



SÖKANDE

Vattentec & Tankar Sverige AB, 559026-7539
Stenvägen 4
443 61 Stenkullen

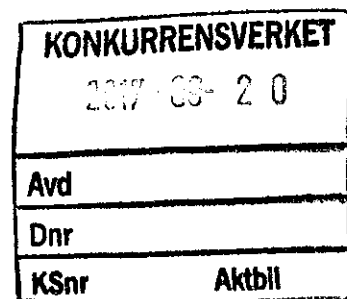
Ombud: Jur.kand. Josefine Gyllenram
Freja Partner
Göteborgsvägen 91B
431 37 Mölndal

MOTPART

Skara kommun
532 88 Skara

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Skara kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende LED-armaturer till Skara och Götene kommun. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Vattentec & Tankar Sverige AB:s (bolaget) anbud ansågs inte kvalificera sig till utvärderingen och förkastades därför.

Kommunen anser att bolaget inte har uppfyllt det obligatoriska kravet på certifiering som framgår av avsnitt 4.3.11 i upphandlingsdokumentet som anger följande. ”Armatyr skall vara certifierad av EU ackrediterad provningsinstitut typ Intertek Semko, Nemko, enligt EN 60598 eller på likvärdigt sätt. Certifikat skall bifogas i anbud (enbart CE deklARATION från tillverkare är ej tillräckligt.)”

Dok.Id 232202

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och att bolagets inlämnade anbud ska prövas.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och att målet i sin helhet ska avskrivas.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Den dokumentation som bolaget har lämnat in för uppfyllande av det obligatoriska kravet är att anse som sådan certifiering som efterfrågas av kommunen. Dokumentationen kan på likvärdigt sätt jämföras med uppställt krav på certifiering i enlighet med de krav som uppställs. Om det skulle anses att dokumentationen inte uppfyller ställt krav har kommunen brustit i sitt agerande vid bedömningen av den inlämnade dokumentationen och har inte haft grund för att utesluta bolaget vid leverantörskvalificeringen. Bolaget har lämnat in ett datablad som visar att armaturen uppfyller de krav som kommunen ställt. De organisationer som utfört testerna enligt databladet är likvärdiga EU ackrediterade provningsinstitut och leverantören har bekräftat att inlämnat datablad är att likställas med lämplig EN standard.

Kommunen har brustit i likabehandlingsprincipen och transparensprincipen eftersom de utesluter bolaget med hänsyn till att de inte lämnat in certifikat. Det framgår av förfrågningsunderlaget att kvalificering kan ske genom certifikat eller annat likvärdigt sätt. Då bolaget lämnat in ett likvärdigt intyg har de uppfyllt samtliga krav och kommunens bristfälliga agerande i utvärderingen har gjort att likabehandlingsprincipen åsidosatts. Kommunen borde ha efterfrågat en komplettering till inskickat material så att bolaget fått möj-

lighet att konkretisera redan inlämnat dokument. Bolaget hade inte behövt tillföra nya sakomständigheter.

Bolaget har till sin ansökan bifogat förfrågningsunderlag, datablad, Certificate of compliance och mejl-korrespondens mellan bolaget och leverantör av armatur.

Kommunen

Kommunen har vid genomförandet av förevarande upphandling agerat i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Samtliga inkomna anbud har vidare behandlats lika och icke-diskriminerande. Bolagets anbud uppfyller inte samtliga i upphandlingen ställda obligatoriska krav. Att hänvisa till ”Third part certified” säger inte något om vilket certifikat som föreligger eller vad det åberopade certifikatet innebär. Mot bakgrund av det kan kommunen inte fastställa vad certifikatet gäller, certifikatets likvärdighet eller vilket certifikat det faktiskt rör sig om. Genom att ange att den offererade LED-armaturen är tredjepartscertifierad, utan att bifoga ett direkt bevis på det som efterfrågas, uppfyller alltså inte de av kommunen ställda kraven under punkt 4.3.11 i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har agerat i enlighet med likabehandlingsprincipen. Att begära in en handling som saknas i anbudet skulle leda till en materiell ändring av bolagets anbud. Det skulle vara alltför långtgående, i strid med likabehandlingsprincipen och vad LOU medger.

Omständigheten att bolaget i samband med överprövning av ärendet lämnar in certifikat för att styrka kravet i punkt 4.3.11 i förfrågningsunderlaget ändrar inte kommunens beslut. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt beträffande vad som ska lämnas in och vilken som är senaste tid för att lämna in sitt anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Gällande regler*

En ny lag om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Eftersom inget annat framgår än att den aktuella upphandlingen påbörjades efter att den nya lagen trädde i kraft är det lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse efter den 1 januari 2017 som är tillämplig i målet.

Av 4 kap 1 § LOU framgår att 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.

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

Av 15 kap 14 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften. Myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska myndigheten godta även andra bevis om att

leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitetssäkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Av 9 kap 8 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet ställer krav genom att hänvisa till en standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtjänst inte motsvarar denna standard eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Av 4 kap 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärderna ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Av praxis (HFD 2016 ref. 37 I och II) framgår att en upphandlande myndighet redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget ska se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till ändamålet med upphandlingen på så sätt att de är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att de krav som anges är så viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 4 kap 1 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

En annan av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Vad förvaltningsrätten har att pröva är om bolaget genom vad det har anfört och genom det underlag som åberopats har visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU och att det har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada

Certifikatet

Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantör till anbudet ska bifoga certifikat av viss standard eller påvisa sin kvalificering på likvärdigt sätt. I målet är ostridigt att bolaget till sitt anbud inte har bifogat efterfrågat certifikat. Bolaget har istället bifogat en handling som bolaget menar är att likställa med ett sådant certifikat. Av förarbeten framgår att den upphandlande myndigheten vid sådan kravsättning ska precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och som är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften. Det framgår vidare att myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (prop. 2015/16:195 s. 1107). Bolaget har i anbudet bifogat vad som sy-

nes vara en teknisk produktbeskrivning. Enligt förarbeten till lagen finns en möjlighet att godta även andra bevis om att leverantören vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitetssäkring, men detta förutsätter att leverantören inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och att detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida. Några sådana omständigheter har inte framkommit. Med beaktande av vad som framgår av den nu aktuella handlingen instämmer förvaltningsrätten i kommunens bedömning att handlingen inte kan anses utgöra ett certifikat eller därmed likställd handling. Handlingar som inkommit efter att sista dagen för att lämna in anbud passerat beaktas inte i upphandlingsförfarandet. Bolagets anbud uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet på certifiering.

Proportionalitets-, likabehandlings- och öppenhetsprincipen

Då en leverantör inte uppfyller den upphandlande myndighetens krav på efterfrågad uppgift får det göras en bedömning av upphandlingsdokumentens krav gentemot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndighetens begäran om certifiering utgör en lämplig och effektiv åtgärd som anses proportionerlig och nödvändig för att säkerställa kvaliteten på armaturerna

I en upphandling utgör upphandlingsdokumentet en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. Kravet på certifiering i förfrågningsunderlaget är tydligt och objektivt utformat och får anses adekvat och rimligt i förhållande till syftet med upphandlingen. Potentiella leverantörer har således haft anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen.

Vidare får det göras en bedömning om bristen skulle kunna läkas genom inhämtande av förtydligande eller komplettering. Av upphandlingsdokumenten framgår tydligt vad som efterfrågas och förvaltningsrätten anser inte att en komplettering till befintligt material hade räckt för att påvisa bolagets kvalificering, då det hade krävts nya uppgifter om bolagets kvalificering för att uppfylla de obligatoriska kraven.

Sammanfattning

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kommunens förfarande varit i strid mot det upphandlingsrättsliga regelverket som därtill medfört eller riskerar att medföra att bolaget lider skada. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Jannice Runesson har varit föredragande.



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.