



SÖKANDE

Hylanders Geo-Byrå AB, 556469-7364
Fabriksgatan 12
602 23 Norrköping

MOTPART

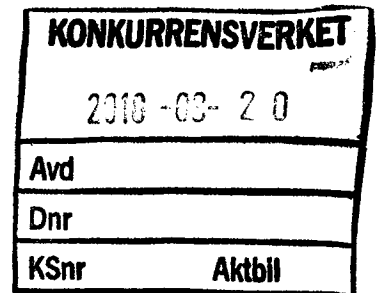
Upphandlingscenter, Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen,
222000-2527
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upphandlingscenter genomför en upphandling av ramavtal avseende utförande av teknikkonsulttjänster med inriktning på riskanalys, besiktning och vibrationsmätning, dnr UH-2017-335. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud utifrån pris. Upphandlingscenter meddelade den 8 januari 2018 ett tilldelningsbeslut enligt vilket andra leverantörer än Hylanders Geo-Byrå AB (Bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Av upphandlingsrapport till beslutet framgår att Bolaget diskvalificeras med anledning av att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav för upphandlingen. Av skrivelse från Upphandlingscenter till Bolaget framgår att det krav som Bolaget inte uppfyller är kravet att inge en ESPD för Hansa Vibrations och Omgivningskontroll AB (Hansa), vars kapacitet Bolaget åberopat för att uppfylla kvalificeringskrav för upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand beslutar om rättelse med innebörden att tilldelningsbeslutet hävs, beslutet att diskvalificera Bolaget undanröjs, Bolaget ges möjlighet att komplettera med det saknade ESPD-dokumentet för Hansa samt en ny utvärdering och tilldelning genomförs. I andra hand yrkar Bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Upphandlingscenter yrkar att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Av punkten AUB.31 framgår att anbud skulle lämnas elektroniskt via "e-Avrop" (Verktyget) och att anbud som lämnas i annan form eller på annat

sätt skulle förkastas. Den 9 november 2017, som var den sista dagen att lämna anbud, påbörjade Bolaget inlämnandet av sitt anbud i Verktyget. Under denna process visade det sig att det inte gick att bifoga mer än en obligatorisk fil och när Bolaget upprepade gånger försökte att bifoga ytterligare en andra fil, accepterade inte Verktyget detta. De två filer Bolaget hade för avsikt att bifoga var en ESPD-fil för Bolaget och en ESPD-fil för Hansa. Till slut var Bolaget tvunget att ge upp och skicka anbudet utan ESPD-filen för Hansa.

I upphandlingsdokumenten finns motstridiga uppgifter på om det är ett krav att bifoga mer än ett dokument. I handlingen "Information om egen försäkran och ESPD" står att "anbudsgivaren innan anbudstidens utgång endast behöver skicka in en försäkran som preliminärt bevis...". Vidare står att den upphandlande myndigheten när som helst under upphandlingen kan begära att andra anbudsgivare lämnar in bevis för att garantera att upphandlingen gått rätt till. Vidare står det under "Krav på bilaga 1.1" i dokumentet Skakrav att Upphandlingscenter har tagit fram en ESPD för denna upphandling och att anbudsgivaren skulle fylla i de uppgifter som efterfrågas i dokumentet och därefter bifoga det ifyllda dokumentet till anbudet. Av ovanstående orsaker var Bolaget tryggt med att endast lämna in sin ESPD och förväntade sig att Upphandlingscenter skulle återkomma med begäran om kompletterande information om detta var nödvändigt.

Den 4 december 2017 återkom Upphandlingscenter med en begäran om komplettering av vissa handlingar enligt punkten AUB.313. När Bolaget försökte komplettera med efterfrågade dokument uppstod återigen problem med bifogandet av dokument. [REDACTED] på Norrköpings kommun bekräftade vid kontakt per telefon att något var fel i uppsättningen och att det endast var handlingarna som framgår enligt AUB.313 som Upphandlingscenter önskade erhålla. I e-post dagen efter bekräftade han att det i den förra begäran inte möjliggjordes att bifoga filer i sitt svar och meddelade att

”det numera gick att inkomma med efterfrågade handlingar och uppgifter enligt begäran”. Bolaget lyckades då bifoga de efterfrågade handlingarna i Verkyget.

Eftersom Bolaget har lämnat in en fil med ESPD men Upphandlingscenter menar att de skulle ha innehållit ytterligare en ESPD innebär detta att Upphandlingscenter bekräftar att man fått ”en handling som getts in av leverantören” men att man ser att det saknas några sidor i handlingen och det innebär också att det inte finns något som hindrat Upphandlingscenter från att begära rättelse av fel, förtydligande och komplettering enligt 4 kap. 9 § LOU. Någon sådan begäran om komplettering har Upphandlingscenter inte gjort. ESPD är ingen ”färskvara” i den meningen att om Bolaget kan intyga att inga oegentligheter förekommer för närvarande och ej heller tidigare förekommit så gällde detta följaktligen även vid inlämnandet av anbudet – vilket gör att en begäran om komplettering inte hade inneburit någon strid mot likabehandlingsprincipen. Det är snarare så att det faktum att Upphandlingscenter inte begärde en komplettering strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget har varit i kontakt med upphandlingskonsult [REDACTED] på företaget e-Avrop som bekräftar att systemet tillåter att fler filer kan laddas upp i den s.k. ESPD modulen och att det helt beror på hur användaren sätter upp systemet för den aktuella upphandlingen. Upphandlingscenter presenterar nu i efterhand ett förslag på hur man som avancerad datateknikutvecklad anbudsgivare skulle kunnat kringgå den felaktiga uppsättningen av e-Avrop. Dessa förslag är så avancerade och långsökta att om de varit avsedda från början borde dessa varit förklarade/specificerade i upphandlingsdokumenten. Eftersom så inte var fallet menar Bolaget att förvaltningsrätten helt ska bortse från och underkänna denna efterhandskonstruktion. Huruvida en funktion som finns i e-Avrop har ”varit i drift” hos Upphandlingscenter eller inte, saknar betydelse på annat sätt än att det bekräftar att Upphandlingscen-

ter aktivt valt att inte utnyttja systemet så som det faktiskt är tänkt i en upphandling som den nu aktuella alternativt inte förstått hur systemet skall nyttjas.

Den redogörelse Bolaget lämnat ovan visar att det verktyg som Upphandlingscenter använder alternativt själva användandet och/eller uppsättningen av det inte erbjuder den rättssäkerhet som erfordras, att upphandlingsunderlaget innehåller otydliga och motstridiga uppgifter samt att regelverket för uteslutning omöjliggör alternativt förfarande för inlämning av anbud i den händelse det verktyg Upphandlingscenter använder sig av inte fungerar tillfredsställande. Detta sammantaget innebär att Upphandlingscenters förfarande vid upphandlingen har varit behäftat med brister av sådan art och omfattning att förfarandet strider mot LOU och den grundläggande principen om likabehandling.

Med beaktande av att Bolaget var den mest fördelaktiga anbudsgivaren har Bolaget lidit skada till följd av detta varför det finns skäl till ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.

Upphandlingscenter

Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU, i enlighet med övriga bestämmelser i LOU samt i enlighet med de förutsättningar som anges i upphandlingsdokumenten. Bolaget har därför inte lidit skada och kan inte komma att lida skada enligt 20 kap. 6 § LOU.

Upphandlingscenters upphandlingsverktyg e-Avrop är uppbyggt på så vis att upphandlaren i bilaga Skakrav inför de krav som ska ställas i upphandlingen. Två typer av krav kan ställas: krav som anbudsgivarna endast ska acceptera eller krav på bilaga. När krav på bilaga ställs kan bara en fil lad-

das upp av anbudsgivaren. Det handlar således inte, i motsats till vad bolaget anför, om något fel i upphandlingsdokumenten, utan det är så e-Avrop fungerar. Att bara en fil kan laddas upp hindrar inte att en anbudsgivare skannar in det som denne vill bifoga som ett dokument och det hindrar inte heller att anbudsgivaren skapar en komprimerad mapp (zip-fil). Det finns således flera alternativ att insända fler dokument trots att systemet endast kräver en fil. Det är alltså fullt möjligt för en anbudsgivare som avser att åberopa ett annat företags kapacitet att skicka in en ESPD även för detta företag. ESPD-modulen som Bolaget hänvisar till är en ny tjänst i e-Avrop som ej var i drift hos Upphandlingscenter vid tillfället för annonsering av nu aktuell upphandling. Det kan konstateras att det alltså handlar om olika verktyg i e-Avrop varför Bolagets påstående ska lämnas utan hänseende.

Upphandlingen har varit strukturerad på så vis att ansvarig upphandlare först genomför en utvärdering av inkomna anbud och kontroll av ESPD för att därefter gå vidare med de anbudsgivare som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och för att kontrollera att de uppfyller samtliga kvalificeringskrav. Den begäran om kvalificeringshandlingar som skickades ut genomfördes i e-Avrops dialog-funktion och inte via bilaga Skakrav. Dialog-funktionen används först efter sista anbudsdag för att begära in aktuella kvalificeringshandlingar. Det handlar således om två helt separata delar i e-Avrop, varför begäran om aktuella kvalificeringshandlingar saknar relevans i bedömningen av om bilaga Skakrav varit feluppsatt. I dialog-funktionen finns det en särskild ruta som ska bockas i för att leverantören ska ges möjlighet att bifoga filer i sitt svar. I den första begäran som gjordes missades att bocka i denna ruta, varför en andra begäran skickades ut. Ingen skada kan ha föranletts med anledning av detta, då detta fel även åtgärdades.

Det framgår klart och tydligt av såväl bilaga Skakrav som bilaga Information om egen försäkran och ESPD att om anbudsgivaren åberopar kapaciteten hos ett annat företag ska även det andra företaget ge in en ESPD. Att

Bolaget påpekar att ESPD-dokumentet omskrivs i singular-form torde inte föranleda någon annan bedömning. Utgångspunkten i upphandlingsdokumentet är att en ESPD ska skickas in för anbudsgivaren, men om annat företags kapacitet åberopas ska anbudsgivarens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. Upphandlingsdokumentet har därmed varit tillräckligt tydligt utformat för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska ha kunnat tolka informationen på samma sätt samt ha kunnat lämna anbud enligt upphandlingsdokumentens givna förutsättningar. Upphandlingsdokumenten kan enligt ovan anfört därmed inte anses brista i transparens.

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en handling som getts in av leverantören kompletteras. I och med att Bolaget inte inkommit med någon handling vad gäller ESPD för det åberopade företaget saknas möjlighet för Upphandlingscenter att vare sig tillåta eller begära att Bolagets anbud kompletteras med ESPD för det företag vars kapacitet Bolaget avser åberopa. Om Upphandlingscenter skulle tillåta eller begära en komplettering som innebär att handlingen inkommer, skulle det innebära att Bolaget går från att inte uppfylla kvalificeringskraven till att de facto göra det, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Upphandlingscenter har förkastat Bolagets anbud med motiveringen att det inte uppfyller ett obligatoriskt krav då Bolaget med sitt anbud inte inlämnat en ESPD för Hansa, vars kapacitet Bolaget åberopat för att uppfylla kvalificeringskrav för upphandlingen.

Av punkt AUB.5 *Anbudsprövning* framgår följande.

Upphandlingscenter tillhandahåller en s.k. ESPD (European Single Procurement Document) som anbudsgivare ska använda sig av för att lämna en egen försäkran enligt vad som föreskrivs i 15 kap. LOU. Åberopar anbudsgivaren annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven enligt denna upphandling ska anbudsgivarens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. Se bilaga "Information om egen försäkran och ESPD".

Efter Upphandlingscenters anmodan ska intyg och dokument tillsändas Upphandlingscenter för att försäkra denne att lämnad information i egen försäkran är korrekt. Efter att Upphandlingscenter erhållit dessa intyg och dokument kommer Upphandlingscenter pröva anbudsgivarens lämplighet utifrån de krav som framgår av AUB.51 och AUB.511. Det är först och främst de anbudsgivare som enligt AUB.52 lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden som kommer begäras inkomma med sådan dokumentation. Fler anbudsgivare kan dock begäras inkomma med sådan bevisning. Det för att säkerställa upphandlingskorrekthet.

Av punkten AUB.31 *Anbudsform och innehåll* framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla de handlingar och uppgifter som efterfrågas av Upphandlingscenter för att denne ska kunna genomföra kvalificeringsprövningen och anbudsutvärderingen enligt vad som framgår av AUB.51, AUB.511 och AUB.52. Anbud som saknar efterfrågade handlingar och uppgifter kommer att förkastas. Hänvisningar till Internet, hemsidor eller dylikt accepteras inte.

[...]

Följande dokument och uppgifter ska inkomma till Upphandlingscenter innan sista anbudsdag:

ESPD

Upphandlingscenter har tagit fram en ESPD för denna upphandling. Anbudsgivaren ska fylla i de uppgifter som efterfrågas i dokumentet och därefter bifoga det ifyllda dokumentet till anbudet. Se Bilaga "Information om egen försäkran och ESPD".

Av bilagan *Skakrav* framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

1.0 ESPD - egen försäkran

Upphandlingscenter tillhandahåller en s.k. ESPD (European Single Procurement Document) som anbudsgivare ska använda sig av för att lämna en egen försäkran enligt vad som föreskrivs i 15 kap. LOU. Åberopar anbudsgivaren annat företags kapacitet ska anbudsgivarens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. Se Bilaga "Information om egen försäkran och ESPD".

Krav på bilaga 1.1

Upphandlingscenter har tagit fram en ESPD för denna upphandling. Anbudsgivaren ska fylla i de uppgifter som efterfrågas i dokumentet och därefter bifoga det ifyllda dokumentet till anbudet.

Bolaget har i målet gjort gällande att det av upphandlingsdokumenten inte följer något obligatoriskt krav på att tillsammans med anbudet lämna mer än en ESPD i upphandlingen, att utformningen av kravet har varit otydlig, att Upphandlingscenter genom sitt sätt att använda Verkytet har omöjliggjort för anbudsgivare som åberopar annans kapacitet att uppfylla kravet samt att Upphandlingscenter borde ha gett Bolaget möjlighet att komplettera sitt anbud med en ESPD för Hansa.


Vad först beträffar kravets innebörd framgår det enligt förvaltningsrätten tydligt, genom utformningen av relevanta delar av upphandlingsdokumenten, att det för upphandlingen gäller ett obligatoriskt krav med innebörden att anbudsgivare, som åberopar annat företags kapacitet, tillsammans med anbudet ska inge en ESPD för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. Bolagets påstående att det i relevant avseende föreligger en otydlighet i kravets innebörd finner således inget stöd i upphandlingsdokumenten.

Kravet är för övrigt tillräckligt tydligt även om det i aktuell punkt inte uttryckligen anges på vilket sätt en anbudsgivare ska bifoga erfordrade ESPD eftersom den kunskap som en anbudsgivare förväntas besitta i relevant avseende enligt förvaltningsrätten varken kan anses vara tekniskt avancerad eller överstiga det som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förväntas klara av. Bolaget har således enligt förvaltningsrätten inte förmått visa att kravet i relevant avseende strider mot principen om transparens på det sätt som Bolaget gjort gällande.

Det har i praxis (se t.ex. Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål nr 26-12) uttalats att om inget anges i upphandlingsdokumenten ska obligatoriska krav som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Klart är således att kravet om att inge ESPD för Hansa, vars kapacitet Bolaget åberopat för att uppfylla kvalificeringskrav i upphandlingen, skulle vara uppfyllt redan då Bolaget lämnade in sitt anbud. I målet är ostridigt att Bolagets anbud inte innehöll en ESPD för Hansa. Någon möjlighet eller skyldighet för Upphandlingscenter att med hänvisning till 4 kap. 9 § LOU tillåta eller begära att Bolaget efter anbudstidens utgång inkommer med en sådan ESPD föreligger inte heller. Upphandlingscenter har således haft fog för sitt beslut att diskvalificera Bolaget på angiven grund. Det har inte heller i övrigt framkommit skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).


Kristina H Samuelsson

Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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