



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Miriam Röstberg Omari

DOM
2017-08-25
Meddelad i Falun

Mål nr
2498-17

SÖKANDE

Prenax AB, 556540-7474
Box 1080
164 25 Kista

MOTPART

Nämnden för inköp- och upphandling i Göteborgs stad
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

KONKURRENSVERKET	
2017-08-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Förvaltningsrätten avslår Prenax AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 200888

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00
---	---------------------------------	--	---------------------------------	--

BAKGRUND

Nämnden för inköp- och upphandling i Göteborgs stad (härefter Göteborgs stad) genomförde en upphandling av ramavtal avseende prenumerationservice av svenska och utländska tidningar och tidskrifter i såväl tryckt som elektroniskt format (Prenumerationsservice 333/16). Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Genom tilldelningsbeslut den 22 maj 2017 antogs annan leverantör än Prenax AB.

YRKANDE M.M.

Prenax AB (härefter Prenax) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att vinnande bud, inlämnat av LM Information Delivery (LM), diskvalificeras och att Prenax anses vara vinnande anbud. I andra hand yrkar Prenax att hela upphandlingen görs om. Som grund för sin ansökan anför Prenax att LM inte uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget samt att LM:s anbud har ändrats på ett otillåtet sätt.

Göteborgs stad bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Prenax har till stöd för sin talan bl.a. anfört följande. LM:s anbud är inte författat på svenska trots att det är ett obligatoriskt krav enligt punkt 2.1 förfrågningsunderlaget. Det huvuddokument som utgör LM:s anbud innehåller dokumenten ”Quality Assurance” och ”Environmental Policy” som är författade på engelska. Dokumenten utgör redogörelser och interna beskrivningar av företaget och hur deras kvalitetssäkring och miljöpolicy fungerar. De är således inte att betrakta som certifikat, intyg eller bevis.

De referensuppdrag som LM lämnat i sitt ursprungliga anbud uppfyller inte de krav som Göteborgs stad ställt upp avseende omsättning under punkt 3.5.1 förfrågningsunderlaget. Trots att det ursprungliga anbudet endast har innefattat information avseende omsättning har LM tillåtits tillföra anbudet uppgifter avseende antal beställande enheter. Eftersom uppgifter om beställande enheter inte går att härleda till det ursprungliga anbudet är det fråga om en otillåten ändring av anbudet.

Göteborgs stad har anfört bl.a. följande. Det är korrekt att de två dokument Prenax hänvisar till är författade på engelska. Eftersom upphandlingen inte uppställer krav på att anbudsgivarna ska tillhandahålla en miljöpolicy är dokumentet "Environmental Policy" ovidkommande. Dokumentet "Quality Assurance" utgör ett bevis på att kravet på kvalitetsledningssystem är uppfyllt. Eftersom förfrågningsunderlaget anger att bevis får vara författade på engelska har LM följt språkravet.

Varken LM eller Prenax hade i sina beskrivningar av referensuppdragen angett både antal beställande enheter och omsättning. Eftersom båda anbuden innehöll uppgifter om referensuppdragen var det möjligt för Göteborgs stad att be dem förtydliga uppgifterna. Enligt direktiv 2014/24 EU, artikel 56 punkt 3 är det dessutom möjligt för upphandlande myndighet att begära kompletteringar och förtydligande av uppgifter av uppgifter och dokument som inte funnits med i anbudet.

För det fall förvaltningsrätten finner att LM:s anbud brister avseende kravet på referensuppdrag ska även Prenax anbud anses brista och därmed förkastas. En leverantör som rätteligen har förkastats kan inte lida skada genom felpåstående mot det vinnande anbudet om ytterligare anbud kvarstår. Eftersom ett anbud från anbudsgivaren BTJ kvarstår kan skaderekvisitet inte anses vara uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på av Prenax anförda grunderna är visat att Göteborgs stad har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Prenax lider eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Ytterligare en huvudprincip enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav som regel inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller frånfälla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet och förutsebarhet.

Förvaltningsrättens bedömning

Uppfyller LM det obligatoriska kravet att anbudet ska vara författat på svenska?

I punkt 2.1 förfrågningsunderlaget anges, såvitt här är av intresse, att anbudet ska vara författat på svenska. Vidare anges att certifikat, intyg och bevis eller liknande kan vara på engelska eller skandinaviska språk.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i upphandlingen inte har ställts upp något krav på att anbudsgivarna ska ha en miljöpolicy. I likhet med Göteborgs stad, finner förvaltningsrätten således att det är ovidkommande om detta dokument är författat på svenska eller inte. Frågan i målet är således om dokumentet ”Quality Assurance” utgör en del av anbudet eller om det är att betrakta som bevis på att kravet är uppfyllt.

Under punkt 3.5.2 i förfrågningsunderlaget uppställs ett krav på att leverantören ska bedriva kvalitetsarbete i företaget inom ramen av ett kvalitetsledningssystem. Vidare framgår att bevis på att kravet om kvalitetsledningssystem är uppfyllt ska bifogas till anbudet och kan utgöras av bl.a. redogörelse av alla de punkter som kvalitetsledningssystemet minst ska omfatta.

Förvaltningsrätten finner att dokumentet ”Quality Assurance” utgör en redogörelse över hur LM:s kvalitetsledningssystem är utformat och att dokumentet därmed får betraktas som bevis i den mening som avses i förfrågningsunderlaget. LM:s anbud uppfyller därmed det obligatoriska kravet att anbudet ska vara författat på svenska.

Har LM tillåtit komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt?

I punkt 3.5.1 förfrågningsunderlaget anges, såvitt här är av intresse, följande. Kapacitet bevisas genom referensuppdrag. Leverantören ska redovisa två referenser på likvärdiga uppdrag. Med likvärdiga uppdrag menas uppdrag som motsvarar upphandlingens storlek volymmässigt i kronor (ca 9 miljoner/år) eller i antal beställande enheter (ca 150). Vidare anges att Leverantören ska ange/bifoga förteckning med angivna två referensuppdrag, innehållande bl.a. en kort beskrivning av uppdraget och dess omfattning volym i kronor och i antal beställande enheter.

Av utredningen i målet framgår att LM:s ursprungliga anbud, som understeg det obligatoriska omsättningskravet, saknade uppgifter om referensuppdra-

gens omfattning i antal beställande enheter. Genom en publik fråga fick LM därför möjlighet att komplettera anbudet med de utelämnade uppgifterna efter sista anbudsdag. Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om denna komplettering var tillåten.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av förfrågningsunderlaget framgår att kravet på att lämna en kort beskrivning av referensuppdraget samt dess omfattning i volym i kronor och i antal beställande enheter är obligatoriska krav. Genom att inte ange uppgifter om antalet beställande enheter har LM således utelämnat ett obligatoriskt krav. Vid sådana förhållanden finner förvaltningsrätten inte att anbudet kan bli föremål för förtydligande i enlighet med 4 kap. 9 § LOU (se Kammarätten i Stockholms dom den 17 juni 2008 mål nr 3378-08). Genom att tillåta LM att komplettera sitt anbud och delta i den slutliga utvärderingen har Göteborgs stad frångått i förfrågningsunderlaget uppställt obligatoriskt krav och därmed åsidosatt likabehandlingsprincipen. Vad Göteborgs stad i övrigt anfört föranleder inte någon annan bedömning. Anbudet skulle därför ha förkastats.

Har Prenax lidit eller kan Prenax komma att lida skada?

För att en upphandling ska göras om eller att den ska få avslutas först sedan rättelse gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att sökanden lidit eller kan komma att lida skada.

Göteborgs stad har anfört bl.a. följande. Då en så kallad omvänd anbudsgivning har tillämpats i upphandlingen har Prenax anbud formellt inte prövats mot kvalificeringskraven. För det fall förvaltningsrätten finner att LM:s anbud brister avseende kravet på referensuppdrag brister även Prenax anbud i denna del. Vid en formell prövning kommer därmed även Prenax anbud att förkastas.

Kammarrätterna har i flera avgörande angett att anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen normalt inte kan anses lida eller komma att lida skada på grund av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 maj 2012 i mål nr 9437-11 och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2014 i mål nr 7070–7077-13).

Förvaltningsrätten konstaterar att Prenax anbud, såsom Göteborgs stad fört fram, inte uppfyller samtliga av upphandlingens obligatoriska krav. Prenax har anfört att bolaget gett korrekt information utifrån hur upphandlingen är formulerad och endast har kommenterat redan tidigare lämnat svar. Göteborgs stad har anfört att Prenax anbud vid en formell prövning ska rätteligen förkastas. Mot ovan angivna bakgrund samt att Prenax inte kan anses ha visat att de lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU ska Prenax ansökan om överprövning avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Eva Karlsson Helghe
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 rättens 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 rättens 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.

