



SÖKANDE

Fin entreprenad group i norden AB , 559140-5112

MOTPART

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB, 556935-7501

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

KONKURRENSVERKET	
20190830	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB (ESEM) genomför en upphandling benämnd Mark- och förläggningssentreprenad EL UH 19-12 (Upphandlingen). Upphandlingen består av sju anbudsområden och genomförs som förenklat förfarande enligt LUF. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med lägst pris per anbudsområde. I upphandlingen inkom åtta anbud. ESEM meddelade den 8 april 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Fin Entreprenad Group Norden AB, Hellsténs Bygg och Entreprenad i Eskilstuna AB, MR Sörmland och TA Gräv & Schakt AB antogs som entreprenörer. Den 26 april 2019 återkallades tilldelningsbeslutet eftersom Fin Entreprenad Group Norden AB (FEGAB) och MR Sörmland inte bedömdes uppfylla i upphandlingsdokumentet ställt krav avseende anbudsgivares registrering hos Elsäkerhetsverket. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades den 2 maj 2019 i vilket All-Entreprenad & Konsult i Eskilstuna AB, Hellsténs Bygg och Entreprenad i Eskilstuna AB, Morberg anläggning AB och TA Gräv & Schakt AB antogs som entreprenörer.

FEGAB begär överprövning av upphandlingen och yrkar att rätten undanröjer tilldelningsbeslutet från den 2 maj 2019 och att upphandlingen ska göras om.

ESEM anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

FEGAB

Upphandlingen har genomförts på ett bristfälligt sätt då ESEM har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap 1 § LUF om att den upphandlande enheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Upphandlingen ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. ESEM:s nuvarande avtal med sina leverantörer går ut den 1 juli 2019. Att aktivt förkasta anbud med motiveringen att företaget inte är registrerat hos Elsäkerhetsverket två månader innan eventuellt avtal kan bli aktuellt är inte i enlighet med proportionalitetsprincipen. FEGAB och dess anställda uppfyller samtliga krav som ställs i elsäkerhetslagen och har företaget registrerat hos Elsäkerhetsverket när ett avtal är upprättat och i produktion vad gäller kabelförläggning. Vidare är FEGAB registrerat hos Elsäkerhetsverket.

ESEM bryter också mot proportionalitetsprincipen genom att den sanningsförsäkran som ska bifogas till upphandlingen gäller för en annan upphandling nämligen Materialhanterare UH 18-54. Detta medför att samtliga lämnade anbud inte har lämnat in en sanningsförsäkran för nu aktuell upphandling vilket är ett krav enligt upphandlingsdokumentet. Upphandlingen har därmed så omfattande brister att ingen anbudsgivare motsvarar ställda krav.

ESEM har även brutit mot 12 kap 5 § LUF genom att använda sig av muntlig kommunikation vid referensupptagningen trots att man har använt sig av det dynamiska inköpssystemet Tendsign. ESEM har enbart använt sig av muntlig kommunikation vad gäller FEGAB:s lämnade referens utan att ha gett FEGAB tillfälle att yttra sig.

FEGAB har till följd av bristerna i upphandlingen lidit ekonomisk skada.

ESEM

Det framgår klart av de administrativa föreskrifterna AFB.5215 att det är anbudsgivaren som genomför aktuella kabelförläggningsarbeten som ska uppfylla kraven som ställs enligt elsäkerhetslagen. Av FEGAB:S anbud framgår inte att FEGAB avser att anlita annan part som uppfyller kraven. I enlighet med likabehandlingsprincipen får en upphandlande enhet inte efterge eller bortse från sådana krav som ställs i upphandlingsdokumentet. Vidare utgörs registrering hos Elsäkerhetsverket av en auktorisation. Eftersom beslut fattas av tredje part kan varken ESEM eller FEGAB garantera att kravet om registrering uppfylls vid avtalsstart.

Under punkt 5.1 i upphandlingsdokumentet ska anbudsgivarna bifoga en undertecknad bilaga benämnd ”Anbuds undertecknande och sanningsförsäkran”. Att det i texten i bilagan finns ett annat upphandlingsnamn än nu förevarande upphandlings namn beror på en felskrivning.

ESEM har inte heller brutit mot LUF genom att använda sig av muntlig kommunikation vid referensupptagningen eftersom aktuell upphandling inte är gjord med ett dynamiskt inköpssystem.

ESEM har sammanfattningsvis genomfört upphandlingen i enlighet med vad som föreskrivits i upphandlingsdokumentet och i enlighet med LUF och

de gemenskapsrättsliga principerna. FEGAB har inte visat att de lidit någon skada i den aktuella upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen 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 (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LUF. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parterna åberopar (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan om krav på registrering hos Elsäkerhetsverket

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande.

AFB.5215 Kabel- och rörförläggning

Efter införandet av nya elsäkerhetslagen ställer elnätsbranschen krav på att alla som utför dessa arbeten ska ha genomgått EBR Kabelförläggning

där giltighetstiden är fem år. Även de som gått "EBR Kabelförläggning i mark enligt KJ41" eller har uttagen behörighet i "BB3 Kabelförläggning i mark" och där utbildningen är äldre än fem år, måste genomgå EBR Kabelförläggning. De Anbudsgivare som genomför kabelförläggningsarbetena ska i sina egenkontrollprogram kunna visa att samliga personer som deltar i arbetet har genomgått lämplig utbildning. Även personer som planerar, leder och utför arbeten med kabelförläggning ska ha genomgått utbildning och tillgodogjort sig kunskap enligt dokument, Krav vid kabelförläggning, vilket också ska kunna styrkas med EBRintyg. Beställaren kan under såväl anbuds- som avtalstiden begära intyg för ovanstående.

Kabelförläggning

De Anbudsgivare som finns registrerade för verksamhetstypen Kabelförläggning i Elsäkerhetsverkets register, undantas från lagkravet att ha en auktoriserad elinstallatör knuten till verksamheten. Däremot ska de uppfylla övriga krav i elsäkerhetslagen, exempelvis krav på utförande, egenkontrollprogram och registrering.

Förvaltningsrätten finner att det av ovanstående lydelse i upphandlingsdokumentet framgår att det är anbudsgivaren som ska uppfylla de krav som ställs enligt elsäkerhetslagen varav ett av kraven är registrering hos Elsäkerhetsverket. I upphandlingsprotokoll av den 2 maj 2019 anges som en av två grunder att inte godta FEGAB som leverantör att FEGAB inte är registrerad hos Elsäkerhetsverket. ESEM har således vid leverantörsprövningen ansett att kravet på registrering ska vara uppfyllt redan vid anbudsgivning. Eftersom obligatoriska krav som huvudregel ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsgivandet finner inte heller förvaltningsrätten att kravet bör tolkas på annat sätt (jfr bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 juni i mål nr 3150-14). Att kräva att anbudsgivaren ska vara registrerad hos Elsäkerhetsverket innan avtal har slutits kan inte heller anses vara för långtgående eller för ingripande med hänsyn till kravets syfte och står därmed inte i strid med proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten finner därvid att FEGAB vid tiden för anbudsgivning inte uppfyllde ställt obligatoriskt krav. Vad FEGAB

anfört i målet förändrar inte denna bedömning. Skäl har således funnits att inte uppta dess anbud till slutlig anbudsutvärdering.

Frågan om sanningsförsäkran avseende annan upphandling

I upphandlingsdokumentet stadgas att anbudsgivarna ska bifoga en under-tecknad bilaga benämnd "Bilaga. 06 Anbuds undertecknande och sanningsförsäkran". I bilagan finns en rad i vilken namnet på en annan upphandling anges. Mot bakgrund av att bilagan är kopplad till aktuell upphandling och ska inges av anbudsgivarna i densamma finner dock förvaltningsrätten att varken FEGAB eller någon annan anbudsgivare rimligen kan ha trott att bilagan ifråga till följd av detta avsåg något annat än nu aktuell upphandling. Förvaltningsrätten ser därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Inte heller på någon annan av FEGAB åberopad grund finner förvaltningsrätten skäl att ingripa mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LUF. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05)

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Frida Schiefauer



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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 nyårs-afton, 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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.