



SÖKANDE

Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB, 556764-3498
Strömgatan 11
212 25 Malmö

Ombud: advokaten Mikael Gustafsson och biträdande juristen Andreas
Jungerman
Advokatbyrån Ranstam & Partners HB
Stortorget 29
21134 Malmö

MOTPART

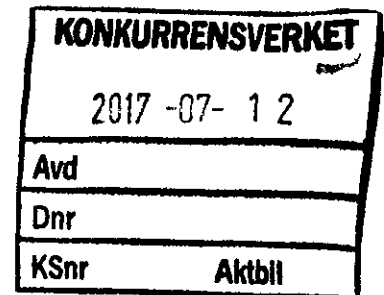
Ystads kommun
Nya Rådhuset
27180 Ystad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB:s
ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Ystad kommun genomför en upphandling avseende bl.a. anläggande av en parkering med planteringar, Oskarparkeringen (ref nr 16/208). Enligt tilldelningsbeslutet har MVB Syd AB tilldelats kontrakt.

Anläggning och Kabel Entreprenad i Malmö AB:s (Akea) anbud har förkastats mot bakgrund att Ystad kommun inte anser att anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Akea

Akea ansöker om överprövning och yrkar i första hand om rättelse i upphandlingen på så sätt att Akeas anbud anses uppfylla samtliga skall-krav och tas upp till prövning. I andra hand yrkar Akea att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför Akea bl.a. följande.

Kommunen har angett att Akea inte uppfyllt ett skall-krav i förfrågningsunderlaget eftersom flera av Akeas referensobjekt saknar e-postadress. Eftersom Akea lämnat uppgift om referensobjekt som uppfyllt de krav som föreskrivits i förfrågningsunderlaget har Akea uteslutits på felaktiga grunder och Akea skulle vid en korrekt gjord utvärdering varit det bolag som lämnat anbud med lägst pris.

Akea har utifrån kommunens förfrågningsunderlag lämnat in två olika dokument. Ett benämnt "referensobjekt Oskarsparkeringen Ystad" innefattande referensuppdrag för både Akea som anbudsgivare och dess arbetsle-

dare och platschef samt ett benämnt "referensobjekt [REDACTED] 161123". Redan det första dokumentet är tillräckligt för att uppfylla samtliga skall-krav avseende referenser, både i förhållande till Akea som anbudsgivare och avseende dess platschef/arbetsledare. Handlingen innehåller en beskrivning av tre olika uppdrag som utförts av Atea under de fem senaste åren och det framgår också tydligt att [REDACTED] som offererats såsom platschef, har varit platschef och arbetsledare i samtliga tre projekt. De tre referensuppdragen innehåller också samtliga de kontaktuppgifter som kommunen efterfrågat. Samtliga i förfrågningsunderlaget i form av skallkrav efterfrågade uppgifter avseende referensuppdrag har således lämnats. Det har därmed egentligen varit överflödigt att ge in ytterligare referenser för [REDACTED]. Även dokumentet med [REDACTED] referenser har emellertid uppfyllt de skall-krav som kommunen efterfrågat. Kravet på referensobjekt avseende platschef/arbetsledare har därför uppfyllts redan av de två första referensobjekten och det har inte funnits någon anledning för kommunen att söka vidare i någon av de ytterligare referenserna som varit med i handlingen.

Det är orimligt att Akeas anbud ska förkastas för att anbudet innehållit fler referenser än kommunen begärt. Kommunen har inte angett i förfrågningsunderlaget att fler än två respektive fem referenser får lämnas. Att ett krav uppfylls med råge, som rent faktiskt är fallet i nu aktuell upphandling, kan inte ses som icke-uppfyllelse av det ställda skall-kravet. Om mängdkrav skulle ges den innebörden skulle de vara i direkt strid med proportionalitetsprincipen och principen om transparens.

Det är inte heller rimligt att förkasta Akeas anbud på grund av att vissa upptagna referenser saknar e-post adress. Det saknas helt bärande skäl för att ge egentligen överflödiga uppgifter betydelse vid prövningen om ett skall-krav är uppfyllt och sådana uppgifter kan inte förta de korrekt lämnade och lätt tillgängliga uppgifterna dess betydelse vid prövningen av ett skall-krav. Det

innebär inte att en anbudsgivare kan överösa den upphandlande myndigheten med stora mängder dokument och begära att myndigheten ska lägga omfattande tid på att sortera vilken information som är relevant. Så är inte fallet i aktuell upphandling. Akeas e-postadresser har i referensdokumenten markerats med understrykning och blå färg i den övrigt svarta texten och vid läsning i dator även varit klickbara länkar. Akeas referensdokument har därför – i praktiken – snarare varit tidsbesparande än orsakat tidsåtgång.

Mot bakgrund av att anbudsgivare tar fram anbud utan ersättning är det inte orimligt att anbudsgivare inte fullt ut anpassar samtliga handlingar exakt efter varje förfrågningsunderlag utan – såsom skett i nu aktuell upphandling – delvis ”återanvänder” tidigare upprättade handlingar i den mån det är möjligt.

Alla efterfrågade uppgifter har redovisats komplett, och det faktum att det därutöver även funnits vissa ytterligare uppgifter kan inte anses utgöra tillräckliga skäl för att Akeas anbud inte ska anses vara kvalificerat. Att inte beakta Akeas anbud skulle vara i strid med likabehandlingsprincipen.

Kommunen har åsidosatt LOU:s regler när kommunen förkastat Akeas anbud vilket har medfört att Akea lidit eller riskerat lida skada. För det fall en rättelse inte kan ske anser Akea att förfrågningsunderlaget inte ger utrymme för den snäva tolkning som kommunen gjort och upphandlingen bör i så fall göras om.

Ystad kommun

Ystad kommun anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förutsättningar för ingripande saknas.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska innehålla kontaktuppgifter, både telefonnummer och e-postadress, till de referenser som lämnas. Kravet är ställt utifrån vad upphandlande myndighet anser sig behöva för att kunna genomföra en bra, öppen, transparent och likvärdig utvärdering av de leverantörsanbud som kvalificerar sig för utvärdering. Kravet är klart, tydligt och lättförståeligt. Kravet är även proportionerligt i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att kravet är adekvat och relevant och inte kan anses gå utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Kravet kan även anses stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas.

Kommunen begär i upphandlingen in fem referenser men erhöll tolv av Akea, varav nio är unika. Det är ostridigt i målet att Akea inkommit med fler referensobjekt än vad som krävts samt att fem av dessa referenser inte uppfyller ställda skall-krav. De tre begärda referenserna avseende liknande referensuppdrag är helt korrekta och i linje med i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. Däremot uppfyller inte de personliga referensobjekten för i anbudet redovisad platschef/arbetsledare ställda skall-krav, eftersom åtta referensobjekt lämnats varav fem utan e-postadress.

Akea har lämnat in fler referenser än vad som krävts och samtliga referenser innehåller inte e-postadress. Det har inte varit möjligt för kommunen att låta Akea ändra eller förtydliga sitt anbud eftersom det skulle innebära en otillåten konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare. Det framgår inte av anbudet vilka referenser som är ”överskottsinformation” och det är inte heller kommunens uppgift att behöva välja ut de handlingar som bäst överensstämmer med de skall-krav som är ställda i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.4 i övergångsbestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen, och på talan av leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökandefunktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen kan krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud (HFD 2016 ref. 37).

Av AFB 52 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbudsgivare/entreprenör ska redovisa tre referensuppdrag med mark, gata och VA

utförda under de senaste fem åren. Vidare ska anbudsgivare inkomma med två personliga referensuppdrag som utförts av i anbud redovisad platschef/arbetsledare med entreprenad innehållande mark och gata under de senaste fem åren. Anbudet ska innehålla kontaktuppgifter, både telefonnummer och e-postadress, till de referenser som lämnas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kravet på e-postadresser till referenser är ett obligatoriskt krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen. Upphandlande myndighet ska på ett enkelt sätt kunna kontakta referenser och kravet kan därför inte heller i sig anses oproportionerligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget så som det är utformat inte hindrar en anbudsgivare att lämna in fler referenser än de som efterfrågas. Akea har lämnat in referenser med e-postadress men har även bifogat ytterligare referenser utan e-postadress.

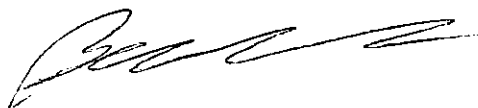
Det är anbudsgivaren som står risken för att en angiven uppgift inte är förenlig med kraven i förfrågningsunderlaget. Om en anbudsgivare lämnar in och för sig ej efterfrågade uppgifter bör dessa uppgifter stå i överensstämmelse med de krav som anges i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i den 4 november 2016 i mål nr 193-16).

Akea har genom att inte bifoga e-postadresser till samtliga inlämnade referenser inte uppfyllt de obligatoriska kraven i AFB 52 i förfrågningsunderlaget. Misstaget kan inte anses vara bagatellartat eller oväsentligt. Kommunens beslut att förkasta anbudet kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen. Ystad kommun har därmed gjort

rätt som förkastat Akeas anbud. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Akea har gjort gällande att förfrågningsunderlaget är oklart formulerat och tolkningen av det är för snäv, varför upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten anser dock inte att Akea visat att det föreligger sådana oklarheter i förfrågningsunderlaget att upphandlingen ska göras om. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därmed avslås.

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



Bertil Idarsson

Ulrika Skogler har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.