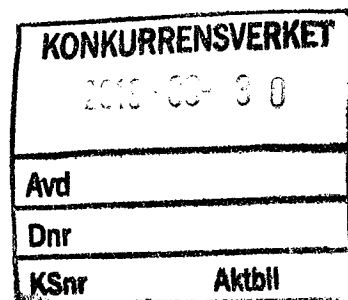




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-08-30
Meddelad i Linköping

Mål nr
3419-18



SÖKANDE

Swedish Office Consulting AB, 559017-3570

MOTPART

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB, 556935-7501

Ombud: Biträdande jurist Anders Skåål
Advokatfirman Glimstedt KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjnings-
sektorerna (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 338360

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB (nedan Beställaren) genomför ramavtalsupphandlingen ”Upphandlingskonsulter” (dnr UH 18-17). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LUF med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingen är indelad i tre anbudsområden; ”Varor och Tjänster”, ”Entreprenad” och ”IT”, och anbud kan lämnas på ett eller flera anbudsområden. Beställaren avser att teckna ramavtal med högst tre leverantörer för respektive anbudsområde.

Den 11 april 2018 fattades tilldelningsbeslut genom vilket leverantörer antogs och rangordnades för respektive anbudsområden. Swedish Office Consulting AB (nedan Bolaget) antogs och rangordnades som nummer två för anbudsområdet ”Varor och Tjänster” och som nummer ett för anbudsområdet ”Entreprenad”.

Den 23 april 2018 beslutade Beställaren att avbryta upphandlingen och som grund för avbrytandebeslutet angavs i huvudsak att det förelåg en bristande tydlighet i upphandlingsdokumenten vad gäller konsulternas erfarenhet. Beställaren bedömde därmed att upphandlingsdokumenten inte uppfyllde de krav som följer av LUF.

Bolaget ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar i första hand att det ska upphävas vad avser anbudsområdena ”Varor och Tjänster” och ”Entreprenad”. I andra hand yrkas att avbrytandebeslutet i sin helhet ska upphävas.

Beställaren bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Den 23 april 2018 meddelade Beställaren att upphandlingen hade avbrutits och skäl för detta angavs. Samma dag skickade Beställaren ut ett nytt meddelande där skälen till avbrytandebeslutet utvecklades och det angavs bl.a. att Beställaren fått påpekanden från anbudsgivare. Eftersom Bolaget ansåg att några brister inte förelåg, framställdes en begäran om att Beställaren skulle lämna ut samtliga handlingar där angivna påpekande från anbudsgivare avseende brister i upphandlingsdokumentet förekom. Beställaren lämnade då ut en ansökan om överprövning från en anbudsgivare, som dock aldrig hade getts in till förvaltningsrätten. Ansökan avsåg endast anbudsområdet "IT" och innehöll två yrkanden. Enligt förstahandsyrkandet skulle Beställaren beträffande anbudsområdet "IT" göra en ny anbudsutvärdering där anbudet från Ecenea inte skulle beaktas eftersom kravet avseende offererade konsulter kompetens inte var uppfC-92/00 yllt. I andra hand yrkades att upphandlingen avseende anbudsområdet "IT" skulle göras om.

Både utvärderingsmodell och krav på konsulternas kompetens och erfarenhet uppfyller lagens krav på transparens. Det framgår också med önskvärd tydlighet hur anbudsgivarna ska styrka att konsulterna uppfyller kraven, det vill säga genom bifogade meritförteckningar. Det är inte möjligt att misstolka kravet beträffande att offererade konsulter ska inneha goda kunskaper om LOU och LUF och dess tillämpning och gällande praxis. Kravet är transparent och formulerat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka det på samma sätt.

Beställaren har nu gjort gällande att otydligheten även består i att upphandlingsdokumentet inte ger någon närmare ledning i vad som krävs i kompetensnivå för att nå upp till kravnivån samt att det därmed har kunnat tolkas

olika vilken miniminivå som krävs. Detta är en efterhandskonstruktion. Varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare måste förstå att offererade konsulter ska ha kunskaper inom LUF. Den omständigheten att Eceneas offererade konsulter inte hade efterfrågad kompetens kan inte bero på att bolaget misstolkat upphandlingsdokumentet eller att detta varit otydligt. Den aktuella bristen är alltså hänförlig till Eceneas anbud och inte till upphandlingsdokumentet.

Om det har begåtts något fel i upphandlingen så är det att Beställaren kvalificerat ett anbud som rätteligen borde ha diskvalificerats. Den korrekta åtgärden för att åtgärda felet hade varit att göra en ny utvärdering för det aktuella anbudsområdet utan det bristfälliga anbudet. Beställaren kunde också ha återkallat tilldelningsbeslutet i dess helhet för att därefter göra en ny utvärdering avseende samtliga tre anbudsområden. För anbudsområdena "Varor och Tjänster" och "Entreprenad" hade en sådan förnyad utvärdering sannolikt lett till samma resultat som tilldelningsbeslutet den 11 april. Det är emellertid inte en korrekt åtgärd att avbryta upphandlingen och därmed ge Ecenea en ny chans att inkomma med anbud. Den omständigheten att en anbudsgivare har lämnat ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen är inte i sig tillräckligt bevis på att upphandlingsdokumentet är otydligt och att sakliga skäl att avbryta upphandlingen föreligger.

Att en leverantör har haft för avsikt att ansöka om överprövning av upphandlingen är för allmänt hållet för att Beställaren ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda gällande att avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbara skäl. Det finns ingenting i upphandlingsdokumentet som ger stöd för uppfattningen att utvärderingsmodellen och kraven på kompetens har sådana brister att det finns en risk att de grundläggande upphandlingsprinciperna satts ur spel. Det kan tilläggas att det endast inkom fem frågor från leverantörerna under anbudstiden. Ingen av frågorna rörde utvärderingsmodellen eller kravet på konsulternas kunskaper om LUF. Detta är en indikation på att utvärde-

ringsmodellen och kravet på goda kunskaper om LUF och dess tillämpning och gällande praxis var tillräckligt transparenta. Genom att Beställaren har avbrutit upphandlingen har Bolaget lidit skada.

Beställaren

Den 23 april 2018 skickades en underrättelse till anbudsgivarna om att upphandlingen hade avbrutits. Samma dag kompletterades underrättelsen med utförligare information om skälen till beslutet. Att avbrytande skedde efter det att tilldelningsbeslut hade fattats medför ingen skillnad för frågan om sakliga skäl förelegat. Av de grundläggande upphandlingsprinciperna och rättspraxis följer att den upphandlande enheten har en skyldighet att rätta till brister i en upphandling under hela upphandlingsförfarandet. Om, som i förevarande fall, bristen är hänförlig till upphandlingsdokumentet och sista anbudsdag är passerad återstår ingenting annat än att avbryta upphandlingen och göra om densamma.

Upphandlingen avbröts med anledning av konstaterade brister i avsnitten 4.1 och 4.2 i upphandlingsdokumentet. Vid en fördjupad granskning kunde det konstateras att kravet på att offererade konsulter ska ha ”goda kunskaper om LOU och LUF och dess tillämpning och gällande praxis” och kravet på att ”anbudsgivaren ska styrka att offererade konsulter uppfyller krav enligt 4.1 och 4.2 i bifogade meritförteckningar” innefattade ett större mått av godtycklighet. Det enda som var möjligt att sluta sig till var att anbudsgivaren skulle inge meritförteckning till styrkande av ”goda kunskaper” inom efterfrågade lagstiftningar. Någon närmare ledning i vad som krävs i kompetensnivå för att uppnå kravnivån gavs emellertid inte. Vilken miniminivå beträffande kompetens som krävs har följaktligen kunnat tolkas högst olika. Minst två av anbudsgivarna har gjort en högst väsentlig skillnad i tolkning. Efter att tilldelningsbeslut meddelades uppmärksammades bristerna i upphand-

lingsdokumenten. För att undanröja bristerna återstod endast att avbryta upphandlingen.

Det finns ingen skyldighet för anbudsgivarna vare sig att ställa frågor eller påtala brister under anbudstiden i avsaknad av en preklusionsfrist. Därmed saknar den omständigheten att det inte inkommit några frågor under anbudstiden som tagit sikte på berörda avsnitt i upphandlingsdokumenten betydelse.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande enhet har inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Det krävs inte heller att det föreligger en undantagssituation eller att det finns tungt vägande skäl för att en upphandling ska kunna avbrytas. Ett beslut att avbryta en upphandling får dock inte vara godtyckligt utan måste vila på sakligt godtagbara skäl och vara förenligt med de grundläggande bestämmelserna i föredraget (jfr mål C-27/98, mål C-92/00, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande enheten som har att visa att det funnits godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

En upphandlande enhet bör ges betydande utrymme att utforma en anbudsfrågan så att den bäst passar det inköpsbehov som föreligger. Den omständigheten att ett publicerat upphandlingsdokument i någon del inte är tydligt rörande vad som efterfrågas eller vad den upphandlande myndigheten önskar fästa avseende vid har därför ansetts utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta ett upphandlingsförfarande (jfr mål C-244/02). Vidare har en upphandlande enhet möjlighet att avbryta upphandlingen till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande enhet ska ange skälen för sitt avbrytandebeslut, men några krav på att den genom ett sådant beslut

måste ange alla omständigheter som ligger till grund för detsamma finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 93-12). Mot denna bakgrund, samt med hänsyn till att Bolaget har getts tillfälle att bemöta vad Beställaren har tillfört målet i denna del, föreligger det inte något formellt skäl mot att pröva samtliga de skäl som framfört till stöd för avbrytandebeslutet.

Beställaren har som skäl för avbrytandebeslutet i huvudsak angett att det aktuella kravet rörande offererade konsulter kompetens i avsnitten 4.1 och 4.2 i upphandlingsdokumentet brister i transparens och innefattar ett större mått av godtycklighet samt att det krävs ett förtydligande. Som Beställaren har framhållit ges det i upphandlingsdokumentet inte någon närmare ledning i vad som krävs för att nå upp till kravnivån ”goda kunskaper”. Vilken miniminivå beträffande kompetens som har krävts har därmed kunnat tolkas olika.

De angivna bristerna, som rör ett obligatoriskt krav som bedöms vara av stor betydelse för tilldelningen av ramavtal, kan ha påverkat potentiella anbudsgivares intresse och förutsättningar att delta i upphandlingen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Beställaren har haft sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet och att detta inte varit godtyckligt. Vad Bolaget har anfört ger inte tillräckligt stöd för att avbrytandebeslutet skulle vila på annan grund än brister i upphandlingsdokumentet. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF har åsidosatts genom beslutet att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Christine Lindström
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Robert Larsson.



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.