

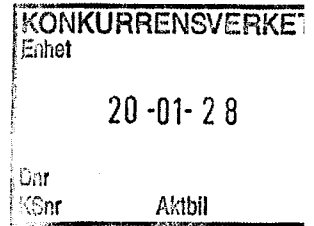


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2020-01-28
Meddelad i Uppsala

Mål nr
8390-19 E

Sida 1 (6)



SÖKANDE

SOREX Entreprenad AB, 556433-9959
Ragnebergsvägen 44
136 67 Vendelsö

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert och biträdande jurist Hanna Adlén
c/o Walthon Advokater AB
Box 716
114 11 Stockholm

MOTPART

Enköpings kommun
745 80 Enköping

Ombud: Jur.kand. Hanna Gustavsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 306447

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Smedsgränd 22

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Enköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Österleden, Gång- och cykelbana Silvergatan-Varggatan, dnr TF 2019/822. I tilldelningsbeslut den 12 december 2019 har anbud från SOREX Entreprenad AB (bolaget) förkastats på grund av bristande kravuppfyllnad.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om med beaktande av bolagets anbud. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Bolaget har i sitt anbud angett två referenspersoner i enlighet med i upphandlingen uppställda krav. Kommunen har skickat en förfrågan till angivna personer den 5 december 2019. Av förfrågan framgår att referenspersonerna har haft till den 10 december 2019 på sig att komma in med svar. Referenspersonerna har således haft fem dagar, inklusive helg, på sig att svara på förfrågan. Med beaktande av att förfrågan skickades ut en torsdag eftermiddag rör det sig i realiteten om endast tre arbetsdagar. När det i upphandlingsunderlaget inte framgår inom vilken tidsperiod som referenspersonerna ska finnas tillgängliga är det oproportionerligt att ställa krav på att svar ska inkomma efter så kort tid. Bolagets ena referensperson meddelade kommunen att referenspersonen var på semester och inte hade möjlighet att svara på förfrågan inom angiven tidsfrist. Kommunen valde ändå att förkasta bolagets anbud fastän referenspersonens svar kom in innan tilldelningsbeslutet. En påminnelse skickades av kommunen men det var samma dag som svar senast skulle lämnas. Med den korta tidsfrist som getts, samt mot bakgrund av att det av upphandlingsdokumenten inte framgår inom vilken tidsperiod som en referensperson ska finnas tillgänglig är kommunens agerande även i denna del i strid mot proportiona-

litetsprincipen. Kommunen har angett att frågorna och svaren som referenserna haft att svara på har varit begränsade i omfattning. Även om frågorna i sig är begränsade måste kommunen dock beakta att en referensperson eventuellt inte kan svara på frågorna utan visst förberedande arbete.

Upphandlingsprotokollet är vidare daterat den 9 december 2019 vilket var dagen innan angivna referenser senast haft att inkomma med svar på förfrågan. Kommunen har således beslutat att förkasta bolagets anbud redan i förväg.

Kommunen har brutit mot LOU och de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. Vid ett korrekt genomfört förfarande skulle bolagets anbud ha antagits. Bolaget har således lidit skada på grund av kommunens brott mot LOU.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Kommunen har inte förkastat bolagets anbud i förväg. Tilldelningsbeslutet meddelades den 12 december 2019. Vid detta tillfälle har även ett anpassat upphandlingsprotokoll, där redigeringar gjorts den 11 december 2019, bifogats för att informera anbudsgivarna hur utvärderingen har genomförts. Det anpassande upphandlingsprotokollet har inte legat till grund för något beslut utan redovisar enbart för anbudsgivarna hur processen har genomförts.

Det finns inte någon särskild föreskrift som svarstid för referenser i LOU. Det finns heller inte några bestämmelser om att referenser måste påminnas eller när sådan påminnelse ska ske (jfr förvaltningsrätten i Göteborgs dom mål nr 9780-18 och förvaltningsrätten i Stockholms dom mål nr 31431-10). Det följer av praxis att den upphandlande myndigheten kan välja svarstid så länge den valda tiden inte innebär ett brott som de grundläggande principerna (förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 7780-11). Det åligger anbudsgivaren att se till att

de referenter som angetts i anbudet besvarar de ställda referensfrågorna, oavsett sättet som frågorna förmedlas på. Att en referensperson inte svarar kan inte läggas den upphandlande myndigheten till last.

Kommunen förkastade bolagets anbud då de obligatoriska kraven i kvalificeringsfasen inte uppfyllts genom att referenser inte inkommit inom avsatt tid. Kommunen skickade den 5 december 2019 per e-post ett referensformulär till referenspersonerna med fem frågor vilka skulle besvaras senast den 10 december 2019. Förfrågan innehöll också information om att uteblivet svar skulle leda till att anbudet förkastades. Eftersom inget svar erhöles av en av bolagets angivna referenser den 10 december 2019 skickade kommunen en påminnelse samt meddelande om att uteblivet svar skulle leda till att anbudet förkastades. Kommunen erhöles dock inget svar från referenspersonen förrän den 11 december 2019 kl. 12.31.

I upphandlingen har angetts att referenser kan komma att kontaktas. Kommunen har per e-posten den 5 december 2019 meddelat referenserna när svarstiden löper ut och att konsekvensen av uteblivet svar innebär att anbudet förkastas. Kommunen har även påmint bolagets referens innan svarstidens utgång. Referenserna har haft möjlighet att inkomma med svar under hela den 10 december 2019. De frågor som referenserna har haft att svara på har varit begränsade i omfattning och alla referenspersoner har erhållit samma tid för att inkomma med svar. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen har kommunen inte möjlighet att ta hänsyn till svar från en referensperson som kommit in efter utsatt tid. Att bolagets referensperson inte har svarat innan tilldelningsbeslut meddelades förändrar inte denna bedömningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 gjorts.

Det kan inledningsvis konstateras att kommunen får anses ha förklarat dateringen av upphandlingsprotokollet på ett tillfredsställande sätt. Frågan i målet är då om svarstiden om fem dagar för referenspersonerna har varit oskäligt kort.

I LOU saknas bestämmelser om svarstider eller liknande för referenser vilket enligt förvaltningsrättens mening får anses innebära att den upphandlande myndigheten har stor frihet att välja svarstid. I den aktuella upphandlingen har visserligen svarstiden varit förhållandevis kort med endast fem dagar (tre faktiska arbetsdagar) men det har inte framkommit annat än att den har varit densamma för alla anbudsgivares referenser. Något brott mot likabehandlingsprincipen kan således inte anses föreligga. Inte heller medför den omständigheten att det inte framgår av upphandlingsunderlaget vid vilken tidpunkt referenterna kommer att kontaktas att underlaget skulle vara oproportionerligt eller brista i transparens på ett sådant sätt att det står i strid mot LOU. Utifrån att sista anbudsdag för upphandlingen var den 29 november 2019 får den valda tidpunkten för att komma in med svar också anses ligga inom den tidsperiod när en referensperson har kunnat förvänta sig att vara beredd att avsätta tid för att på förfrågan lämna referensuppgifter.

Bolaget har därmed inte visat att kommunen har frånträtt någon upphandlingsrättslig princip eller på annat sätt brutit mot LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Per-Erik Nistér
tf. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.