



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2017-09-11

Meddelad i Göteborg

Mål nr

3061-17

SÖKANDE

ÅF-Infrastructure AB, 556185-2103

Ombud: Rickard Dahlgren

ÅF-Infrastructure AB

169 99 Stockholm

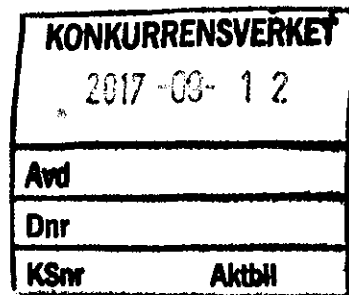
MOTPART

Kungälv kommun

442 81 Kungälv

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
förkortad LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Kungälv kommun
upphandling av ramavtal för tekniska konsulttjänster om projektering inom
områdena VA, markbyggnad, trafik, el och dagvatten, dnr KS2016/1676,
ska göras om.

Dok.Id 495441

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kungälv kommun genomför en upphandling av ramavtal för tekniska konsulttjänster om projektering inom områdena VA, markbyggnad, trafik, el och dagvatten, dnr KS2016/1676. Av tilldelningsbeslutet den 6 mars 2017 framgår att andra leverantörer än ÅF-Infrastructure AB (ÅF) tilldelats kontrakt i upphandlingen.

ÅF ansöker om överprövning och begär i första hand rättelse på så sätt att kvalificeringen och anbudsvärderingen ska göras om och att ÅF:s anbud tas upp till anbudsvärdering. I andra hand begär ÅF att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU:s principer om proportionalitet och transparens enligt 4 kap. 1 § LOU samt mot bestämmelserna om kvalificering i 14 kap. 1 § LOU, eftersom kommunen tillämpat ett krav om inlämnande av revisionsrapporter såsom ett kvalificeringskrav samt genom att ha förkastat ÅF:s anbud. Genom kommunens åsidosättande av dessa bestämmelser har ÅF lidit eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom ÅF inte har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Under rubriken "Prövning av anbudsgivare" i förfrågningsunderlaget har kommunen bl.a. skrivit följande:

Då det är viktigt för oss att ni har en god egenkontroll och avvikelshantering så vill vi att ni bifogar er senaste revisionsrapport på ert kvalitets- och miljösystem. Det är revisionsrapporten som efterfrågas inte själva certifieringen. Denna kommer att ses som sekretess om ni begär detta.

ÅF valde att inte lämna in sin senaste revisionsrapport. I stället lämnade ÅF in ett revisionsutlåtande, intyg om att ÅF har ett certifierat kvalitets- och miljöledningssystem samt ÅF:s policy för kvalitets- och miljöarbete.

Revisionsutlåtandet och certifikatet har utfärdats av ett oberoende organ. Kommunen har inte ställt något uttryckligt krav på att leverantörerna ska följa några särskilda kvalitetslednings- och miljöledningsstandarder. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att formuleringen ska förstås som ett s.k. ska-krav. Upphandlingen brister i transparens eftersom ÅF inte kunnat förutse att deras anbud skulle bli diskvalificerat med hänvisning till att de inte lämnat in någon revisionsrapport.

I brist på annan vägledning i förfrågningsunderlaget ska avsnittet om revisionsrapporten förstås utifrån dess ordalydelse, dvs. som en vilja att få ta del av revisionsrapporterna och inte som ett ovillkorligt krav.

Även om kommunens formulering om inlämnande av revisionsrapport är att anse som ett kvalificeringskrav, står ett sådant krav ändå i strid med LOU.

För det första finns det inget stöd för att kräva denna form av bevisning för att säkerställa att leverantören förfogar över sådan teknisk kapacitet som krävs för att fullgöra kontraktet. Det finns i LOU endast stöd för att kräva att leverantören tillämpar åtgärder eller system för kvalitetssäkring och miljöledning och som bevis för detta lämna in intyg utfärdat av oberoende organ eller bevis om likvärdiga åtgärder.

För det andra står kravet under alla omständigheter i strid mot principen om proportionalitet eftersom kravet inte är lämpligt och effektivt då revisionsrapporten inte ger ett klart svar om leverantören har en god egenkontroll och avvikelshantering eller förfogar över sådan kapacitet som krävs för att fullgöra kontraktet. Det finns dessutom mindre ingripande alternativ för att uppnå samma syfte, t.ex. genom att begära vissa intyg. Slutligen är kravet inte proportionerligt då revisionsrapporterna innehåller företagshemlig information som ÅF inte vill ska bli allmän handling.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har haft sakliga skäl att utesluta ÅF som anbudsgivare. Under rubriken "Prövning av anbudsgivare" står klart och tydligt vilka krav som kommunen ställer för att pröva leverantören avseende uteslutning och kvalificering.

ÅF har vetat om att inlämnande av en revisionsrapport är ett ska-krav. Det framgår bl.a. av de telefonsamtal som bolaget har haft med kommunen. Den 7 februari 2017 ringde ÅF upp kommunen och meddelade att de inte skulle skicka in sin revisionsrapport och uttryckte att de ville att kommunen skulle ändra kravet. Sista dag för frågor var den 30 januari 2017, men trots detta gjorde kommunen ett förtydligande den 8 februari 2017. I förtydligandet sades följande:

Avseende revisionsrapport – den ska bifogas anbudet, om ni vill så sekretessbelägg den antingen genom att ni kräver sekretess av handling eller genom att själv "mörka" de delar som pekar ut person/företag i revisionsrapporten.

Vid anbudsöppning hade ÅF lämnat in ett anbud utan revisionsrapport. Den inlämnade handlingen från ÅF, en "Audit Summary Report" där telefonnumret till kvalitetschefen även finns angivet, visar inte om det är en revisionsrapport eller om det avser ÅF:s arbete med egenkontroll och avvikelshantering.

Övriga leverantörer har lämnat in revisionsrapport med eller utan maskering samt begäran om sekretess.

Kravet om att lämna in en revisionsrapport är proportionerligt. Skälet till att kommunen ställt det aktuella kravet är för att det vid tidigare uppdrag kommit fram att konsultbolag inte kunnat leverera enligt beställning – trots att de haft certifierade kvalitetssystem – vilket medfört extra kostnader för

kommunen. Vidare har hänsyn tagits till att revisionsrapporten kan ses som affärshemlighet genom att leverantören kunnat begära att handlingen ska omfattas av sekretess.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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 (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Frågan i målet är om kommunen har brutit mot de grundläggande principerna, andra bestämmelser i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ÅF:s anbud har förkastats i upphandlingen på grund av att bolaget inte lämnat in någon revisionsrapport om dess kvalitets- och miljösystem.

Det för målet relevanta avsnittet i förfrågningsunderlaget samt det förtydligande som kommunen lämnat till leverantörerna om inlämnande av revisionsrapport framgår av parternas redogörelser ovan.

Är inlämnande av en revisionsrapport att anse som ett ska-krav?

ÅF har anfört att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att inlämnande av revisionsrapport är ett s.k. ska-krav. I denna del noterar förvaltningsrätten att kommunen under rubriken ” Prövning av anbudsgivare” använt sig av varierande formuleringar; kraven om att lämna in handlingar till styrkande av kreditvärdighet, redovisning av referensobjekt samt inlämnande av referensformulär är samtliga formulerade såsom ska-krav. Avsnittet om inlämnande av revisionsrapport är inte formulerat på samma sätt. I detta avsnitt står det att kommunen ”vill” att leverantörerna lämnar in en revisionsrapport. Av förfrågningsunderlaget framgår det således inte med tydlighet om inlämnande av en revisionsrapport är att anse som ett ska-krav.

Av parternas redogörelser framgår dock att ÅF och kommunen haft en fortgående diskussion om inlämnandet av revisionsrapporten. Efter ett telefonsamtal med ÅF den 7 februari 2017 lämnade kommunen nästkommande dag ett förtydligande till samtliga leverantörer där det framgår att en revisionsrapport ska lämnas in.

Genom kommunens förtydligande anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt utformat för att alla leverantörer ska kunna förstå att inlämnande av en revisionsrapport är att anse som ett ska-krav. Övriga leverantörer har dessutom lämnat in en revisionsrapport. Det som ÅF har anfört i övrigt i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Har kommunen haft fog för att begära att leverantörerna lämnar in en revisionsrapport?

ÅF har vidare anfört att kravet om att lämna in en revisionsrapport saknar stöd i LOU samt att det i alla fall är att anse som oproportionerligt.

Av 14 kap. 1 och 5 § LOU framgår bl.a. att den upphandlande myndigheten får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Av 15 kap. 14 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet kräver uppvisande av intyg utfärdat av ett oberoende organ på att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, ska den hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av ackrediterade organ.

Om den upphandlande myndigheten kräver intyg om att leverantören iakttar vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder ska den enligt 15 kap. 15 § LOU i första hand hänvisa till unionens miljölednings- och miljörevisionsförordning (Europaparlamentets och rådets förordning [EG] nr 1221/2009) eller andra miljöledningssystem som erkänns i samma förordning eller andra standarder som grundas på behöriga europeiska eller internationella standarder från ackrediterade organ.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen haft för avsikt att utvärdera leverantörernas kvalitets- och miljösystem, vilket får jämföras med det som i LOU benämns som kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder.

Av de aktuella bestämmelserna följer att endast intyg får begäras in och att myndigheten i sådana fall ska hänvisa till sådana kvalitetssäkrings- och miljöledningssystem som bygger på vissa relevanta och erkända standarder.

En revisionsrapport om leverantörens kvalitets- och miljösystem kan inte jämföras med någon sådan standard. Detta följer även av förfrågningsunderlaget, där kommunen uttryckligen angett att det är revisionsrapporten och inte själva certifieringen som efterfrågas.

Frågan är då om kommunen haft fog för att begära in underlag i form av en revisionsrapport med stöd av 15 kap. 11 § LOU.

Bestämmelsen innehåller en uppräkningslista över vilken utredning om en leverantörs tekniska kapacitet som den upphandlande myndigheten får begära. Det framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får begära uppgifter om teknisk personal och tekniska organ, vare sig de tillhör leverantören eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen. Den upphandlande myndigheten får begära en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som används för att säkra kvaliteten. Den upphandlande myndigheten får även begära upplysningar om de system för hantering av leveranskedjan och spårningssystem som leverantören kan komma att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet.

Av förarbetena till den aktuella bestämmelsen framgår att förteckningen är uttömmande och att den upphandlande myndigheten endast bör ställa sådana

krav som kan bevisas med de medel som myndigheten kan kräva enligt denna bestämmelse (jfr prop. 2015/16:195 s. 775 och s. 1106).

Förteckningen över vilken utredning som den upphandlande myndigheten får begära ska enligt förvaltningsrättens mening tolkas restriktivt, då den är avsedd att uttömmade reglera vilken form av utredning som den upphandlande myndigheten kan begära.

Av förteckningen framgår endast att den upphandlande myndigheten får begära att leverantören lämnar uppgifter om teknisk personal och tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller beskrivningar eller information om leverantörens system och metoder för kvalitetssäkring.

En revisionsrapport – som vanligtvis upprättas av ett oberoende organ och som vanligtvis innehåller en värdering av bolagets kapacitet i relevanta avseenden – är inte att jämföras med sådana uppgifter eller beskrivningar eller sådan information som räknas upp i 15 kap. 11 § LOU.

Eftersom inlämnande av revisionsrapport om leverantörens kvalitets- och miljösystem inte omfattas av LOU:s bestämmelser om vilken utredning som den upphandlande myndigheten får begära, har kommunen inte haft fog för att begära att leverantörerna lämnar in den aktuella rapporten.

Förvaltningsrätten saknar då skäl att bedöma om kravet varit proportionerligt.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen överträtt LOU:s bestämmelser om kvalificeringskrav. Mot denna bakgrund har ÅF visat att bolaget på grund av brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns därför anledning att ingripa mot upphandlingen.

Det kan enligt förvaltningsrättens mening inte uteslutas att andra leverantörer har avstått från att lämna anbud med hänsyn till det aktuella kravet. Eftersom överträdelsen har skett redan vid upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen därför göras om.

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

Maria Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Marcus Lundén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 rättsens 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 rättsens 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.