämpade annat företags certifierade kvalitetssystem som skulle "omcertifieras i eget namn". Av Attacus Power AB redovisat certifieringsavtal mynnade ut i att certifikat utfärdades för dess ledningssystem.

Mot bakgrund av konstaterade oklarheter bör angivet krav inte ges längre räckvidd än att Attacus Power AB får anses ha uppfyllt kravet i sådan mån att dess anbud förtjänat maximalt antal poäng i detta avseende. Vad Olssons Elektromekaniska åberopat medför därmed inte att Jönköping Energi brutit mot någon bestämmelse i LUF eller mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Skäl för ingripande enligt lagen saknas således. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Claes Lindgren


Maria Krönmark


Magnus Wickström
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Ann-Louise Mårtensson

DOM
2011-06-07
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
2083-11 E
Domare 1:2

SÖKANDE

Olssons Elektromekaniska i Rydsgård AB, 556245-2887
Box 37
274 03 Rydsgård

Ombud: Advokaten Matts Johnsson
Ystads Advokatbyrå HB
Box 81
271 22 Ystad

MOTPART

Jönköping Energinät Aktiebolag, 556449-7575
Box 5150
550 05 Jönköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett i form av ny utvärdering.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Jönköping Energinät AB (Jönköping Energinät) har i tilldelningsbeslut den 21 april 2011 gällande mobilt reservkraftsystem meddelat att avtal kommer att ingås med Attacus Power AB (Attacus Power).

Olssons Elektromekaniska i Rydsgård AB (bolaget) yrkar i ansökan om överprövning i första hand att förvaltningsrätten beslutar om rättelse innebärande att bolaget ska tilldelas upphandlingskontraktet i upphandlingen och i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras

Dok.Id 38768

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

om. Till stöd för sina yrkanden anför bolaget i huvudsak följande. Jönköping Energinät har värderat kriteriet avseende kvalitetsledningssystem i förfrågningsunderlaget felaktigt vilket medfört att fel anbud antagits. Av förfrågningsunderlaget punkt 4.6.1 framgår de krav som ställs på kvalitetsledningssystem. Det framgår att anbudsgivare som har kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering tilldelas 100 p, vilket viktas 5 %. Uppfylls detta kriterium erhålls därför 5 p vid utvärderingen. Anbudsgivare med kvalitetsledningssystem med intern revision tilldelas 50 p, vilket också viktas 5 %. Uppfylls detta kriterium erhålls därför 2,5 p vid utvärderingen. Jönköping Energinät har vid utvärderingen tillgodoräknat såväl Attacus Power som bolaget 5 p vardera för kvalitetsledningssystem. Attacus Power uppfyller emellertid inte kriteriet om tredjepartscertifiering, varför Attacus Power rätteligen borde ha fått åtminstone 2,5 p mindre vid utvärderingen. Av resultatrapporten/utvärderingen framgår att Attacus Power arbetar med Genetech Systems Sweden AB:s (Genetech) certifierade kvalitetssystem. Detta innefattar inte att Attacus Power har ett externt kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering. Genetech försattes för övrigt i konkurs våren 2010 och därefter har Attacus Power förvärvat delar av inkråmet i Genetech. Genom konkursen har också Genetechs egen certifiering upphört. Attacus Power uppfyller högst kraven på kvalitetsledningssystem med intern revision. Vid utvärderingen har Attacus Power fått sammanlagt 88,65 p och bolaget har fått sammanlagt 86,27 p. Med hänsyn till att Attacus Power inte uppfyller kriteriet om tredjepartscertifiering, borde Attacus Power rätteligen ha fått åtminstone 2,5 p mindre vid utvärderingen. Attacus Powers sammanlagda poäng ska därmed rätteligen uppgå till 86,15 p. Jönköping Energinät har handlat i strid med LUF. Genom att inte tilldelas upphandlingen kommer bolaget att lida skada.

Jönköping Energinät bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i yttrande i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att det för säkerställande av leverans från leverantör erfordras någon form av

kvalitetsarbete under avtalstiden. För att få full poäng ska anbudsgivare under avtalstiden ha kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering. Därutöver ska leverantör ange namn och kontaktuppgifter på den person som är kvalitetsansvarig hos leverantören. Attacus Power har i anbudet angett att de under avtalstiden "arbetar enligt Genetechs certifierade kvalitetssystem men kommer att omcertifiera det i eget namn i Maj 2011". Antagen leverantör har således svarat på vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Attacus Power har redovisat att de under avtalstiden kommer att arbeta med kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering. Attacus Power har redovisat att man under avtalstiden kommer att arbeta enligt redovisad tredjepartscertifiering och att det kommer att göras en omcertifiering. Att det åvilar Attacus Power att upprätthålla tredjepartscertifiering under avtalstiden regleras i kommande avtal. Förfrågan avser förhållandet under avtalstiden och anbudet uppfyller förutsättningarna för att tilldela Attacus Power högsta poäng.

Bolaget anför i yttrande i huvudsak följande. Genetech är inte ett certifieringsorgan. Genetech är ett bolag som har sålt varor och tjänster, bl.a. på det område som förfrågningsunderlaget avser; försäljning av reservkraftssystem. Såsom säljande bolag har Genetech i sin tur haft tredjepartscertifiering av något certifieringsorgan, t.ex. Statens Provningsanstalt, Veritas eller Intertek m.fl. Att Attacus Power anger att man kommer att omcertifiera Genetechs kvalitetssystem i eget namn är inte heller en korrekt beskrivning. Attacus Powers certifieringsarbete är självständigt och Attacus Power måste visa att man motsvarar certifieringskraven. Det handlar således inte om att "omcertifiera" utan att få en ny certifiering. Det förhållandet att Attacus Power har köpt inkråmet i Genetech och eventuellt därmed fått vissa kunskaper som kan underlätta Attacus Powers egen certifieringsprocess är en annan sak. Attacus Power råder själv inte över om bolaget kommer att få certifiering utan certifieringsorganet är det organ som beslutar om och när Attacus Power motsvarar certifieringskraven i sin helhet och därför kan

få sökt certifiering. Attacus Power kan därför inte veta att man kommer att få certifieringen. För övrigt är den relevanta tidpunkten för bedömning vilket kvalitetsledningssystem anbudsgivaren har den tidpunkt då anbuds-tiden löper ut. Det är ostridigt att Attacus Power vid denna tidpunkt inte hade någon tredjepartscertifiering. Detta har även stått klart för Jönköping Energinät eftersom Attacus Power inte hänvisat till någon certifieringsorganisation som utfärdat certifiering för dem utan endast till annat bolag, Genetech, som inte utför certifiering och som för övrigt är i konkurs.

Ytterligare skriftväxling har förekommit.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 1 § första stycket LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF anges bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

4.6.1 Kvalitetsledningssystem

För att säkerställa kvalitet av leveranser erfordras någon form av kvalitetsarbete hos leverantören. Tredjepartscertifiering av kvalitetsarbetet innebär en reducerad uppföljningskostnad för Jönköping Energi Nät vilket betraktas som ett mervärde. Bifoga giltigt dokument som styrker angivet svar.

Ange vilken typ av kvalitetsledningssystem ni kommer att tillämpa under avtalstiden för varantjänsten. (Fasta svarsalternativ)

- | | |
|-----|---|
| 100 | Anbudsgivaren har kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering |
| 50 | Kvalitetsledningssystem med intern revision |
| 0 | Kvalitetspolicy |

Ange namn och kontaktuppgifter på den person som är kvalitetsansvarig. (Fritextsvar)

Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LUF. Som utvärderingsgrund har tillämpats det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågan i målet är om Attacus Power uppfyller det börkrav avseende kvalitetsledningssystem som vid utvärdering ska få 100 p.

Vad gäller tidpunkt för uppfyllande av aktuellt börkrav anser förvaltningsrätten, med hänsyn till formuleringen i förfrågningsunderlaget, att denna tidpunkt ska vara vid avtalsstart. Börkravet behöver således inte vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets ingivande.

Enlig förfrågningsunderlaget får anbudsgivare som under avtalstiden har kvalitetsledningssystem med tredjepartscertifiering högsta möjliga poäng. Någon definition av begreppet tredjepartscertifiering finns inte i förfrågningsunderlaget. Ordet certifiering betyder enligt Svenska Akademiens ordlista intyg om kvalitet. Tredjepartscertifiering får enligt gängse språkbruk anses innebära att certifieringen utförs av en i förhållande till den som certifieringen avser oberoende och fristående part.

Attacus Power har i sitt anbud angett följande. "Vi arbetar i enlighet med Genetechs certifierade kvalitetssystem, men kommer att omcertifiera detta

i eget namn i Maj 2011". Med anledning härav och då Genetechs verksamhet inte omfattar certifiering framgår det enligt förvaltningsrättens bedömning att Attacus Power inte har uppfyllt aktuellt bör-krav i sitt anbud. Genom att vid utvärderingen tilldela Attacus Power poängsumma motsvarande ett bör-krav som inte uppfylls har Jönköping Energinät handlat i strid med LUF.

Bristen i upphandlingsförfarandet har medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUF föreligger därför. Domstolen kan enligt detta lagrum, oavsett hur yrkandet har utformats, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Den brist som har konstaterats är hänförlig till utvärderingen av anbudet. Under sådana förhållanden är det tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om. Anbudet från Attacus Power ska därvid inte tilldelas maximal poäng avseende kvalitetsledningssystem.

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


Lena SchönBarkestam

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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.