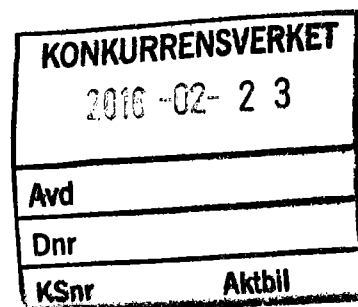




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-02-22
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4782-15
4784-15



SÖKANDEN

1. Infratek Sverige AB, 556702-6934 (*mål nr 4782-15*)
Box 42002
126 12 Stockholm

2. Krafringen Service AB, 556511-6398 (*mål nr 4784-15*)
Box 25
221 00 Lund

Ombud för 2: Advokaten Andreas Lindström och jur. kand. Linnea Gustafsson

Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPARTER

1. Eksjö Elnät AB, 556486-7660
575 80 Eksjö

2. Nässjö Affärsverk Elnät AB, 556526-1459
571 80 Nässjö

3. Nässjö kommun
Tekniska Serviceförvaltningen
571 80 Nässjö

Ombud för 1–3: Advokaterna Jan Stålhandske och Anna Frölander Öberg
Advokatfirman Oebergs AB
Sveavägen 17, XVIII
111 57 Stockholm

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

Det antecknas att förvaltningsrätten i mål nr 4782-15 har berett Vattenfall Services Nordic AB tillfälle att yttra sig i målet, men att Vattenfall Service Nordic AB valt att avstå. Vidare antecknas att förvaltningsrätten i mål nr 4784-15 har berett Infratek Sverige AB och Vattenfall Services Nordic AB tillfälle att yttra sig i målet, men att yttranden inte inkommit från något av de nämnda bolagen.

Dok.Id 184319

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

De som motparter benämnda upphandlande enheterna (Enheterna) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande för tilldelning av kontrakt avseende *dels* drift, underhåll, service och felavhjälpning samt om- och nybyggnation av eldistributionsanläggningar, *dels* nybyggnation, underhåll och drift av gatljus och offentlig belysning. Genom tilldelningsbeslut har andra leverantör än Infratek Sverige AB (Infratek) och Krafringen Service AB (Krafringen) antagits. Såväl Infratek som Krafringen har ansökt om överprövning.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingens föremål och syfte

Upphandlingen avser särskilt entreprenadarbeten på distributionsanläggningar 0,4 kV–52 kV belägna inom Eksjö Elnät AB:s och Nässjö Affärsverk Elnät AB:s koncessionsområde inom Eksjö och Nässjö kommuner. Entreprenadarbetena ska antingen utföras som totalentreprenad eller som utförandeentreprenad, beroende på vad de upphandlande enheterna uppger vid varje beställning. Om de upphandlande enheterna inte anger något särskilt vid respektive beställning ska de ifrågavarande entreprenadarbetena utföras som totalentreprenad. Därvid tillämpas antingen Allmänna bestämmelser för totalentreprenad avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten (ABT 06) eller Allmänna bestämmelser avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (AB 04). Avsedd avtalsperiod är fyra år, med möjlighet till maximalt två års förlängning.

Anbudsprövningen

Som tilldelningsgrund tillämpas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån tilldelningskriterierna pris (90 procent) och referenser (10 procent).

Först prövas om anbuderna uppfyller samtliga obligatoriska krav (ska-krav) som uppställs i förfrågningsunderlaget. Samtliga obligatoriska krav måste vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudslämnande. De obligatoriska kraven föregås av ordet ska i fetstil och anbudet ska innehålla en uttrycklig bekräftelse på att kravet är uppfyllt. När det anges att leverantören till sitt anbud ska bifoga en handling ska leverantören ange på vilken plats i anbudet aktuell handling finns. Anbud som innehåller uppgifter som i förhållande till de i förfrågningsunderlaget efterfrågade uppgifterna är felaktiga eller ofullständiga kommer att förkastas så snart felaktigheterna upptäcks. Bland de obligatoriska kraven återfinns bl.a. följande:

- Anbud ska lämnas in i original och vara undertecknat av för leverantören behörig företrädare.
- Leverantören ska ha antagit Elsäkerhetsanvisningarna (ESA) energiföretagens gemensamma säkerhetsanvisningar.
- Leverantören ska tillse att dennes personal har erforderlig kompetens för entreprenadernas utförande, innebärande bl.a. kontinuerlig fortbildning i ESA och erforderliga utbildningar.

I avsnitt 5, Övrigt (som kommer att följa av det avtal som ingås med leverantör), punkt 5.1, Verksamhetsövergång i Nässjö Affärsverk Elnät AB, anges följande:

De verksamheter som upphandlingen avser vad gäller Nässjö Affärsverk Elnät AB bedrivs för närvarande i egen regi. Efter genomförd upphandling ska dessa verksamheter övergå till leverantören liksom de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren, om arbetstagaren väljer att inte kvarstå som anställd hos Nässjö Affärsverk Elnät AB. Nässjö Affärsverk Elnät AB är dock ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Anställningsavtalet och anställningsförhållandet ska inte övergå till leverantören

om arbetstagaren motsätter sig detta (se vidare 6 b § lagen [1982:80] om anställningsskydd). Entreprenören upplyses om att 28 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet blir tillämplig när ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet övergår från en arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal till en ny arbetsgivare. Personalen enligt bilaga 1 ska hanteras som en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS och nuvarande anställningsvillkor ska inrangeras till minst samma värde under minst hela avtalsperioden. För ytterligare information avseende nuvarande personal se bilaga 1.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fyra leverantörer har lämnat anbud och samtliga ansågs kvalificerade. Vid utvärderingen antogs anbudet från Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall) såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. Infrateks anbud placerades på andra plats vid anbudsutvärderingen och Krafringens anbud placerades på tredje plats.

YRKANDEN

Infratek yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Vattenfalls anbud ska förkastas.

Krafringen yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Krafringen att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbuderna från Vattenfall och Infratek ska förkastas.

Enheterna anser att Infrateks ansökan ska avslås samt att ansökan från Krafringen i första hand ska avvisas och i andra hand avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Infratek

Inställning

Enheterna har brutit mot LUF genom att anta Vattenfalls anbud trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav (ska-krav). Vattenfall har inte i sitt anbud uttryckligen bekräftat att relevanta krav är uppfyllda och det framgår inte av anbudet att Vattenfall uppfyller kravet på att Vattenfall har antagit ESA. Vattenfalls anbud skulle således rätteligen ha förkastats. Om felet i upphandlingen inte förekommit hade Infrateks anbud ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Avsaknad av uttrycklig bekräftelse

Vattenfall har inte i sitt anbud uttryckligen bekräftat att samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav är uppfyllda. Detta trots att det uppställts ett obligatoriskt krav på att lämna sådan bekräftelse. Enheternas påstående att förfrågningsunderlagets föreskrift ”De obligatoriska kraven föregås av ordet ska i fetstil och anbudet ska innehålla en uttrycklig bekräftelse på att kravet är uppfyllt” inte ska uppfattas som ett obligatoriskt krav, eftersom ordet ska före innehålla inte står i fetstil, är felaktigt. Det saknas utrymme för annan tolkning än att Enheterna begärt en uttrycklig bekräftelse på att de obligatoriska kraven är uppfyllda och att detta i sig utgör ett ska-krav. Vad gäller att Vattenfall allmänt har åtagit sig att utföra entreprenaden enligt förfrågningsunderlaget kan detta inte anses utgöra en uttrycklig bekräftelse på att de särskilda obligatoriska kraven är uppfyllda. Ett sådant åtagande tar istället sikte på genomförandet av entreprenaden, d.v.s. under kontraktstiden, och säger ingenting om uppfyllelsen av upphandlingsföreskrifterna. Avseende Vattenfalls påstående om att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen så är det krav som är föremål för bola-

gets ansökan inte ett formaliakrav som saknar relevans. Tvärtom handlar det om ett materiellt krav av avsevärd betydelse, nämligen huruvida Vattenfall har antagit ESA.

Antagande av ESA

Det kan inte utläsas av Vattenfalls anbud att bolaget har antagit ESA. Uppställt obligatoriskt krav angående antagande av dessa anvisningar uppfylls därför inte.

Att Vattenfall i förbigående när det gäller utbildning har angivit ”Samtliga planerare, beredare, provare och montörer inom Vattenfall har utbildning i ESA 14 avdelning C” innebär inte att Vattenfall har bekräftat att bolaget har antagit ESA.

Kraftringen

Inställning

Enheterna har brutit mot LUF genom att i strid med de grundläggande principerna om proportionalitet och öppenhet föreskriva att anbudsgivarna vid eventuell tilldelning av kontrakt också ska överta en inte närmare preciserad verksamhet (annat än att den berör fem anställda). Detta har medfört att Kraftringen inte haft adekvat möjlighet att lämna sitt bästa anbud. Kraftringen har därför lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Enheterna har i strid med LUF tillämpat reglerna om förenklat upphandlingsförfarande. Därigenom har Kraftringen förlorat viss möjlighet att inom ramen för en förhandling förtydliga villkoren för aktuell verksamhetsövergång. Kraftringen har således lidit skada i LUF:s mening av att fel upphandlingsförfarande tillämpats.

För det fall förvaltningsrätten inte skulle finna skäl att förordna att upphandlingen ska göras om på ovan angivna grunder finns ändock skäl att förordna att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att anbudet från Vattenfall och Infratek ska förkastas. Detta då Enheterna i strid med förfrågningsunderlagets föreskrifter antagit anbud som inte uppfyller uppställt obligatoriskt krav på att anbudet ska vara undertecknat av behöriga företrädare. Anbudet skulle således rätteligen ha förkastats. Om felet i upphandlingen inte hade förekommit hade Krafringens anbud ansetts ekonomiskt mest fördelaktigt. Krafringen har därför lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Talerätt

Krafringen är en leverantör i upphandlingsrättslig mening; d.v.s. en ekonomisk aktör på marknaden. Vidare innehåller LUF inga bestämmelser om att offentligtreglerade rättssubjekt inte får delta i offentliga upphandlingar. Dessutom krävs för att ett aktiebolag ska vara bundet av exempelvis den kommunalrättsliga lokaliseringsprincipen, att den skrivits in i aktiebolagets bolagsordning. Bolaget har inga kommunala kompetensbegränsande principer inskrivna i sin bolagsordning. Oavsett vilka begränsningar som enligt kommunallagen kan gälla för bolagets ägarkommuner, så omfattas bolaget inte av dessa.

Brott mot proportionalitetsprincipen

Förfrågningsunderlagets krav på att anbudsgivarna vid eventuell tilldelning av kontrakt också ska överta en inte närmare preciserad verksamhet (annat än att den berör fem anställda) är oproportionerligt dels eftersom det förpliktar anbudsgivarna att acceptera att överta för dem helt okända rättigheter och skyldigheter (i strikt avtalsrättslig mening torde kravet utgöra ett uppenbart oskäligt avtalsvillkor som kan lämnas utan avseende enligt 36 § avtalslagen), dels eftersom det inte utifrån förfrågningsunderlaget kan förutsättas att det är nödvändigt att överta den inte preciserade verksamheten för att utföra de tjänster som upphandlas).

Brott mot öppenhetsprincipen

Det aktuella kravet strider även mot öppenhetsprincipen. Det finns inte någon närmare precisering av vilken verksamhet överlåtelsen avser, inte heller någon mer ingående beskrivning av kontraktsvillkoren. Anbudsgivarna har därför saknat möjlighet att bedöma riskerna som är förenade med ingående av kontraktet. Det innebär att anbudsgivarna inte heller har haft någon reell möjlighet att prissätta risken. Visserligen har lönerna för den personal som anges omfattad av den tilltänkta verksamhetsövergången angetts, men vilka kostnader i övrigt som följer därav är helt okänt. Krafteringen har inte haft adekvat möjlighet att lämna sitt bästa anbud och har därför lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Detta har visserligen gällt samtliga anbudsgivare, men ett upprätthållande av likabehandlingsprincipen utgör inte ett tillräckligt skäl för ett brott mot öppenhetsprincipen av det slag varom nu är fråga.

Upphandlingen avser drift och underhåll av eldistributionsanläggningar samt belysningsanläggningar. En sådan verksamhet är inte möjlig att driva med enbart personal. Överhuvudtaget är det svårt att tänka sig annat än någon renodlad intellektuell konsultverksamhet som kan sägas bestå endast av personella resurser. De nu aktuella verksamheterna gör det inte. För att kunna ombesörja drift och underhåll av en eldistributions- eller belysningsanläggning krävs omfattande utrustning, t.ex. kranbilar och diverse specialverktyg. Ett övertagande av endast personal i ett fall som detta utgör mot denna bakgrund inte en s.k. going concern (verksamhetsövergång).

Antingen avser begreppet verksamhetsövergång i förfrågningsunderlaget endast en övergång av personal eller så innefattar det något mera som inte klart framgår. Om förfrågningsunderlaget bara avser en övergång av personal är de s.k. Spijkers-kriterierna, som formulerats av EU-domstolen i mål C-24/85, *Spijkers*, inte uppfyllda och det är då inte fråga om någon s.k. going concern (verksamhetsövergång). Villkoret om att överta personal är i så

fall diskriminerande och strider mot upphandlingslagstiftningen. Om begreppet verksamhetsövergång istället ska förstås som att även något mer än personalen övertas, d.v.s. så att det blir fråga om en going concern, så är detta alltför otydligt angivet och förfrågningsunderlaget brister då i fråga om öppenhet.

Felaktigt upphandlingsförfarande

Upphandlingen har genomförts med tillämpning av reglerna om förenklat upphandlingsförfarande trots att fråga uppenbart varit om ett kontraktsvärde som vida överstiger tröskelvärdena för s.k. direktivstyrda upphandlingar. Eftersom LUF är tillämplig får det förutsättas att Enheterna vid en korrekt tillämpning av lagen hade valt ett förhandlat upphandlingsförfarande. I sådant fall hade det i vart fall funnits viss möjlighet att inom ramen för en förhandling förtydliga villkoren för verksamhetsövergången. Kraftningen har således lidit skada i LUF:s mening av att fel upphandlingsförfarande tillämpats.

Felaktig anbudsprövning

Anbuden från Vattenfall och Infratek har undertecknats av respektive bolags VD trots att det klart framgår av förfrågningsunderlaget att anbuden ska vara undertecknade av behörig företrädare. Eftersom det inte av de till anbuden fogade registerutdragen framgår annat än att respektive VD har rätt att teckna bolagets firma för löpande förvaltningsåtgärder har anbuden inte varit behörigen undertecknade. Förvärv eller övertagande av en verksamhet inklusive personal, däri inkluderat frågor beträffande kollektivavtal (se punkten 5.1 tredje stycket i förfrågningsunderlaget), är inte en sådan löpande förvaltningsåtgärd som VD enligt 8 kap. 29 § aktiebolagslagen är behörig att teckna bolagets firma för. Även om förvaltningsrätten inte skulle finna skäl att förordna att upphandlingen ska göras om finns ändock skäl att förordna att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att anbuden från Vatten-

fall och Infratek ska förkastas. Detta medför att Krafringens anbud ska antas som det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Enheterna

Inställning till Infrateks ansökan

De har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF och inte heller mot någon annan bestämmelse i LUF. Vattenfall har i sitt anbud visat att samtliga obligatoriska krav uppfyllts.

Avsaknad av uttrycklig bekräftelse (Infrateks ansökan)

I förfrågningsunderlaget anges:

De obligatoriska kraven föregås av ordet ska i fetstil och anbudet ska innehålla en uttrycklig bekräftelse på att kravet är uppfyllt.

Ordet ska före innehålla i citatet är dock inte i fetstil, vilket uttryckligen i texten anges vara en förutsättning för att något ska utgöra ett obligatoriskt krav. Det är alltså inte fråga om ett formellt eller materiellt obligatoriskt krav utan endast en anvisning om att det bör framgå av anbudet att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Däremot krävs det inte att det uttryckligen skrivs i anbudet att anbudsgivaren bekräftar att ett ska-krav är uppfyllt. Detta blir tydligt om man t.ex. studerar det obligatoriska kravet om att anbudet ska vara skriftligt och på svenska. Om innebörden skulle vara den som Infratek gör gällande skulle detta medföra att anbudsgivarna skulle tvingas bekräfta att de uppfyller det obligatoriska kravet om att anbudet ska vara skriftligt och på svenska. Detta torde visa att Infrateks tolkning är felaktig. Vidare har Vattenfall i sitt anbud angivit:

Vi åtager oss att utföra entreprenaden *enligt Ert förfrågningsunderlag* (Enheternas kursivering)

Den kursiverade delen av citatet innebär att anbudet innehåller en uttrycklig bekräftelse på att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda. Slutligen skulle det ha stått i strid mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet, då samtliga obligatoriska krav var uppfyllda, även om det inte uttryckligen skulle ha angetts att så var fallet. Enheterna har vid anbudsprövningen kontrollerat om anbuderna uppfyllde de obligatoriska kraven eller inte och har då konstaterat att Vattenfalls anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Uppgifterna i anbudet utgör i sig tillräckligt underlag för att Enheterna ska kunna bedöma om Vattenfall uppfyller samtliga obligatoriska krav, även om Enheterna också skulle ha möjlighet att inhämta denna information från andra källor. Infratek har inte ens ifrågasatt att Vattenfall uppfyller samtliga obligatoriska krav. Genom att det uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget att Enheterna kommer att kontrollera om de obligatoriska kraven är uppfyllda, markeras tydligt att begäran om bekräftelse från anbudsgivaren om att så är fallet har en underordnad betydelse.

Antagande av ESA (Infrateks ansökan)

Vattenfall har i anbudets bilaga 2, ”Kompetensutveckling och kompetensförstärkning och HSSE i VSN” på första sidan under rubriken ”ESA-Utbildning” angivit att ”Samtliga planerare, beredare, provare och montörer inom Vattenfall har utbildning i ESA 14 avdelning C”.

Inställning till Krafringens ansökan

Krafringen bör inte anses vara en leverantör på marknaden i den mening som avses i 16 kap. 4 § LUF och dess ansökan bör därför avvisas. Även om Krafringen skulle anses vara en leverantör bör ansökan ändå avvisas. Eftersom Krafringen i vart fall inte lidit och inte heller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

För det fall Krafringen anses ha talerätt så har Enheterna inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF och inte heller mot någon annan bestämmelse i LUF. Behörig företrädare för Vattenfall och Infratek har undertecknat respektive anbud.

Talerätt (Krafringens ansökan)

Krafringen är genom sitt ägande att anse som ett kommunalt bolag och har att följa de regler som gäller för kommunal verksamhet. Krafringens anbud står i strid med den s.k. lokaliseringsprincipen i kommunallagen. Krafringen har därmed överskridit sin behörighet genom att lämna anbud i upphandlingen.

Brott mot proportionalitetsprincipen (Krafringens ansökan)

Det har bedömts lämpligt att den vinnande anbudsgivaren tar över viss verksamhet och att det då är nödvändigt att det sker en verksamhetsövergång avseende de anställda i verksamheten. Syftet med kraven har ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen och är lämpliga, effektiva och nödvändiga i förhållande till föremålet och bibehållandet av den aktuella tjänstens kvalité.

Av förfrågningsunderlaget framgår att de tjänster som efterfrågas avseende Nässjö Affärsverk Elnät AB för närvarande utförs av bolaget självt, samt att denna verksamhet kommer att överföras till vinnande anbudsgivare. Det torde inte vara en ovanlig situation att en upphandlande enhet önskar upphöra med att utföra tjänster i egen regi och därför vill att utförandet ska tas över av annan. Då fråga är om en befintlig verksamhet för vilken en utförare eller entreprenör efterfrågas är det korrekt, och inte heller ovanligt, att i förfrågningsunderlaget ange att detta arbetsrättsligt är att anse som en verksamhetsövergång, med den arbetsrättsliga verkan detta har för anbudsgivarna enligt 6b § LAS. I enlighet med förfrågningsunderlaget gäller överlåtelsen endast personal och inte inkråm. Det är således endast arbetsrättsliga

aspekter som aktualiseras i förekommande fall, vilket inte torde höra till ovanligheterna i upphandlingsrättsliga sammanhang.

Just de verksamheter som upphandlas, vad gäller Nässjö Affärsverk Elnät AB, bedrivs för närvarande i egen regi. Den vinnande leverantören ska överta dessa verksamheter och anställningsavtalen för arbetstagaren ska övergå till leverantören (om arbetstagaren inte motsätter sig detta). Detta är utan tvivel fråga om en verksamhetsövergång, oavsett behovet av specialverktyg m.m. Tillräcklig information om villkoren för de anställda har tillhandahållits.

Brott mot öppenhetsprincipen (Krafringens ansökan)

I upphandlingen är fråga om en vid upphandlingar ofta förekommande verksamhetsövergång, vars arbetsrättsliga komplikation tydligt angivits i förfrågningsunderlaget. De krav som följer av öppenhetsprincipen uppfylls därför.

Felaktigt upphandlingsförfarande (Krafringens ansökan)

Krafringens påstående om att kontraktet i upphandlingen avser värden som vida överskrider tröskelvärdena är felaktigt. Tvärtom ligger kontraktsvärdena långt under tröskelvärdena.

Felaktig anbudsprövning (Krafringens ansökan)

Både Infratek och Vattenfall bedriver verksamhet inom det område som avses med upphandlingen. Mot bakgrund av dels respektive verksamhets omfattning, dels verksamheternas storlek inom det område som utgör föremålet för upphandlingen, anser Enheterna att respektive bolags VD är behöriga företrädare vad gäller undertecknande av anbud i upphandlingen. Detta som ett led i respektive bolags löpande verksamhet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och

yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Utredning (mål nr 4782-15)

I förordet till Elsäkerhetsanvisningarna (ESA) anges bl.a. följande. Elsäkerhetsanvisningarna (ESA) är ett exempel på sådana anvisningar som avses i Elsäkerhetsverkets föreskrifter. ESA är ett sätt för elbranschen att följa arbetsmiljölagen och branschens tolkning av svensk standards anvisning för skötsel av elektriska anläggningar (SS-EN 50110). Detta innebär att arbetsgivaren respektive elanläggningsansvarig kan besluta om ESA ska antas i sin helhet eller delvis och/eller kompletteras med ytterligare interna säkerhetsanvisningar för att uppnå en betryggande säkerhet.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledning till prövningen av Infrateks ansökan

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Vad som ovan sagts om LOU gäller på motsvarande sätt vid tillämpning av LUF.

Målet gäller huruvida Infratek förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF genom att i strid med förfrågningsunderlaget anta anbudet från Vattenfall samt om detta i så fall medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada.

Av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF följer att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma om och - i förekommande fall - hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella obligatoriska krav är uppfyllda (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 oktober 2010 i mål nr 2449-10).

Enheterna har valt att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att anbudsgivarna ska visa att aktuella ska krav är uppfyllda dels genom att i anslutning till kraven lämna en uttrycklig bekräftelse om att kraven uppfylls, dels genom att i förekommande fall bifoga en handling och ange på vilken plats i anbudet aktuell handling finns. Bland de krav som anbudsgivaren uttryckligen ska bekräfta att de uppfylls är följande av intresse i målet:

- Leverantören ska ha antagit Elsäkerhetsanvisningarna (ESA) energiföretagens gemensamma säkerhetsanvisningar.
- Leverantören ska tillse att dennes personal har erforderlig kompetens för entreprenadernas utförande, innebärande bl.a. kontinuerlig fortbildning i ESA och erforderliga utbildningar.

Brott mot LUF (Infrateks ansökan)

Såvitt framkommit i målet har Vattenfall inte i sitt anbud uttryckligen bekräftat att bolaget har antagit ESA. Vattenfalls anbud innehåller inte heller någon handling eller annat underlag som bekräftar att Vattenfall har antagit ESA. Att Vattenfall i sitt anbud angivit att dess personal erhåller kontinuerlig fortbildning i ESA är inte en uppgift som uttryckligen bekräftar att Vattenfall har antagit ESA.

Vattenfalls anbud innehåller således inte föreskrivet underlag om uttrycklig bekräftelse på att leverantören har antagit ESA. Vattenfalls anbud innehåller inte heller i övrigt någon uppgift som visar att kravet på att leverantören ska

ha antagit ESA är uppfyllt. Infratek har därmed förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF genom att i strid med förfrågningsunderlaget anta Vattenfalls anbud, trots att detta rätteligen skulle ha förkastats.

Skaderekvisitet (Infrateks ansökan)

Infrateks anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen. Bolaget har därmed förmått göra sannolikt att det lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening genom att Vattenfalls anbud felaktigt utvärderats och antagits.

Talerätt (Krafringens ansökan)

Krafringen tillhandahåller den typen av entreprenad med tillhörande och tjänster som är föremål för upphandling. Krafringen är därmed en leverantör i LUF:s mening. Vidare anser Krafringen att Enheterna brutit mot LUF på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Krafringen har därför talerätt. Eftersom Krafringens ansökan om överprövning även inkommit i rätt tid saknas skäl att avvisa Krafringens ansökan.

Brott mot principerna om proportionalitet och öppenhet (Krafringens ansökan)

Föreskrifterna i punkt 5.1 i förfrågningsunderlaget (se ovan under rubriken BAKGRUND) är inte formulerade på sådant sätt att nämnd verksamhetsövergång är begränsad till att överta rättigheter och skyldigheter enligt anställningsavtal för fem anställda. Att det talas om att verksamhet(er) ska övergå och att 6 b § LAS åberopas medför att det finns ett betydande utrymme för osäkerhet om vilken verksamhet samt vilka rättigheter och skyldigheter vinnande anbudsgivare förväntas ta över. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Krafringen förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF genom att i förfrågningsunderlaget uppställa obligatoriska krav i strid med öppenhetsprincipen enligt 1 kap. 24 § LUF.

Förfrågningsunderlagets föreskrifter är inte utformade som en erinran om möjliga effekter av arbetsrättslig lagstiftning utan som ett obligatoriskt krav i form av ett särskilt kontraktsvillkor enligt LUF. Föreskrifterna har inte gjorts avhängiga av att en sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § LAS är för handen enligt en arbetsrättslig bedömning, utan att de följer som anges i 6 b § LAS ska tillämpas oaktat en sådan bedömning. En föreskrift om att bestämmelserna om verksamhetsövergång ska tillämpas oaktat om en verksamhetsövergång föreligger eller inte i civilrättslig mening är inte nödvändigt och ändamålsenligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet strider därför även mot proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 24 § LUF.

Skaderekvisitet (Krafringens ansökan)

Krafringens anbud kom på tredje plats vid anbudsutvärderingen. Hur anbudet hade sett ut ifall det inte uppställts ett obligatoriskt krav i strid med LUF kan dock inte utrönas. Det är möjligt att Krafringens anbud skulle ha utformats annorlunda och därmed antagits om felet i upphandlingen inte förekommit. Krafringen har därför förmått göra sannolikt att det lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

Felaktigt upphandlingsförfarande och felaktig anbudsprövning (Krafringens ansökan)

Förvaltningsrätten har ovan funnit att Krafringen förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF i upphandlingens konkurrensuppsökande fas och att skaderekvisitet är uppfyllt i förhållande till nämnda fel i upphandlingen. Det saknas därför skäl att pröva Krafringens invändningar mot upphandlingen i rubricerade avseenden.

Val av åtgärd (mål nr 4782-15)

Infratek har förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att skada i LUF:s mening. Felet är inte hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rättelse är därför normalt en tillräckligt ingripande åtgärd. Mot bakgrund av vad som framkommit i mål nr 4784-15 och den bedömning som gjorts i det målet, är rättelse dock inte en lämplig åtgärd i detta fall. Istället finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Val av åtgärd (4784-15)

Kraftringen har förmått göra sannolikt att Enheterna brutit mot LUF på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att även i detta mål förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Thorbjörn Lindvall

Föredragande har varit Ulf Nordberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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