



SÖKANDE

Fervent Cleaning Company AB, 556511-9012

Box 1490

171 28 Solna

MOTPARTER

1. Kungliga Tekniska Högskolan

100 44 Stockholm

2. Miljöpalatset AB, 556551-7280

Ombud för nr 2: Advokat Jon Kihlman

Advokat Jon Kihlman AB

Västra Trädgårdsgatan 15

111 53 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-06-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Miljöpalatset AB inte ska beaktas.

YRKANDEN M.M.

Kungliga Tekniska Högskolan (KTH) genomförde ett avrop med förnyad konkurrensutsättning (Lokalvård Kista dnr V-2019-0049) från Kammarkollegiets ramavtal Städtjänster dnr 96-8-2016. I tilldelningsbeslut den 12 april 2019 beslutade KTH att acceptera anbudet från Miljöpalatset AB (Miljöpalatset).

Fervent Cleaning Company (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt Miljöpalatsets anbud inte utvärderas eftersom det inte uppfyllt ska-kravet avseende hantering och förvaring av nycklar. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Av punkt 2.18.2 i kravspecifikationen framgår följande ska-krav:
”Leverantören ansvarar för utkvitterade nycklar och inpasseringskort. Leverantören ska föra register över nycklar och inpasseringskort och ombesörja att nycklar och inpasseringskort handhas och förvaras på ett betryggande sätt. Vid varje dags slut ska nycklarna låsas in i ett kassaskåp som är placerat i städarnas lagerlokal”.

I fritextsvar skulle anbudsgivarna i anbudet redovisa för nyckel- och passerkortshantering enligt följande krav: ”Redovisa för hur ni avser att förvara och hantera de utkvitterade nycklarna och passerkorten”.

Av Miljöpalatsets anbud framgår följande i det skriftliga svaret:
”Utkvitterade nycklarna och passerkort förvaras hemma hos varje anställd. Arbetsledare förvarar de utkvitterade nycklarna och passerkorten i kassaskåp på kontoret och samtliga nycklar är registrerade samt försedda med KeyFinder från Nokas”.

Av anbudssvaret framgår klart och tydligt att Miljöpalatset inte har för avsikt att uppfylla ska-kravet. Vare sig lokalvårdarna eller arbetsledare kommer i enlighet med kravet att förvara nycklarna i ett kassaskåp som är placerat i städarnas lagerlokal. Svaret kan varken anses vara motsägelsefullt eller utgöra en felskrivning.

En myndighet får begära att en anbudsansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling. En komplettering får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Miljöpalatset har, efter bolagets påpekande om det ej uppfyllda ska-kravet, tillåtits komplettera sitt anbud för att uppfylla kravet. Bolagets uppfattning är att KTH härigenom agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU). Det är inte förenligt med ÄLOU att tillåta anbudsgivare att efter anbudstidens utgång tillföra anbudet helt nya uppgifter.

Eftersom bolagets anbud ligger på andra plats i utvärderingen riskerar bolaget att lida skada om rättelse inte sker.

KTH yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Vid tolkning av fritextsvaret från Miljöpalatset konstaterade KTH att första och andra meningen motsäger varandra. Eftersom Miljöpalatset ansåg sig uppfylla samtliga ställda krav var den enda rimliga tolkningen av felskrivningen att det var den andra meningen som var korrekt. Det vore oproportionerligt att förkasta Miljöpalatsets anbud eftersom det rör sig om en uppenbar felskrivning.

Tvetydigheten påtalades av bolaget varpå KTH den 16 april 2019 kontaktade Miljöpalatset som ombads att med egna ord förklara hur nycklar och passerkort förvarades. Det som framkom stödde KTH:s tolkning av avropssvaret att kravet uppfyllts varför KTH lät tilldelningsbeslutet bestå.

Miljöpalatset anser att ansökan ska lämnas utan bifall och anför bl.a. följande. Miljöpalatsets fritextsvar avser olika delar av punkt 2.18.2. I punkten anges dels att leverantören ska ”ombesörja att nycklar och inpasseringskort handhas och förvaras på ett betryggande sätt”, dels att nycklarna ”vid varje dags slut ska ... låsas in i ett kassaskåp som är placerat i städarnas lagerlokal”. Kravet om handhavande och förvaring på ett betryggande sätt vore överflödigt om det avsåg samma tid – dvs. tiden mellan en arbetsdags slut och nästa arbetsdags början – som kravet att nycklarna ska låsas in. Det förra kravet gäller således även – och i praktiken framför allt – andra tider än nattetid. För förvaring nattetid har kravet preciserats genom angivandet att nycklarna ska låsas in på ett visst sätt. Miljöpalatsets fritextsvar ska förstås mot bakgrund av de uppdelade kraven. Uppgiften om förvaring hemma hos anställda avser inte förvaring under nattetid. Sådan förvaring torde uppfylla kravet att nycklar och passerkort ska handhas och förvaras på ett betryggande sätt.

Endast delar av punkt 2.18.2 är obligatoriska. Punkten är markerad med ett utropstecken. Av symbolförklaringen på upphandlingsdokumentets första sida framgår att det innebär att texten ”innehåller krav som måste uppfyllas”. Det innebär inte att allt som anges i en sådan bestämmelse behöver uppfyllas. De centrala delarna i kravet är att leverantören ”ansvarar för utkvitterade nycklar och inpasseringskort”, att leverantören vid förlust ska ”meddela KTH om händelsen”, samt – framför allt – att leverantören ska ”ersätta KTH för nödvändiga låsbyten, till fullvärde och bekosta inköp av nya nycklar och inpasseringskort, installation av lås/låssystem och omprogrammering av passagesystem”. De kraven är obligatoriska. Övriga delar av punkten är knappast mer än förtydliganden av hur en leverantör kan göra för att minimera risken för att ansvaret ska aktualiseras. Att ansvaret för nycklarna är den obligatoriska delen av punkten framgår också av bestämmelserna i punkterna 5.3.6, 5.10 och 5.11, vilka är avsedda att ingå i parternas avtal. I punkt 5.3.6 anges att leverantören vid uppdragets slut ska

återlämna samtliga nycklar. Av punkt 5.10 och 5.11 framgår att leverantören, om den inte återlämnar alla nycklar, ska ersätta all KTH:s därav föranledda skada. Det spelar däremot ingen roll för leverantörens ersättningsansvar varför den inte kan återlämna nycklarna.

Fritextsvaret ska lämnas utan avseende. Kraven i punkt 2.18.2 är egentligen inte kvalificeringskrav, utan snarare en felplacerad del av det blivande avtalsinnehållet. Det är först när avtal har slutits som bestämmelsens innehåll aktualiseras. Kraven ger inte utrymme för alternativa lösningar: Om KTH vill att nycklarna ska låsas in på ett visst sätt varje natt, så ska de låsas in på det sättet. Kraven är därtill i praktiken lätta att uppfylla. Miljöpalatsets fritextssvar ska därför inte förstås som att bolaget inte kommer att uppfylla de ställda kraven, utan endast som ett förslag till en alternativ – enklare – lösning inom ramen för det ansvar som enligt avtalet skulle komma att åvila bolaget. Miljöpalatsets fritextssvar ska därför lämnas utan avseende såvitt avser kvalificeringen av leverantörer. Det ska bara betraktas som ett förslag till en alternativ lösning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) i kraft vilken ersatte den tidigare gällande lagen, ÄLOU. Av övergångsbestämmelserna till LOU framgår att ÄLOU ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den förnyade konkurrensutsättningen skett under ramavtal för vilket upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 är det bestämmelserna i ÄLOU som är tillämplig i målet.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla

leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 8 § ÄLOU anges i första stycket att 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. I andra stycket anges att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt ÄLOU på de grunder som bolaget har anfört.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till huruvida Miljöpalatset, genom sitt ursprungliga anbud, har visat att det uppfyller kraven i punkt 2.18.2 i kravspecifikationen. Parterna tycks vara ense om att punkten innehåller obligatoriska krav. Miljöpalatset gör dock gällande att det endast är vissa delar av punkten som är obligatoriska och att de delar som avser hur nycklar och inpasseringskort ska handhas, förvaras och låsas in endast är förtydliganden.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har haft att utgå från att samtliga krav som är formulerade som ska-krav är obligatoriska. Kravet att leverantören ska ombesörja att nycklar och inpasseringskort handhas och förvaras på ett betryggande sätt är formulerat som ett ska-krav och är därför obligatoriskt. Även kravet att nycklarna vid varje dags slut ska låsas in i ett kassaskåp som är placerat i städarnas lagerlokal är formulerat som ett ska-krav och är således obligatoriskt. Att kraven är obligatoriska måste även ha stått klart för anbudsgivarna eftersom KTH krävt att anbudsgivarna i fritextsvar redovisar hur de avser att förvara och hantera de utkvitterade nycklarna och passerkorten. Vad Miljöpalatset anfört om att kraven bör ses som felplacerad del av det blivande avtalsinnehållet föranleder ingen annan bedömning.

Frågan är då om Miljöpalatset, genom sitt fritextsvar, har visat att det uppfyller kraven. Enligt förvaltningsrättens mening kan Miljöpalatsets svar inte förstås på annat sätt än att de anställda förvarar sina nycklar och passerkort hemma men att just arbetsledare förvarar sina nycklar och passerkort i kassaskåp på kontoret. Detta innebär att Miljöpalatset inte kan anses uppfylla kravet gällande inlåsning. Kravet att nycklarna ska låsas in är inte begränsat till att avse en viss yrkeskategoris nycklar. Det får därmed anses omfatta all berörd personal som har tillgång till nycklar. Av Miljöpalatsets svar framgår dock endast att arbetsledare förvarar nycklarna i kassaskåp. Genom att i fritextsvaret göra åtskillnad mellan hur arbetsledare och övriga anställda förvarar utkvitterade nycklar och passerkort kan Miljöpalatset inte anses ha gjort gällande att samtliga nycklar kommer att låsas in i ett kassaskåp vid varje dags slut.

Miljöpalatset gör gällande att uppgiften om förvaring hemma hos anställda inte avser förvaring under nattetid, utan övriga tider. Förvaltningsrätten anser dock inte att detta kan utläsas av svaret. Förvaltningsrätten finner även

att rimligheten i en sådan lösning, dvs. att de anställda skulle förvara sina nycklar hemma under dagen för att sedan åka in till kontoret vid varje dags slut för att låsa in dem, kan ifrågasättas. Miljöpalatset har vidare angett att nycklarna förvaras i ett kassaskåp på kontoret trots att nycklarna, enligt kravet, ska förvaras i ett kassaskåp som är placerat i städarnas lagerlokal. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av dessa omständigheter att Miljöpalatset genom sitt ursprungliga anbud, inte har visat att det uppfyller samtliga krav i punkt 2.18.2.

KTH har efter anbudstidens utgång kontaktat Miljöpalatset och bett det att förklara hur nycklar och passerkort förvaras. Baserat på det svar som KTH fått har KTH ansett att Miljöpalatset uppfyller kraven i punkt 2.18.2. KTH gör gällande att Miljöpalatsets svar innehåller en uppenbar felskrivning och att det därför har varit fråga om en tillåten rättelse. Bolaget å sin sida anser att det rör sig om en otillåten komplettering. Förvaltningsrätten har att därmed att pröva huruvida KTH:s agerande varit förenligt med ÄLOU.

Möjligheterna till rättelse, förtydligande och komplettering av ett anbud återfinns i 9 kap. 8 § ÄLOU. För att en rättelse ska vara tillåten krävs att det rör sig om en uppenbar felskrivning. För att en uppgift ska anses vara en uppenbar felskrivning krävs, som framgår av ordalydelsen, att det är uppenbart för den som läser uppgiften att den är felaktig. Det ska med andra ord gå att förutse hur felet behöver rättas. Enligt förvaltningsrättens mening kan de uppgifter som Miljöpalatset lämnat i sitt fritextsvar inte ses som en uppenbar felskrivning. Det har inte gått att förutse att svaret skulle tolkas på det sätt som Miljöpalatset nu gör gällande. Förutsättningarna för rättelse har således inte varit uppfyllda och KTH:s agerande att låta Miljöpalatset rätta sitt anbud har därmed inte varit förenligt med ÄLOU.

Vad gäller möjligheten till förtydligande och komplettering konstaterar förvaltningsrätten att det strider mot likabehandlingsprincipen att efter

anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att förtydliga eller komplettera anbudet med uppgifter som krävs för att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Förvaltningsrätten har funnit att Miljöpalatset, genom sitt ursprungliga fritextsvar, inte visat att det uppfyller kraven. KTH har inte redogjort för vilket svar KTH fick från Miljöpalatset men har gjort bedömningen att svaret innebar att kraven var uppfyllda. Förvaltningsrätten anser att KTH inte heller med stöd av reglerna om förtydligande och komplettering har haft möjlighet att låta Miljöpalatset ändra sitt anbud eftersom detta varit oförenligt med likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att KTH genom att anta Miljöpalatsets anbud, trots att anbudet inte uppfyllde samtliga obligatoriska ska-krav, har agerat i strid med ÄLOU. Förvaltningsrätten anser vidare att det har varit oförenligt med likabehandlingsprincipen att begära en rättelse, ett förtydligande eller en komplettering av Miljöpalatsets svar. Genom att begära detta har KTH agerat i strid med ÄLOU. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt ÄLOU är att den anbudsgivare som ansöker om överprövning har lidit eller riskerar att lida skada till följd av överträdelsen. I avsnitt 4 i upphandlingsdokumenten anges att det avropssvar som uppfyller de obligatoriska kraven och är ekonomisk mest fördelaktigt med hänsyn till pris, kommer att antas. Av tilldelningsbeslutet framgår att har bolaget haft det näst lägsta jämförelsepriset efter Miljöpalatset. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att bolaget får anses ha lidit ska skada till följd av överträdelsen. Det finns således skäl för ingripande enligt ÄLOU.

Eftersom överträdelsen inte hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att upphandlingen rättas. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Miljöpalatset inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Helena Akers
Förvaltningsrättsfiskal

Louise Ljöstad har föredragit målet.



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 rättstillämpningen.
- 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.