



SÖKANDE

Inlands Luft AB, 556703-8202
Järnväggsgatan 10
890 50 Björna

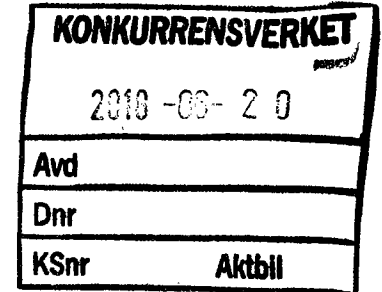
Ombud: Jur dr Tobias Indén
Indén & Co AB
Cirkelgatan 10 B
904 21 Umeå

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd Om- och tillbyggnad, Höglidenskolan E4 Luft med dnr 17-058. Vid upphandlingen tillämpades öppet förfarande. Tilldelningsbeslut fattades den 12 februari 2018 varvid Bravida Sverige AB antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Inlands Luft AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om.

Till stöd för ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingen som inleddes hösten 2017 avsåg fyra olika entreprenader varav del E4 avsåg luftbehandling. Upphandlingen genomfördes som en delad entreprenad där beställaren skulle teckna avtal direkt med de entreprenörer som antagits inom respektive del. Bolaget lämnade den 2 februari 2018 kl. 16.22 anbud i del E4 Luft. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget diskvalificerats eftersom de inte lämnat in en egenförsäkran enligt ESPD alternativt en sanningsförsäkran och bevis eller intyg i enlighet med meddelandena med ID:125108, ID:125118 och ID:125331.

Av upphandlingsföreskrifterna, närmare bestämt AFB 22 (s. 10) anges att förfrågningsunderlaget består av vissa specifika handlingar, däribland ESPD som är frivillig att fylla i. Enligt bilaga ”skakrav” gäller att om anbudslämnaren har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud innebär det att bevis eller intyg ska skickas in på anmodan. Om anbudslämnaren inte har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud innebär det att samtliga bevis eller intyg som begärs in på anmodan ska bifogas anbudet. Bolaget har svarat på samtliga frågor som följer av det elektroniska skakravsformuläret.

Det sätt som kommunen utformat de aktuella upphandlingsdokumenten är inte förenligt med de krav som följer av 4 kap. 1 § LOU. De olika upphandlingsdokumenten är motstridiga då det följer av AFB 22 (s.10) att det är frivilligt att bifoga en ESPD samtidigt som det enligt det elektroniska skakravsformuläret följer att bevis eller intyg som begärs in på anmodan ska bifogas anbudet. Det är således inte tydligt för en ekonomisk aktör om man ska kunna uppvisa vissa bevis eller intyg vid ”anmodan” eller om de oundgängligen ska bifogas anbudet i fråga. Otydligheten förstärks av det faktum att ekonomiska aktörer som avsåg att lämna anbud inte på något sätt informerades om att en ESPD skulle bifogas anbudet i samband med själva inlämnandet av anbudet.

I den aktuella upphandlingen har kommunen också ställt krav på miljöledning. Enligt AFC.222 (s. 20) ska val av varor och produkter bl.a. följa de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. Miljöbalken. Avfall ska hanteras enligt krav i Avfallsförordningen SFS 2001:1063 liksom Kretsloppsrådets publikation ”Avfallshantering vid byggande och rivning - Kretsloppets riktlinjer”. Alla de krav som uppställs i en upphandling ska uppfylla de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, så som de kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Förutom att olika krav som uppställs av upphandlande myndigheter måste vara förenliga med de allmänna principerna, såsom principerna om likabehandling eller proportionalitet, måste kraven dessutom vara kopplade till föremålet för kontraktet ifråga likväl som det ska vara möjligt för den upphandlande myndigheten att kontrollera huruvida kraven är uppfyllda. Det faktum att det följer av förfrågningsunderlaget att val av varor och produkter bl.a. ska följa hänsynsreglerna enligt 2 kap. Miljöbalken innebär att kravet endast är förenligt med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna under förutsättning att den upphandlande myndigheten kan kontrollera huruvida leverantören verkligen iakttar kravet i fråga (jfr mål C-448/01, EVN och prop. 2015/16:195, s. 751).

Då kommunen utformat otydliga och motsägelsefulla upphandlingsdokument har bolaget diskvalificerats i den aktuella upphandlingen. Bolaget hade lämnat det bästa anbudet och därför är det uppenbart att de har lidit sådan skada av kommunens brott mot LOU som föreskivs enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU. Därtill har bolaget riskerat att lida skada till följd av att kommunen genom att uppställa ett otydligt och icke verifierbart krav på miljöledning i förfrågningsunderlaget påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Kommunen anför i huvudsak följande. Enligt LOU är det frivilligt att skicka in en besvarad ESPD med sitt anbud. I de fall anbudsgivaren väljer att inte skicka in en besvarad ESPD med sitt anbud ska alla för leverantörsprovningen nödvändiga bevis lämnas in i anbudet. Bolagets anbud innehöll vare sig besvarad ESPD eller för leverantörsprovningen nödvändiga bevis. Bolaget hävdar att det inte är tydligt i bilaga ”skakrav” vilka bevis eller intyg som ska skickas in på anmodan samt att de anser att de ”inte på något sätt informerades om att en ESPD skulle bifogas anbudet”. Det framgår tydligt i bilaga ”skakrav” vad som ska skickas in på anmodan. På ett flertal ställen framgår valet mellan ESPD alternativt samtliga bevis eller intyg och att dessa ska bifogas anbudet, bland annat i meddelande ID:125108. Det finns också en hänvisning i Administrativa föreskrifter, AFB Upphandlingsföreskrifter, till att upphandlingen genomförs enligt LOU.

I upphandlingsstödet finns funktionen ”fråga och svar” där anbudsgivare har möjlighet att ställa frågor om osäkerhet råder. Hanteringen av frågor under anbudstiden framgår av Administrativa föreskrifter, AFB 25. Integrerat i funktionen ”fråga och svar” finns även en meddelandefunktion där den upphandlande myndigheten kan lämna meddelanden till prenumeranter på upphandlingen. Meddelanden som skickades ut under anbudstiden avsåg bl.a. ESPD och förlängd anbudstid. I meddelande ID:124887, skickat den 18 december 2017, framgår bl.a. att ”anbudstidens utgång enligt AFB 32 för-

längs, anbud ska vara beställaren till handa den 2 februari 2018". Bolagets anbud inkom den 2 februari 2018, kl. 16.22 vilket påvisar att bolaget tagit del av meddelanden som skickats i "fråga och svar" under anbudstiden.

De krav som ställts upp på miljöledning är kontraktsvillkor som kontrolleras under pågående entreprenad. Dessutom ska, om det är en lag eller förordning, dessa tillämpas oavsett om det står med i upphandlingen eller inte. De ställda kraven är likabehandlande och står i proportion till uppdraget. Även där hade bolaget möjlighet att ställa frågor under anbudstiden.

Bolagets anbud låg bäst i pris men förkastades för att de i sitt anbud saknade ESPD, alternativt för leverantörsprövningen nödvändiga bevis. Huruvida de skulle kunna lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud p.g.a. ett "otydligt och icke verifierbart krav på miljöledning" saknar betydelse då de redan sett till pris hade det mest konkurrenskraftiga anbudet men framför allt då deras anbud inte uppfyllde ställda skakrav och var därmed inte kvalificerat. Om underlagen var så otydliga och motsägelsefulla som bolaget gör gällande i sin överprövning borde de rimligen ha gjort allt för att begränsa skada och därmed ställt frågor så att eventuella otydligheter och motstridigheter klargjordes. Bolaget ställde inga frågor under tiden för "frågor och svar".

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Av 4 kap. 1-3 §§ LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, social och

arbetsrättslig hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag 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.

En leverantör som lämnar ett anbud får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen, att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§ LOU och att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 § LOU.

Av 15 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som lämnar ett anbud eller en anbudsansökan också får lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1-3 §§ för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen, att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§, och att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 §.

En sådan försäkran ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 LOU-direktivet.

(Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG)

Europeiska kommissionen har i en genomförandeförordning fastställt ett sådant standardformulär som avses i 15 kap. 1 § LOU. Genomförandeförordningen innehåller två artiklar som reglerar ikraftträdandet. Vidare inne-

håller den två bilagor. Bilaga 2 innehåller det standardformulär som ska användas för utarbetandet av det enhetliga upphandlingsdokument och bilaga 1 innehåller anvisningar om användningen av det enhetliga upphandlingsdokumentet. På engelska benämns det enhetliga upphandlingsdokumentet European Single Procurement Document (ESPD).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Meddelande ID:124887

Sista dag för frågor under anbudstiden enligt AFB.25 förlängs till och med den 26 januari 2018.

Anbudstidens utgång enligt AFB.32 förlängs, anbud ska vara beställaren tillhanda den 2 februari 2018.

Meddelande ID:125108

Komplettering till ABF.31:

I anbud ska följande bifogas:

- webbformulär skakrav
- webbformulär utvärdering
- ifylld ESPD alternativt samtliga begärda bevis och intyg under rubriken "på anmodan" i bilaga "skakrav".

Förtydligande avseende egenförsäkran, ESPD:

En anbudsgivare som lämnar ett anbud kan välja att inkomma med en egen försäkran, ESPD. Det är frivilligt att besvara och skicka in ESPD. FÖR ATT FÖRENKLA REKOMMENDERAR VI STARKT ATT ESPD BESVARAS OCH MEDSÄNDS ANBUDET. Vi har i upphandlingen bilaga "skakrav" på ett flertal av kraven angett att på anmodan ska vissa krav styrkas, detta gäller endast om ni har besvarat ESPD och bifogat denna med anbudet. Om ni väljer att INTE skicka in en besvarad ESPD med anbudet ska samtliga bevis/intyg som efterfrågas "på anmodan" i bilaga "skakrav" bifogas anbudet.

Egenförsäkran kan lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har tagit fram. För att få tillgång till egenförsäkran ska anbudsgivaren spara ner bilagan, ESPD.xml, på sin dator och sedan ladda upp bilagan på Europeiska kommissionens hemsida, följ länken <https://ec.europa.eu/tools/espdlang=sv>

Ange där att ni är en ekonomisk aktör och vill importera ett upphandlingsdokument. Ladda upp bilagan ESPD.xml. Välj säte och klicka på nästa. Fyll sedan i bilagan enligt instruktion, spara och bifoga till anbudet i PDF-format.

Observera att bifogad egenförsäkran behöver INTE vara undertecknad.

Vi ber er att i god tid innan sista anbudsdag kontrollera hur ni gör för att besvara en ESPD. Är något oklart, ställ frågor.

Meddelande ID:125118

Bilaga "skakrav" har kompletterats med följande text:

OBSERVERA:

Om anbudslämnaren har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud – innebär det att bevis/intyg enligt nedan ska skickas in på anmodan.

Om anbudslämnaren INTE har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud - innebär det att samtliga bevis/intyg som begärs in på anmodan enligt nedan ska bifogas anbudet.

Meddelande ID:125331

Förtydligande till meddelande 125108: I de fall egenförsäkran, ESPD, INTE används ska anbudslämnaren lämna en sanningsförsäkran som ska bifogas anbudet där anbudslämnaren intygar på heder och samvete att de uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU. Anbudslämnaren är därmed medveten om att straffansvar enligt 15 kap. 10 § Brottsbalken kan inträda för undertecknaren.

AFC.222

Val av varor och produkter ska bl.a. följa hänsynsregler enligt Miljöbalkens 2:a kap. Allmänna hänsynsregler.

Avfall ska hanteras enligt krav i Avfallsförordningen SFS 2001:1063 liksom Kretsloppsrådets publikation "Avfallshantering vid byggande och rivning – Kretsloppets riktlinjer".

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. I upphandlingsmål gäller som huvudprincip att domstolen är bunden av vad parterna anför. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska därför på ett klart sätt ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om den upphandlande myndigheten genom att utesluta bolagets anbud under kvalificeringsfasen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

ESPD

Den upphandlande myndigheten har uteslutit bolaget med hänvisning till att bolaget inte uppfyller aktuellt krav om att en egenförsäkran enligt ESPD alternativt en sanningsförsäkran och bevis eller intyg skulle lämnas in tillsammans med anbudet. Bolaget menar att de olika upphandlingsdokumenten är motstridiga så till vida att det är frivilligt att bifoga en ESPD samti-

diget som det i bilagan ”skakrav” inte tydligt framgår vilka bevis eller intyg som ska bifogas till anbudet. Bolaget anser därför att det inte är tydligt för en ekonomisk aktör om bevis eller intyg ska kunna uppvisas på anmodan eller om de oundgängligen ska bifogas anbudet i fråga. Kommunen anser att det med de kompletterande meddelandena till bilagan ”skakrav” framgår tydligt vad det är som ska skickas in med anbudet och vad som är på anmodan. Kommunen menar att bolaget måste ha tagit del av de meddelanden som skickats ut under anbudstiden eftersom de måste ha tagit del av meddelandet med ID:124887 om att anbudstiden förlängts då de lämnat sitt anbud i enlighet med den nya tidsfristen. Kommunen framhåller även möjligheten i upphandlingsstödet där anbudsgivare haft möjlighet att ställa frågor under anbudstiden.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget, med de tillägg som gjorts under anbudstiden, får anses vara tillräckligt tydligt utformat för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna förstå vad som varit obligatoriskt att skicka med anbudet och vad som varit frivilligt att skicka med. Bolaget får också anses ha tagit del av denna information.

Miljöledning

I aktuell upphandling har kommunen ställt krav på att val av varor och produkter bl.a. ska följa de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. Miljöbalken samt att avfall ska hanteras enligt vissa specifika krav. Bolaget menar att kravet endast är förenligt med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna under förutsättning att den upphandlande myndigheten kan kontrollera huruvida leverantören verkligen iakttar kravet i fråga och att bolaget genom detta riskerat att lida skada samt att det påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunen menar att det saknar betydelse om bolaget skulle ha kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud utan kravet på miljöledning, eftersom de redan sett till pris hade det mest konkurrens-

kraftiga anbudet men inte kvalificerades för att de inte uppfyllde ställda skakrav. Kommunen framför också att bolaget även i den delen inte ställde några frågor om eventuella otydligheter eller motstridigheter under anbuds-tiden.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har det i målet inte framkommit något som visar att kravet på miljöledning på något sätt påverkat bolagets möjlig-heter att bli kvalificerat i den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det bolaget anfört inte visar att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Några skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Bolagets ansökan om överpröv-ning ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Erika Nyman Jonsson.



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-postadress, 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.