



SÖKANDE

Input Interiör Sweden Aktiebolag, 556330-9201

Ombud: Jur.kand. Jesper Sundström
c/o Zacco Sweden AB
Box 142
401 22 Göteborg

MOTPART

Mälarenergi AB, 556448-9150
Box 14
721 03 Västerås

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Mälarenergi AB (Mälarenergi) genomför upphandling enligt LUF benämnd ”SF Inredning”. I tilldelningsbeslut den 20 juni 2019 har annan anbudsgivare än Input Interiör Sweden Aktiebolag (bolaget) antagits.

Bolaget yrkar i första hand att ny tilldelning ska genomföras där bolagets samtliga återopade referenser bereds möjlighet att yttra sig och dessa yttranden ska läggas till grund för utvärderingen. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Enligt upphandlingsföreskrifterna ska anbudsgivare lämna två referenser på uppdrag som motsvarar det uppdrag som upphandlingen avser. Utvärdering av referenserna kan ge ett procentuellt avdrag på anbudspriset. Referensuppdragen ska anges i bilaga till anbudet där uppdragen ska beskrivas med angivande av en referensperson samt dennes kontaktuppgifter i form av telefon och e-post. Det har inte ställts upp något krav att anbudsgivarna ska inhämta svar från referenspersonerna utan Mälarenergi har valt att själv ansvara för referensupptagningen efter att anbuderna getts in. Hur Mälarenergi avsåg att utföra referensupptagningen är inte närmare beskrivet i upphandlingsunderlaget. Referensupptagningen har dock skett genom att Mälarenergi skickat ett frågeformulär till de berörda referenserna med instruktion att besvara detta senast ett visst datum. Frågeformulären har skickats till de mailadresser som uppgetts i anbudet. Någon information om att referensupptagning påbörjats har inte meddelats bolaget eller någon annan anbudsgivare.

Bolaget har innan anbudet lämnades meddelat de personer som bolaget angett som kontaktpersoner för sina referensuppdrag. Någon närmare information om hur och när referensupptagning skulle komma att ske har bolaget inte kunnat lämna eftersom detta inte angetts i

anbudshandlingarna. Det mail som Mälarenergi skickade till kontaktpersonen på MSB (Myndigheten för Samhällsskydd och Beredskap) som bolaget uppgett som referens i anbudet nådde aldrig mottagaren eftersom mailet stoppades av MSB:s spamfilter. Mälarenergi har inte reagerat eller vidtagit någon åtgärd med anledning av att MSB inte återkom med efterfrågat svar. Mälarenergi borde ha kontrollerat att mailet kommit fram när det stod klart att något svar inte kommit från MSB. Mälarenergi bär ensamt ansvaret för att de mail som skickas inom ramen för referensupptagningen når avsedda mottagare. Det ligger helt utanför bolagets kontroll att följa upp om de åberopade referenserna blivit kontaktade av Mälarenergi eftersom Mälarenergi inte lämnat någon uppgift i anbudshandlingarna vare sig om när eller hur referenserna skulle kontaktas. Mälarenergi borde när svar uteblev från MSB antingen försökt skicka mail på nytt eller sökt kontakt med den uppgivna kontaktpersonen per telefon. Detta hade Mälarenergi kunnat göra utan risk för särbehandling av bolaget i förhållande till andra anbudsgivare. Något ytterligare försök till kontakt med referensen har Mälarenergi inte gjort. Mälarenergi har inte heller kontaktat bolaget. Att det finns en risk att mail fastnar i spam-filter var väl känt för Mälarenergi eftersom Mälarenergi instruerat anbudsgivare att kontrollera sina spam-filter i den bilaga i anbudshandlingarna där anbudsgivare skulle registrera sig.

Mälarenergi har genom utformningen av hur referensupptagning ska genomföras påtagit sig ett ansvar för att referenser kontaktas på sätt som gör att referensupptagning kan ske på ett sätt som behandlar samtliga anbudsgivare lika. Förfrågningsunderlaget saknar mekanism för vad som ska hända om en begäran om kontakt med en referens inte når mottagaren. Att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon närmare beskrivning av hur referensupptagning kommer att gå till och vad som händer om en referens inte svarar innebär att förfrågningsunderlaget strider mot principerna om öppenhet och transparens. Anbudsgivarna har heller ingen möjlighet att

kontrollera om referenstagning faktiskt skett eller om svar inkommit från referenserna. Dessa brister är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Skäl finns därför att upphandlingen ska göras om.

Bolaget skulle, om bägge referensuppgifterna beaktats, ha erhållit ett prisavdrag på 19 procent. Detta hade gjort att bolagets utvärderingspris hade varit drygt 20 000 kronor lägre än vinnande anbud. Bolaget har därmed lidit skada.

Mälarenergi bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Mälarenergi har skickat ut mail med referensformulär till samtliga angivna referensgivare den 4 juni 2019 enligt de uppgifter som anbudsgivarna lämnat. Detta var ej autogenererade mail som skickades direkt från en av Mälarenergis upphandlare. Samma mail skickades till bolagets två (2) referenser, svar inkom från en (1) av dem.

Ingen information har mottagits om att skickat mail hamnat i spam-filter eller av annan anledning inte levererats korrekt. För att upprätthålla lika-behandling och icke-diskriminering har alla referensgivare och anbudsgivare behandlats lika och ingen påminnelse har därför skickats ut via mail eller telefon till referensgivare eller anbudsgivare. Då det i upphandlingsföreskrifterna anges att ej inkomna referenser räknas som noll (0) poäng är det tydligt att det är anbudsgivarens ansvar att se till att svar från referensgivaren kommer in. Bolaget borde därför kontaktat sin referensgivare och säkerhetsställt att denne fått svarsformulär och svarat på detta eller på annat sätt givit sina referenssvar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

I 20 kap. 6 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF 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.

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande enhet brutit mot bestämmelserna i LUF att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Förvaltningsrätten konstaterar att ingen av parterna har gett in den särskilda referensbilaga i upphandlingsunderlaget där bland annat kontaktuppgifter till referensgivarna skulle anges. Det har dock inte framkommit att denna bilaga innehåller annan information rörande referenstagningen än vad parterna samstämmt presenterat för rätten.

Enligt förvaltningsrättens mening får det anses åligga anbudsgivaren att se till att samtliga de referenter som anges är villiga att ställa upp samt är tillgängliga vid referenstagningstidpunkten. Detta motsvarar också den sedvanliga ansvarsfördelningen när referenser åberopas i olika sammanhang. Någon allmän skyldighet för den upphandlande myndigheten att underrätta anbudsgivarna om referenter som inte kunnat nås, inte velat svara etc. kan heller inte anses föreligga, utöver vad som kan vara utlovat i upphandlingsunderlaget.

Det har av utredningen i målet inte framkommit annat än att Mälarenergi försökt kontakta aktuell referens med användande av de kontaktuppgifter bolaget givit. Det finns ingen uppgift om upphandlingsunderlaget stadgar att ett visst antal försök skulle göras eller att någon särskild åtgärd skulle vidtas för det fall kontakt inte kunnat etableras. Något krav på en sådan ordning kan heller inte anses följa av LUF. I den leverantörsblankett som

anbudsgivarna själva har haft att fylla i och ge in har Mälarenergi särskilt påpekat att det är av vikt att anbudsgivarna kontrollerar sina spam-filter. Denna uppmaning får anses gälla även i förhållande till bolagets instruktioner till referensen. Ansvar för att mail inte fastnar i referensens spam-filter får i den delen därför ligga på bolaget. Av upphandlingsunderlaget framgår vidare att Mälarenergi bundit sig för att vid utvärderingen ge 0 poäng för ej inkomna referenser. Mälarenergi skulle därmed också ha brutit mot principerna om transparens och likvärdig behandling om bolaget hade tillfrågats om nya kontaktuppgifter när den i anbudet angivna referenten inte kunde nås. Omständigheten att det i upphandlingen saknas mekanismer eller alternativa lösningar för kommunikationen med referensgivare innebär slutligen i sig inte att upphandlingsunderlaget lider av sådan otydlighet att det strider mot LUF.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det inte visats att Mälarenergi vid utvärderingen av anbudet frångått vad som anges i förfrågningsunderlaget eller i övrigt har brutit mot någon bestämmelse i LUF. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Kristina Jaros Åberg
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 rätts-tillämpningen.
- 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.