



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2017-03-31
Meddelad i Härnösand

Mål nr
277-17 E

SÖKANDE

Höga Kusten Skog & Fastighet AB, 556925-5788
Viktoriaesplanaden 4 B
891 33 Örnsköldsvik

Ombud: advokaten Robert Persson
Norrlandsadvokaterna AB
Sjögatan 1 A
891 60 Örnsköldsvik

MOTPART

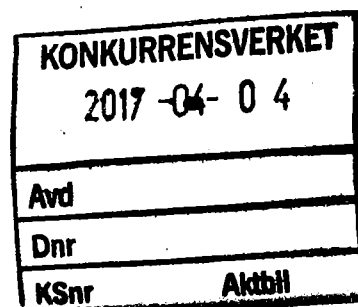
Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 123399

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför upphandlingen Fastighetsnära markskötsel: Stationer och parkeringsgarage (dnr A 16-094 F). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande och tilldelningsgrund är lägst pris. Under anbudstiden kom fyra anbud in och enligt tilldelningsbeslut den 18 januari 2017 beslutades att avtal ska tecknas med Kjelles Service i Örnsköldsvik AB (Kjelles Service), då det anbudet befunnits ha det lägsta priset.

YRKANDEN M.M.

Höga Kusten Skog & Fastighet AB (HK Skog) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att anbudet från Kjelles Service förkastas. Sökanden anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Enligt punkt 2.2 i de administrativa föreskrifterna krävs att anbudsgivaren ska beskriva sin kvalitetssäkringsmetod samt ha en kvalitetsansvarig person. Kravet är kvalificerat som ett s.k. ska-krav och finns således upptaget i en särskild ska-kravsbilaga. Kjelles Service har inte uppfyllt detta krav. I sitt anbud har bolaget endast angett ”använder miljövänligt städmaterial och miljövänliga bilar”. Redogörelsen säger ingenting om hur kvalitetssäkring sker och innefattar ingen uppgift om kvalitetsansvarig person. Det bör särskilt beaktas att fråga om miljöarbete utgör ett särskilt ska-krav.

I punkt 2.3 i de administrativa föreskrifterna anges att anbudsgivaren ska beskriva det interna miljöarbetet och hur miljöfrågorna kommer att beaktas vid uppdragets utförande. Punkten är ett ska-krav och finns även det upptaget i den särskilda ska-kravsbilagan. Det svar som Kjelles Service lämnat är allt för torftigt för att kunna utvärderas, särskilt eftersom bolaget inte har någon referens till ISO-standard eller annat som kan ge ytterligare tolkningsdata.

Kjelles Service saknar erforderliga uppgifter i dessa delar. Bolagets anbud ska mot denna bakgrund diskvalificeras. Genom att anta anbudet från Kjelles Service trots att detta inte uppfyller tydligt ställda ska-krav har kommunen agerat i strid med LOU och den direktivbefästa likabehandlingsprincipen (jfr. C-243/89, Stora Bält). HK Skog, vars anbud placerat sig på andra plats vid utvärderingen har till följd härav lidit skada. Det finns därför grund för att ingripa i upphandlingen. Upphandlingen bör då rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid kommunen inte ska beakta anbudet från Kjelles Service.

Kommunen, som i första hand yrkar att ansökan avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om, anför bl.a. följande. I upphandlingen ställdes krav på beskrivning av anbudsgivares miljö- och kvalitetsarbete. Något krav på nivå eller hänvisning till ISO-standard fanns inte. I sitt anbud har Kjelles Service beskrivit att man använder miljövänligt material och miljövänliga fordon. I en begäran om förtydligande den 17 januari ställdes följande frågor:

1. Vi önskar att ni förtydligar ert svar under "Kvalitetssäkring och miljökrav i utförandet". Den beskrivning ni har lämnat under 3.1 Krav är oklar. Kan ni på ett tydligare sätt beskriva er kvalitetssäkringsmetod samt kvalitetsansvarig person?
2. Ni har angett ett timpris på 240 kronor vardagar och 270 kronor kvällar, helger och nätter. Lämna en förklaring till det onormalt låga priset, exempelvis genom påvisande av kostnadsberäkningen.

I sitt svar svarade Kjelles Service att det inom bolaget finns en resurs som skulle inneha rollen som kvalitetsansvarig och också var utbildad inom Sam (Systematisk arbetsmiljö) och Bam (Bättre arbetsmiljö) och att ISO-certifiering pågick. Då något krav på nivå inte ställts i förfrågningsunderlaget ansågs detta förtydligande tillräckligt.

HK Skog har härefter anfört bl.a. följande. Kommunen har under pågående upphandling tillåtit den vinnande anbudsgivaren att komplettera sitt ursprungliga anbud den 19 januari 2017. Det är svårt att se relevansen av den kompletteringen eftersom den kom in efter tilldelningsbeslutet den 18 januari 2017. Under alla förhållanden har kompletteringsanmodan skett i strid med LOU. Enligt 9 kap. 8 § LOU får den upphandlande myndigheten begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av begreppen ”förtydliganden” och ”komplettering” följer att det endast är befintliga uppgifter som får bli föremål för förtydligande eller komplettering, det vill säga redan ingivna uppgifter får konkretiseras. Helt nya uppgifter och information som helt saknats i ett anbud får inte tillföras i efterhand. Detta framgår bl.a. av generaladvokatens förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94, (Wal-lonska bussarna), och av svensk praxis. Inte heller får obligatoriska krav som är bristfälligt uppfyllda i det ursprungliga anbudet kompletteras i efterhand så att dessa anses uppfyllda efter kompletteringen. I nu aktuella fall har anbudsgivarens anbud helt saknat obligatoriska uppgifter. Kommunens kompletteringsanmodan har således inte haft stöd i LOU. Genom kommunens åtgärd att förelägga den vinnande anbudsgivaren att komplettera sitt anbud torde det få anses ostridigt att det ursprungliga anbudet är så bristfälligt att det inte är möjligt att utvärdera det. Det är också uppenbart att kommunen bedömt att priset varit onormalt lågt. Någon komplettering i den delen synes inte heller ha kommit in. Även på denna grund borde anbudet alltså diskvalificeras.

Kommunen har härefter uppgett att det aktuella förtydligandet begärdes den 17 januari och kom in samma dag. Kommunen anser att det med tanke på upphandlingens art är ett sådant förtydligande som kan göras utan att det strider mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och LOU (2007:1091) upphävdes därmed. Enligt 4 p. övergångsbestämmelserna gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 och den upphävda LOU (2007:1091) är därmed tillämplig i målet.

Upphandlande myndighet 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § andra stycket LOU).

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar (12 kap. 3 § första stycket LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande:

”2.2 Kvalitetssäkring

Anbudsgivaren ska beskriva sin kvalitetssäkringsmetod samt ha en kvalitetsansvarig person. Beskriv detta på webbaserade skakravsbilagan.

2.3 Miljöarbete

I sitt arbete ska anbudsgivare sträva efter att effektivisera och minska förbrukningen av naturresurser, välja miljöanpassade produkter och miljöanpassad teknik samt ombesörja återtagande av sitt avfall genom exempelvis återvinning.

Anbudsgivaren ska i anbudet, dels lämna en beskrivning av hur det interna miljöarbetet bedrivs inom företaget i enlighet med kraven i detta stycke och dels beskriva hur miljöfrågorna kommer att beaktas vid det här aktuella uppdraget. ”

I bilaga Skakrav anges motsvarande under punkt 3.0 Kvalitetssäkring och miljökrav i utförandet:

”3.1 Krav

Enligt krav 2.3 Kvalitetssäkring i Administrativa föreskrifterna A 16-094 F ska anbudsgivaren ska beskriva sin kvalitetssäkringsmetod samt ha en kvalitetsansvarig person. Redogör före detta i fritextsvar nedan.”

På denna punkt har Kjelles Service angett:

”Kravet uppfylls.

Använder miljövänliga städmaterial och miljövänliga bilar.”

Vidare anges i bilaga Skakrav:

”3.2 Krav

Enligt krav 2.4 Miljöarbete i Administrativa föreskrifterna A 16-094 F ska anbudsgivaren i sitt arbete sträva efter att effektivisera och minska förbrukningen av naturresurser, välja miljöanpassade produkter och miljöanpassad teknik samt ombesörja återtagande av sitt avfall genom exempelvis återvinning.

Anbudsgivaren ska i anbudet, dels lämna en beskrivning av hur det interna miljöarbetet bedrivs inom företaget och dels beskriva hur miljöfrågorna kommer att beaktas vid det här aktuella uppdraget.”

På denna punkt har Kjelles Service angett:

”Kravet uppfylls.

Använder miljövänliga städmaterial och miljövänliga bilar.

Avfall körs till Måtippen.

Har ett miljömöte en gång i månaden för att säkerhets ställa att det följs.”

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. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheten för den upphandlande myndigheten att begära förtydliganden eller kompletteringar av inkomna anbud bör nyttjas restriktivt med hänsyn till de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, så att risken för särbehandling undviks. Såsom HK Skog påtalat får obligatoriska krav som är bristfälligt uppfyllda i anbudet inte kompletteras i efterhand så att dessa kan anses uppfyllda först efter kompletteringen.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är vad som efterfrågades i de aktuella ska-kraven och om det ursprungliga anbudet från Kjelles Service uppfyllde dessa krav.

Ska-kraven avseende kvalitetssäkring och miljökrav i utförandet utgör krav på att anbudsgivaren ska beskriva sin kvalitetssäkringsmetod och sitt interna miljöarbete utifrån hur anbudsgivaren strävar efter att effektivisera och minska förbrukning av naturresurser, val av miljöanpassade produkter och miljöanpassad teknik samt återvinning av avfall. Svaren ska lämnas i fritextsvar och det anges inte något krav på omfattningen på de begärda beskrivningarna. Det anges också vara ett krav att anbudsgivaren ska ha en kvalitetsansvarig person.

Förvaltningsrätten anser att de aktuella ska-kraven framstår som tydliga och det kan inte utifrån ordalydelsen ha funnits några oklarheter angående vad kommunen efterfrågat. Som kommunen påpekat finns inget krav på att det ska vara en viss nivå på kvalitetssäkringsmetoden eller det interna miljöarbetet, eller på hur beskrivningen ska göras. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet oförhindrad att själv bestämma hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuellt ska-krav är uppfyllda.

Kvalitetsansvarig

Efter att kommunens begäran om ett förtydligande har Kjelles Service uppgett att det inom företaget finns en resurs som skulle inneha rollen som kvalitetsansvarig och också var utbildad inom Sam och Bam, och att ISO-certifiering pågick. Fråga är därvid om detta svar medför att nya uppgifter har lämnats. Av svaret framgår att det finns en kvalitetsansvarig person inom Kjelles Service. Detta framgår dock redan i och med att Kjelles Service angett att "Kravet uppfylls" i skakravsbilagan. Det är således inte så att Kjelles Service har lämnat en ny uppgift efter anbudstidens utgång. Kjelles

Service får istället anses ha förtydligat en redan lämnad uppgift. Något fel har därför inte begåtts i och med kommunens begäran om ett förtydligande av svaret.

Kvalitetssäkringsmetod

Det svar som lämnats, även om det är mycket kortfattat, får också anses vara tillräckligt för att ska-kravet på en beskrivning av kvalitetssäkringsmetod ska anses vara uppfyllt. Det har därmed inte kommit fram att kommunen brutit mot LOU eller mot någon grundläggande princip i LOU då kommunen begärt detta förtydligande och sedan inte uteslutit anbudet från Kjelles Service.

Miljöarbetet

Vad sedan avser kravet i skakravsbilagan på miljöarbetet anser förvaltningsrätten att det svar Kjelles Service lämnat, om än kortfattat, är tillräckligt för att ska-kravet ska anses vara uppfyllt. Kommunen har således inte heller i denna del brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Onormalt lågt anbud

Slutligen vad avser frågan om kommunen skulle ha förkastat anbudet från Kjelles Service med hänvisning till att det utgjorde ett onormalt lågt anbud konstaterar förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten har en möjlighet – men inte en skyldighet – att förkasta anbud på den grunden. Att kommunen i detta fall inte förkastat anbudet från Kjelles Service på den grunden utgör således inte ett brott mot LOU.

Sammantaget har det som HK Skog anfört inte visat att kommunen under genomförandet av denna upphandling har brutit mot LOU eller mot någon grundläggande princip som bär upp lagstiftningen om offentlig upphandling. Det har därmed inte heller kommit fram att HK Skog lidit eller riskerat att

lida någon skada med anledning av hur upphandlingen genomförts. Då det således inte föreligger grund för något ingripande från förvaltningsrätten ska ansökan avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Kristina Jonsson

tf. rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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.