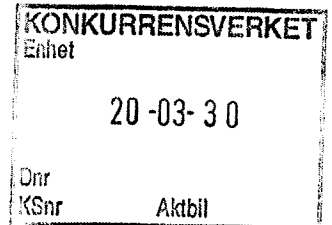




SÖKANDE

Creative Networks Consulting X AB, 559146-8318

Ombud: Jur.kand. Krister Frost
c/o Juristfirman Krister Frost
Box 10049
720 10 Västerås



MOTPART

Mälarenergi Elnät AB, 556554-1504
Box 924
731 29 Köping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Mälarenergi Elnät AB (Mälarenergi) genomför en upphandling av ramavtal för Tekniska konsulter, dnr 2019/31. Upphandlingen sker genom ett förhandlat förfarande i två steg. I meddelande om urval den 30 oktober 2019 meddelade Mälarenergi att Creative Networks Consulting X AB (bolaget) inte kvalificerat sig till steg två i upphandlingen.

Bolaget yrkar att bolaget ska anses vara kvalificerat för den fortsatta upphandlingsprocessen och anför bland annat följande.

Mälarenergi har angivit som skäl till att utesluta bolaget att referensuppdragen inte uppfyller kvalificeringskrav som anger att referensuppdrag ska vara "påbörjat och avslutat inom tidsperioden". Bolaget uppfyller samtliga kvalificeringskrav som finns angivna i inbjudan till anbudsansökan. Bolaget hade dock missuppfattat frågor rörande referensuppdragets start- och sluttidpunkt och i stället angivit att de enskilda uppdragen upphandlats under nu gällande ramavtal.

Det är uppenbart att frågan missuppfattats och att Mälarenergi hade kunnat begära in ett förtydligande utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Mälarenergi har inte objektivt prövat frågan om bolaget har sådan erfarenhet som behövs för att eventuella kontrakt ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. I stället har de, enbart utifrån informationen i en ruta på blanketten och utan att titta på hela referensredovisningen fattat ett beslutet att leverantören inte är kvalificerad. En sådan formalism strider mot ändamålet med kvalificeringskraven och är inte förenligt med 14:1 LUF. Vid en EU-konform lagtolkningsmetod ska texten ska tolkas utifrån artikel 58.4 stycke 2 mening 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling. Det

betyder att Mälarenergi "ska begränsa eventuella krav till sådana som är lämpliga för att se till att anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmågan samt besitter den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta." Beslutet som Mälarenergi fattat är inte förenligt med direktivets ändamål och syfte. Det handlar inte om att obligatoriska uppgifter utelämnats utan om att en fråga om tidsangivelse för referensuppdrag har besvarats otydligt och det kan snarare ses som ett förklaringsmisstag och borde inte medföra uteslutning från den aktuella offentliga upphandlingen.

Bestämmelsen i 4 kap. 8 § LUF om rättning av ett fel i en handling som har getts in av leverantören är formulerad utifrån att upphandlande enhet tar initiativet till att leverantören rättar en felskrivning. Bestämmelsen hindrar dock inte en leverantör från att ta initiativ till en rättelse av en felskrivning. Om så sker och inga helt nya sakuppgifter tillförs bör det ligga i den upphandlande enhetens egenintresse att tillåta rättelsen om det kan ske i förenlighet med principerna om likabehandling och öppenhet. Att neka den rätten är inte förenligt med likabehandlingsprincipen. Det ligger i Mälarenergis egenintresse att få ett så stort urval som möjligt av kvalificerade leverantörer.

Mälarenergi bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Det uppställs i upphandlingen ett obligatoriskt krav på att redovisade referensuppdrag ska vara *påbörjade och avslutade* inom den angivna tidsperioden. Denna information framgår tydligt både av anbudsformuläret liksom av referensbilagan. Bolaget har redovisat pågående uppdrag i strid med kravet på att uppdragen ska vara avslutade. Bolagets anbudsansökan har därför inte kvalificerats.

Rätten att inhämta förtydliganden, såsom den anges i 4 kap. 8 § LUF, innebär att en upphandlande enhet *får* tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller annat fel i en handling som getts in av leverantören. En upphandlande enhet *får* också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Redan av ordalydelsen i regeln framgår alltså att inhämtande av förtydliganden, rättelser eller kompletteringar är en möjlighet för upphandlande enheter och inte en skyldighet. Mälarenergi har alltså ingen skyldighet att varken begära eller tillåta rättelser, förtydliganden eller kompletteringar av anbudsansökningar.

I nu aktuellt fall är det fråga om ett tydligt angivet obligatoriskt krav där bolagets svar explicit anger att uppdragen är pågående och därmed inte uppfyller det obligatoriska kravet på att vara avslutade. Det hade inte varit förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om bland annat likabehandling att låta bolaget byta ut uppgifter i anbudsansökan mot nya uppgifter i syfte att läka brister hänförliga till ett obligatoriskt krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 4 kap. 1 § LUF anges att 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.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantörer har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I 4 kap. 8 § LUF framgår att en upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Av andra stycket samma bestämmelse framgår att en åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte framkommit annat än att kravet att bifoga referenser över likvärdiga, avslutade, uppdrag utgjort ett obligatoriskt krav. I målet är vidare ostridigt att bolaget har angett att uppdragen är pågående.

En av huvudprinciperna enligt LUF är att anbud som inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet inte ska beaktas vid utvärderingen. Sådana krav som anges i ett upphandlingsdokument måste därmed vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva och utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller bortse från ställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande. Mot bakgrund av att bolaget inte uppfyllt det obligatoriska kravet i upphandlingsdokumentet har Mälarenergi därmed rätteligen förkastat bolagets anbudsansökan på angiven grund.

Bolaget har anfört att Mälarenergi borde ha begärt komplettering eller förtydligande av anbudet. En upphandlande myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En upphandlande myndighet har därmed inte någon skyldighet att begära in förtydliganden eller kompletteringar. Detsamma gäller enligt förvaltningsrättens mening att acceptera en komplettering från anbudsgivaren på anbudsgivarens eget

initiativ. I det nu aktuella bolagets fall skulle en komplettering innebära att uppgifter som lämnats i anbudet ersattes. En komplettering skulle även ha lett till att anbudet uppfyllt ett obligatoriskt krav som tidigare inte varit uppfyllt.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att bolaget inte anfört eller åberopat sådana omständigheter som visar att Mälarenergi felaktigt förkastat bolagets anbud eller agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF. Mot denna bakgrund har bolaget heller inte visat att det på grund av några brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida någon skada. Därmed saknas förutsättningar för ett ingripande enligt LUF. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Susanna Pohl Söderman
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

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 rättstillämpningen.
- 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.