



KLAGANDE

Compab AB, 556763-2483

Ombud: Advokat Johanna Hellström
Foyen Advokatfirma KB
Stora Nygatan 33
411 08 Göteborg

MOTPART

Jönköping Energi AB
Box 5150
550 05 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

KONKURRENSVERKET	
2019-08-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND

Jönköping Energi genomför en ramavtalsupphandling med inledande totalentreprenad på containerpanna 12 MW vid anläggning HCHF. Upphandlingen består av ramavtal för leverans av komplett anläggning enligt teknisk bilaga med leveransgränser enligt samma bilaga. Upphandlingen sker som

ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslut den 13 juni 2019 har Enertech Sverige AB (Enertech) antagits. Anbud från Compab AB (Compab) har inte kvalificerats till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Compab yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att utvärderingen ska göras om, varvid Enertechs anbud ska förkastas och Compabs anbud antas såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandena anförs bl.a. följande.

Enertech har inte bifogat tekniska specifikationer vilket krävs enligt 2.2.6. och punkt 1 i anbudsföreläret. Det som Jönköping Energi påstår utgör tekniska specifikationer utgör måttsett ritning och data om prestanda särskilt efterfrågade i enlighet med anbudsförelärets punkt 3.4. Vidare har Enertech lämnat in en bilaga ”181220 Global Insurance NIBE 2018” i anbudet på engelska trots att det föreskrivs i AFB.31 att anbud ska avfattas på svenska. Jönköping Energi har därmed inte kunnat jämföra de lämnade anbuden på ett objektivt sätt, vilket kan ha gett Enertech en konkurrensfördel samtidigt som andra leverantörer kan ha avhållit sig från att lämna anbud pga. kravet. Jönköping Energi har således felaktigt antagit Enertechs anbud trots att det inte uppfyller obligatoriska krav.

I AFD.22 föreskrivs att anbudsgivare både ska lämna in en beskrivning och lämna in ett certifikat. Kravet är certifierad ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt, utan att det hänvisas till någon specifik version eller den senaste revideringen. Detta innebär att Jönköping Energi har öppnat upp för att det är möjligt att beskriva ett kvalitets- och miljöledningssystem som är likvärdigt med de hänvisade ISO-standarderna, i någon av de versioner som finns för respektive kravstandard, varvid den beskrivningen ersätter kravet på ett tredjepartsintyg. Compab har lämnat in beskrivningar av dess kvalitets- och

miljöarbete genom bilagorna QM1 Kvalitetshandboken 2010, QM2 Kvalitetsledningssystem 2010, Kvalitets- och miljöpolicy Compab och Exempel kvalitets- och arbetsmiljöplan. Av dessa framgår att Compab bedriver ett systematiskt kvalitets- och miljöarbete, och att Compab har rutiner för sitt kvalitets- och miljöarbete. Av handlingen QM2 Kvalitetsledningssystem 2010 framgår att Compabs verksamhetssystem är uppbyggt utifrån kvalitets- och miljökraven i ISO 9001:2000 samt ISO 14001. Verksamhetssystemet består dokumenterad handbok och rutiner. Dokumenterade checklistor, instruktioner, blanketter och verifikatmallar för viktiga kundrelaterade aktiviteter förvaras i respektive kvalitets- och miljöhandbok. Compab har visat att bolagets kvalitets- och miljösäkringsarbete är likvärdigt de kvalitets- och miljösäkringsåtgärder som krävs i upphandlingen, vilka rätteligen ska jämföras med certifiering. Exempelvis har Compab beskrivit rutiner och kontroller vid ärendehantering samt lämnat in exempel på kvalitets- och arbetsmiljöplan som innehåller detaljerade rutiner avseende kvalitets- och miljöarbete. Därutöver har Compab en kvalitets- och miljöpolicy. Compab har inte heller någon egen tillverkning utan monterar och installerar certifierade produkter till en funktion. Samtliga dess underleverantörer som övriga komponenttillverkare är ISO-certifierade. Eftersom Compabs anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska bolaget rätteligen tilldelas kontrakt.

Även om Compab skulle bedömas underlåta att uppfylla kravet på kvalitets- och miljöarbete är förfrågningsunderlaget så bristfälligt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte kan förstå vad som efterfrågas. Därutöver har upphandlingen genomförts i strid med proportionalitetsprincipen eftersom kravet på tredjepartscertifiering går utöver vad som är motiverat i förhållande till upphandlingsföremålet och begränsar konkurrensen på ett sätt som inte är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Därutöver begränsar kravet små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingen. För det fall att endast tredjepartscertifikat kan godkännas brister upphandlingen i transparens eftersom förfrågningsunderlaget

kan tolkas så att det vore möjligt att beskriva ett kvalitets- och ledningssystem som motsvarar de angivna standarderna. Compab har därmed inte haft förutsättningar att lämna sitt bästa anbud. Vidare strider ett krav på att endast tredjepartscertifikat kan godtas som bevis för kvalificeringskrav avseende kvalitets- och miljöarbete mot proportionalitetsprincipen. Detta eftersom konkurrensen och möjligheten för små och medelstora företag att lägga anbud begränsas på ett sådant sätt som inte är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Ett krav på kvalitets- och miljöledningssystem kan styrkas på andra sätt än genom ett certifikat. Att tre av fem anbudsgivare inte klarar kvalificeringskravet på tredjepartscertifiering visar att det är uppenbart att kravet är konkurrensbegränsande.

Jönköping Energi motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Enertech har genom "Formulär till anbud" angett tekniska specifikationer enligt förfrågningsunderlagets punkt 1, en måttsett ritning med uppställning och specifikationer. Att Enertech inte har bifogat samma data i ett separat dokument är inte skäl att diskvalificera anbudet. Att Enertechs försäkringsbilaga är skriven på engelska har inte på något sätt legat till grund för poängutvärderingen och kan därmed inte utgöra tillräckligt skäl för att förkasta anbudet. Jönköping Energi har inte heller haft de minsta svårigheter att tolka bilagan. Det har således inte heller varit nödvändigt eller proportionellt att upprätthålla kravet i den konkreta situationen.

I förfrågningsunderlaget uppställs ska-krav på kvalitets- och miljöförsäkringssystem enligt "ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt". Compab har inte lämnat in några intyg och heller ingen godtagbar beskrivning av kvalitets- eller miljöledningssystem för att visa att deras kvalitets- och miljöledningsåtgärder motsvarar de ISO-standarder som angetts. Idag gäller en standard från 2015, medan Compab har hänvisat till en standard som är två revisioner för gammal och som var standard för cirka åtta år sedan. Ett likvärdigt system ska motsvara ISO av annan europeisk standard, verifierad av

tredje part. Vid hänvisning till ”likvärdiga” åsyftas motsvarande system inom EU för kvalitetssäkring. Det ska gå att bli certifierad av en ackrediterad organisation enligt aktuell standard och leverantören ska då visa upp ett intyg på sådan certifiering. Compab har redovisat kvalitets- och miljösäkringsarbete men inte kunnat uppvisa intyg. Compabs beskrivning ersätter inte kravet på ett tredjepartsintyg. Upphandlingsobjektet är en 12 MW pannanläggning och ramavtal för ev. kommande anrop. Anläggningen utgör en betydande miljö- och kvalitetsrisk vid bristande konstruktion och tillverkning. Eftersom kravet på tredjepartscertifiering är väl motiverat i förhållande till upphandlingsföremålet leder inte kravet till felaktig begränsning av konkurrensen. Att ställa krav på tredjepartscertifiering strider inte mot de upphandlingsrättsliga principerna. Förfrågningsunderlaget är inte bristfälligt i den grad att transparensen påverkas. Det är uppenbart att det inte går att uppfylla kravet genom att endast beskriva ett kvalitets- och ledningssystem som motsvarar de angivna standarderna, utan att bifoga intyg. Compab har inte uppfyllt de krav som ställts.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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. Detta står i 4 kap. 1 § LUF.

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna 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. Detta står i 20 kap. 6 § LUF.

Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitets-säkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften. Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Euro-peiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). När leverantören inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leve-rantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till lik-värdig kvalitetssäkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer över-ens med de kvalitetssäkringsstandarder som enheten har krävt. Detta står i 14 kap. 18 § LUF.

Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljöled-ningssystem eller miljöledningsstandarder, ska enheten precisera kraven ge-nom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,
2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller
3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifi-erade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten 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 enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med de som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt. Detta står i 14 kap. 19 § LUF.

Utdrag ur förfrågningsunderlaget:

AFB.3 Anbudsgivning

Anbud skall avges på svenska och samtliga priser skall avse svenska kronor (SEK).

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud ska vara avfattat på svenska och vara undertecknat av behörig företrädare.

AFD.22 Kvalitets- och miljöarbete

E skall vara certifierad ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt.

E ska i samband med anbudslämning beskriva hur företagets kvalitets- och miljöarbete bedrivs samt bifoga kvalitet- och miljöledningscertifikat.

FORMULÄR TILL ANBUD – RAMAVTALSUPPHANLING MED INLEDANDE TOTALENTREPRENAD 12MW OLJEPANNA HCHF 1 ALLMÄNT

Till anbudet skall biläggas:

- Ifyllda uppgifter om priser, tider enligt detta formulär.
- Tekniska specifikationer
- Måttsatta ritningar
- Miljö- och kvalitetsplan
- Försäkringsbevis
- Kopia av ISO-certifikat

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att huvudprincipen i mål om upphandling är 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).

Förvaltningsrätten finner att de av Compab angivna handlingarna som hänvisas till i målet inte består av giltiga certifikat eller sådan dokumentation till styrkande av att Compab innehar kvalitets- och miljöcertifikat ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt (vilket måste förstås som likvärdigt tredje-partcertifierat system), som efterfrågas i AFD.22 i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår att Jönköping Energi inte har efterfrågat ett egenhanterat kvalitets- eller miljöledningssystem eller ett sådant som bygger på äldre standard eller certifikat som har löpt ut, ens om det är likvärdigt ett certifierat system. Förvaltningsrätten anser att Jönköping Energi har haft fog för att diskvalificera Compabs anbud redan av denna anledning.

Frågan blir därmed om kravet på ett kvalitets- och miljöcertifikat ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt i sig strider mot de upphandlingsrättsliga principerna. Gällande kravet på transparens hade punkten ADF.22 säkerligen ha kunnat formulerats på ett mer uttömmande sätt. ISO-standarderna får emellertid bedömas välkända och vedertagna för normalt informerade aktörer inom aktuell bransch. Förvaltningsrätten anser således att punkten AFD.22 uppfyller kravet på att samtliga villkor och bestämmelser ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan förstå den exakta innebörden av det och tolka detta på samma sätt.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som

behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas. Reglerna ska tolkas i funktionella termer, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5832–13).

Förvaltningsrätten anser att den negativa effekt som kravet på ett kvalitets- och miljöcertifikat ISO 9001 samt ISO 14001 eller likvärdigt ifråga kan få för leverantörer inte kan anses vara oproportionerlig i förhållande till syftet och nyttan för det upphandlande organet. Jönköping Energi har anfört att upphandlingsföremålet utgör en betydande miljö- och kvalitetsrisk vid bristande konstruktion och tillverkning. Förvaltningsrätten anser att det är skäligt att ställa tämligen höga krav på kvalitets- och miljöledningssystem certifierade av utomstående i enlighet med detta. Vidare får det i upphandlingsrättslig mening bedömas berättigat att kräva certifiering enligt relevanta europeiska standarder utfärdade av en ackrediterad organisation. Vad Compab har anfört om mindre företags svårigheter att delta i upphandlingen, eller att tre av fem anbudsgivare inte klarat kvalificeringskravet, föranleder ingen annan bedömning.

Trots att Compab rätteligen har uteslutits ur upphandlingen kan bolaget anses lida skada för det fall Enertechs anbud också ska förkastas, vilket möjliggör en ny upphandling där bolaget kan komma in med nytt anbud (jfr EU-domstolens dom den 4 juli 2013 i mål C-100/12, Fastweb, och den 5 april 2016 i mål C-689/13, PFE). Förvaltningsrätten har därmed att pröva Compabs invändningar mot Enertechs anbud.

En del av Enertechs anbud som utgör ett försäkringsbrev är utfärdad på engelska, trots att förfrågningsunderlaget anger att anbud ska lämnas på svenska

se punkten AFB.31. I HFD 2016 ref 37 I, har poängterats vikten av att obligatoriska krav upprätthålls. Således är det normalt inte tillåtet att bryta mot ett språkrav. I enlighet med vad Jönköping Energi har anfört synes dock dokumentet vara av standardiserad art, endast syftande till att bevisa att vissa försäkringsvillkor uppfylls. Det har inte i målet gjorts gällande att Enertechs anbud skulle brista i just det specifika avseendet. Sammantaget bedöms försäkringsbrevet utgöra en enklare handling och lätt att förstå trots att språkravet inte uppfylls. Det bedöms oproportionerligt att förkasta Enertechs anbud enbart på den grunden att aktuellt intyg inte är skrivet på svenska (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014 i mål nr 897–14).

Kravet på att bifoga teknisk specifikation är inte närmare beskrivet. Det går således inte att utläsa att Jönköping Energi har åsyftat en fullständig eller mycket uttömmande teknisk specifikation. Enertech har bifogat bl.a. en måttsett ritning med uppställning och specifikationer. Förvaltningsrätten deklarerar beställarens bedömning om att det som har lämnats in har varit tillräckligt.

Compab har därmed inte visat att det upphandlande organet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUF där leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Johanna Ekbäck

Rådmannen Johanna Ekbäck har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



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.