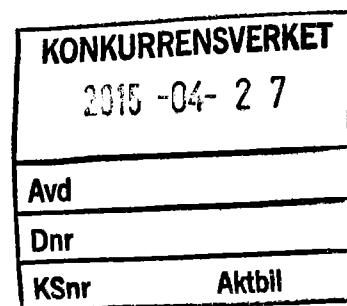




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-04-27
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
666-15



SÖKANDE

Blacklink Networks AB, 556861-8259
Birger Svenssons väg 32
432 40 Varberg

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPART

Marks Bostads AB, 556180-9319
Box 124
511 21 Kinna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Marks Bostads AB (MBAB) genomförde en upphandling, förenklat förfarande, benämnd installation av fiberbaserat fastighetsnät Etapp 1. Genom beslut den 30 januari 2015 tilldelades Xtranetgruppen i Stockholm AB kontraktet. Blacklink Networks AB:s (bolaget) anbud förkastades eftersom det bedömdes vara onormalt lågt (AFB.17), inte uppfyllde ska-kraven med uppgifter om igångsättande- och färdigställandetid (AFB 31) och miljösvarig (AFB.325).

Bolaget har ansökt om överprövning.

Dok.Id 158749

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att bolagets anbud ska tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

MBAB anser i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand, för det fall förvaltningsrätten anser att upphandlingen skett i strid med unionsrättsliga principer, att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolagets anbud har förkastats p.g.a. tre brister; onormalt lågt anbud, avsaknad av uppgifter om ingångsättande- och färdigställandetid samt miljöansvarig ej angiven.

Onormalt lågt anbud

En upphandlande myndighet får enligt 15 kap. 17 § LOU förkasta ett anbud först sedan myndigheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Bolaget har inte fått någon sådan förfrågan vare sig muntligt eller skriftligt. Det saknas därför förutsättningar för att förkasta bolagets anbud på denna grund.

Igångsättande- och färdigställandetid

I förfrågningsunderlaget AFB.31 anges att anbud ska innehålla ”uppgifter om beräknad ingångsättningstid och färdigställandetid”. Vidare innehåller förfrågningsunderlaget en handling i vilken deltider och sluttid för entreprenad redovisas. I dokumentet ”Installation av fiberbaserat fastighetsnät

PM2” den 16 januari 2015 ändrades tidplanen enligt följande: ”Tidplanen anses vara för snäv varav den skjuts framåt en månad totalt vilket innebär att dokumentet 2.4 Rangordning tidplan fastighetsförteckning Etapp 1 får följande justering på angivna datum. Den 1 maj 2015 ändras till den 1 juni 2015, den 1 juli 2015 ändras till den 1 augusti 2015, den 1 september 2015 ändras till den 1 oktober 2015 och den 1 december 2015 ändras till den 1 januari 2016. MBAB har i förfrågningsunderlaget redovisat vilka tider som gäller för entreprenaden och dessa är utformade som krav. Förfrågningsunderlaget innehåller alltså ett formellt krav att anbudet ska innehålla information angående något som redan reglerats i förfrågningsunderlaget. De begärda uppgifterna fyller således inte någon funktion. Kravet är därför olagligt.

Miljöansvarig

I upphandlingsföreskrifterna AFB.31 nämns inte att anbud ska innehålla uppgift om miljöansvarig. Däremot finns i AFD.325, d.v.s. kontraktsföreskrifterna, information angående entreprenörens miljöansvarige. Kravet har således gömts undan på annat ställe än där det rättligen skulle ha angetts, vilket strider mot principen om öppenhet. Det strider även mot öppenhetsprincipen att det i kontraktsvillkoren anges motstridiga uppgifter om när miljöansvarig ska anges. I AFD.224 anges att entreprenören på begäran ska upprätta en miljöplan för entreprenaden som bl.a. ska innehålla uppgift om miljöansvarig medan det i AFD.325 anges att miljöansvarig ska anges i anbud. Under alla förhållanden strider krav på att ange miljöansvarig mot principen om proportionalitet eftersom kravet inte är kopplat till något underliggande krav, t.ex. utbildning, erfarenhet eller utvärdering.

Skaderekvisitet

Bolaget hade, om anbudet kvalificerats till utvärdering, erhållit högsta poäng enligt den utvärderingsmodell som tillämpats och därmed tilldelats kontraktet. Enligt rättspraxis gäller förhandlingsprincipen i mål om offent-

lig upphandling. Officialprincipen ska tillämpas med stor försiktighet. MBAB:s påstående avseende annan utvärdering än den som faktiskt skett ska därför bedömas i enlighet med nyssnämnda princip. Rättsfallet HFD 2013 ref. 53 saknar relevans.

Principen om proportionalitet innebär att samtliga krav som ställs i upphandlingsförfarandet måste stå i proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Bolaget hänvisar till Kammarrättens i Stockholm domar i mål nr 1547-14 och 2391-12, Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 897-14 och Kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 3309-13 och 3467-13.

Bolaget bifogar bl.a. Skäl för förkastande, utvärdering inklusive och exklusive bolaget, tidplan och ny tidplan samt inbjudan till informationsmöte och PM 2 den 16 januari 2015.

MBAB

Onormalt lågt anbud

Bedömningen gjordes att bolagets anbud var orimligt lågt. Bolaget informerades om att bolaget ändå inte uppfyllde samtliga ska-krav och att det därför saknades anledning att begära rättelse av fel alternativt begära en förklaring till det låga anbudet.

Igångsättande- och färdigställandetid

Det är ostridigt att förfrågningsunderlaget innehåller en tidplan för hur arbetet ska bedrivas. Bolaget har i sitt anbud inte lämnat de uppgifter som krävs om detta. Det aktuella kravet står i rimlig proportion till kontraktförmålet och är affärsmässigt. MBAB har velat ha anbudgivarnas igångsättande- och färdigställandetid eftersom fiberinstallation berör väldigt många hyresgäster. Det är av stor vikt att minimera störningar och att tidplaner

som är upprättade bekräftas och följs. MBAB har utvärderat samtliga anbud lika. Att i efterhand anpassa utvärderingen så att visst ska-krav är oväsentligt eller bortse från ska-krav är inte förenligt med gemenskapsrättsliga grundprinciper.

Miljöansvarig

I AFD.325 anges att miljöansvarig utgör ska-krav. Bolaget anser att ska-kravet inte uppfyller principen om öppenhet genom att det placerats under AFD. Eftersom kravet finns angivet i förfrågningsunderlaget är dock principen om öppenhet uppfylld. MBAB har, som allmännyttigt bostadsbolag stora miljömässiga krav och riktlinjer både internt och externt. Det är viktigt att entreprenörer arbetar enligt dessa miljömässiga principer. Miljöansvarig har ansvar för att entreprenören följer lagar och förordningar ur miljöhänsyn samt använder miljömässigt bra materialval. Bolaget har i sitt anbud inte lämnat någon uppgift om miljöansvarig. Det ställda kravet står i rimlig proportion till kontraktets föremål.

Skaderekvisitet

Bolaget hävdar att om det tagits med vid utvärdering skulle de erhållit högsta poäng. Det stämmer enbart om Bolagets anbud skulle ha utvärderats mot de tre anbud som uppfyllt samtliga ska-krav. Om samtliga anbud skulle ha utvärderats skulle dock bolagets anbud inte vara det lägsta och mest fördelaktiga. Bolaget skulle därmed inte ha tilldelats upphandlingen.

MBAB anser att tydlig hänsyn har tagits till principen om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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 iakttas.

Enligt 15 kap. 17 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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. Beslut om rättelse är normalt tillräckligt om det fel som myndigheten har begått är hänförligt till anbudsprövningen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningsen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska

avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Utredningen

I förfrågningsunderlaget, såvitt nu är av intresse, anges i huvudsak följande.

AFB.17 Förutsättningar för upphandlingens genomförande

---Beställaren har rätt att förkasta orimligt höga eller låga anbud.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Om anbud saknar klar och tydlig redovisning av efterfrågade uppgifter eller innehållsmässigt ej överensstämmer med denna anbudsfrågan kan anbudet komma att förkastas utan att beaktas. ---Anbud ska lämnas i enlighet med anbudsformulär samt med ifylld blankett "Företagspresentation", uppgifter om beräknad ingångsättningstid och färdigställandetid samt en ÄTA-prislista för tillkommande/avgående RJ45-uttag i lägenhet samt timpris installatör. (se AFD.611).--- Uppgifter till värdering enligt AFB.52 och AFB.53 ska bifogas.

AFB.53 Prövning av anbud

Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud. Det mest fördelaktiga anbudet, men hänsyn tagen till nedanstående utvärderingskriterier och viktning, kommer att antas:

Vikt 80 % Kalkylpris

Kalkylpriset grundar sig på installationspris plus priset för 50 tillkommande uttag plus 200 h arbetstid för installatör.--- För att kunna utvärdera ovanstående bifogas: Pris i enlighet med anbudsformulär.

Vikt 10 % Timpris för fiberinstallatör

Poängbedömning enligt bifogad utvärderingsmall.

Vikt 10 % System för miljöledning och kvalitetssäkring

AFD.325 Entreprenörens miljöansvarige

Anges i anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Onormalt lågt anbud

Bolagets anbud har förkastats p.g.a. att det varit onormalt lågt. Ett onormalt lågt anbud får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar (15 kap. 7 § LOU). MBAB har vitsordat att de inte har begärt in någon förklaring till det låga anbudet. MBAB har därmed brutit mot 15 kap. 7 § LOU och kan därför inte på denna grund förkasta bolagets anbud.

Igångsättande- och färdigställandetid

Det är i målet ostridigt att det av förfrågningsunderlaget till upphandlingen (AB.31) framgår att uppgifter om beräknad igångsättning- och slutförandetid ska anges. Det är vidare ostridigt att bolaget i anbudet inte lämnat sådana uppgifter. Bolaget har dock anfört att detta krav är olagligt eftersom uppgifter om ingångsättande- och färdigställandetider redan framgår av förfrågningsunderlaget. MBAB har inte bestritt att ifrågavarande tider redan framgår av förfrågningsunderlaget. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för aktuell upphandling och rimligen inte vara av inte oväsentlig betydelse (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12). Eftersom uppgifter om ingångsätt-

ande- och färdigställandetid redan framgår av förfrågningsunderlaget kan sådana uppgifter i anbudet rimligen inte anses vara av väsentlig betydelse. Förvaltningsrätten anser dessutom att bolaget, redan genom att lämna anbud, får anses ha accepterat förfrågningsunderlagets ram. MBAB har inte haft rätt att förkasta bolagets anbud på aktuell grund.

Miljöansvarig

Det är i målet ostridigt att det av förfrågningsunderlaget till upphandlingen (AFD.325) framgår att entreprenörens miljöansvarige ska anges i anbudet. Bolaget har anfört dels att detta krav genom att det ställs i förfrågningsunderlaget under avdelningen AFD, kontraktsvillkort, istället för under AFB.31, har "gömts" på sådant sätt att det strider mot principen om öppenhet, dels att kravet strider mot principen om proportionalitet eftersom det inte är kopplat till något underliggande krav eller utvärderingskriterium.

Endast den omständigheten att kravet har placerats under avdelningen AFD innebär inte att det strider mot öppenhetsprincipen.

Fråga är då om kravet strider mot proportionalitetsprincipen. I förarbetena (prop. 2006/07:128, s. 132) till LOU anges att proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (jfr Kamrättens i Stockholm dom den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12).

Av förfrågningsunderlaget framgår i och för sig inte uttryckligen att uppgiften om en miljöansvarig är kopplad till något underliggande krav. Genom att det sägs att entreprenören på begäran ska göra en miljöplan för

entreprenaden, framstår ändå uppgiften som väsentlig och pekar på att entreprenörens miljöarbete är så väsentligt för upphandlande myndighet att det angetts som ett krav att tala om vem som är miljöansvarig.

Bolaget har ostridigt inte angett en miljöansvarig. Det framgår inte heller på annat sätt vilket miljöarbete bolaget bedriver. Uppgiften om miljöansvarig är därför inte oväsentlig och det kan inte anses oproportionerligt att kräva den uppgiften. Det har därför på den grunden varit riktigt att utesluta bolaget från utvärderingen, jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 24 oktober 2013 i mål nr. 3192-13.

Även om bolaget således inte kunnat uteslutas på den grund att det avgett ett alltför lågt pris eller på grund av avsaknaden av en tidsplan har bolaget brustit genom att inte ange en miljöansvarig. Det har därför varit riktigt att utesluta bolaget från utvärderingen. Bolagets ansökan om överprövning lämnas därför utan bifall.

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

Birgitta Holmgren

Föredragande har varit David Filhm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

