

**SÖKANDE**

Entreprenad Aktiebolaget Stele, 556031-6217
Box 8071
390 08 Kalmar

Ombud: Advokat Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

Ombud: Richard Sahlberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

Ombud: Biträdande jurist Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Torsås kommun (kommunen) genomförde en upphandling avseende om- och tillbyggnad av kommunhuset. Sista anbudsdagen var 19 augusti 2016. Tre anbudsgivare inkom med anbud. Av tilldelningsbeslut den 8 september 2016 framgår att annan leverantör än Entreprenad Aktiebolaget Stele (Stele) tilldelats kontraktet.

Stele ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkade att utvärderingen skulle göras om varvid vinnande anbudet förkastades.

Kommunen gjorde sedan en ny utvärdering och fann att varken vinnande leverantören eller Stele uppfyllde alla de obligatoriska kraven avseende innehav av kvalitets- och miljöledningssystem samt bevis som styrker detta. Endast en leverantör kvarstod vid utvärderingen. Detta anbud översteg dessutom med råge kommunens budget. Kommunen beslutade därför den 6 oktober 2016 att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens. Förfrågningsunderlaget var även felaktigt formulerat avseende krav på system för kvalitet och miljö. Kravet blev mer långtgående än vad kommunen avsett och ledde till att konkurrensen begränsades onödigt mycket.

YRKANDEN M.M.

Stele ansöker även om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att avbrytandebeslutet ogiltigförklaras. I huvudsak anförs följande. Det är leverantören som bär bevisbördan för att dennes miljö- och kvalitetssäkringssystem är likvärdigt det efterfrågade. Detta har Stele visat genom utlåtande från styrelsen i FR2000 samt Thomas Dahlberg som är ordföranden. FR 2000 motsvarar kvalitetssäkringssystemet ISO 9001 och miljöledningssystemet ISO 14001. Att systemen inte exakt motsvarar varandra är ointressant. Skillnaden är att ISO är mer detaljerad än FR2000 på vilket sätt

system ska upprättas och genomföras. Samma krav ställs dock på uppfyllande av mål och syfte. FR 2000 skapades för att möjliggöra för mindre företag att uppfylla krav på miljö- och kvalitetsledningssystem. ISO:s nivå av detaljreglering är inte nödvändig för att mindre företag ska kunna uppfylla uppsatta mål och syften i ISO. Enligt det av kommunens åberopade yttrandet från Staffan Larsson är det självklart möjligt att uppfylla alla krav i FR2000 samtidigt som man uppfyller ISO 9001 och ISO 14001. Exempelvis kan kraven i FR2000 på en oberoende revision i praktiken innebära att den genomförs på samma sätt som ISO men att det även kan genomföras på annat sätt. Likvärdigt kan inte innebära exakt likhet. Skillnaderna i dessa olika system måste tillåtas inom begreppet likvärdig eller motsvarande. Varje detalj i ISO kan alltså inte uppfyllas. Detta skulle strida mot principerna om proportionalitet och likabehandling.

Enligt praxis är ISO inte förbehållet ett ackrediterat certifieringsorgan. Även andra bevis på likvärdighet enligt ISO ska kunna accepteras. Certifiering enligt FR 2000 är ett sådant bevis. Myndigheten måste godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer. Om anbudsgivaren kan visa att dennes system motsvarar standarden som krävs för certifieringen ska systemen anses jämställda. Att inte godta Steles likvärdiga system strider mot 11 kap. 14 § LOU samt proportionalitetsprincipen.

Kommunen saknar godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Uppställda krav på kvalitetlednings- och miljöledningssystem är klara, tydliga och proportionerliga.

Krav på ISO eller motsvarande är mycket vanligt förekommande krav i byggentreprenadupphandlingar. Nya brister eller omständigheter kan leda till att myndigheten har godtagbara skäl att avbryta en upphandling. Enligt praxis kan en upphandling bara avbrytas om nya omständigheter inträffar som inte kunnat förutses tidigare. Det är alltså inte möjligt att avbryta en

upphandling för att krav på system för kvalitet och miljö har utformats på ett felaktigt sätt. Avbrytandet är endast en efterhandskonstruktion. Kommunen har inte visat att eventuella ÄTA-arbeten kommer att utföras och inte heller att sådana kommer att innebära att budgeten överskrids. Dessa arbeten kan dessutom leda till att anbudssumman minskas. Om kommunen önskade styra över ÄTA-arbeten i förhållande till de inkomna anbuden hade man kunnat föreskriva detta i förfrågningsunderlaget. Eftersom detta inte efterfrågats inkluderar anbuden inte påslag för detta. Enligt tidigare kammarrättspraxis ansågs avbrytande tillåtet när lägsta anbudspriset översteg gällande avtalsnivå med 25 procent. Domstolen fann inte heller att myndigheten haft möjlighet att förutse den kraftiga prisökningen.

Avbrytandet strider även mot principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens. Kommunen har i efterhand konstruerat skäl genom att tolka förfrågningsunderlagets krav i strid mot lagstiftning och rättspraxis. Steles anbud ligger inom kommunens budget, vilket är ostridigt. ÄTA-arbeten ingår inte i den beskrivna entreprenaden eller anbudssumman. Att tillmäta detta betydelse är inte transparent. Dessutom har kommunen inte visat att dessa arbeten kommer att utföras.

Kommunen yrkar att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Anbudet från Stele har förkastats eftersom bolaget inte bifogat uppgifter som styrker att bolagets kvalitets- och miljöledningssystem är likvärdigt ISO 9001 och 14001. Bolaget hade endast bifogat ett certifikat som visar att Stele certifierats enligt FR2000. Inte heller vinnande anbudet hade uppfyllt detta krav. Alla kvalitets och miljöledningssystem syftar till förbättra ett företags rutiner för kvalitets- och miljöarbete. Skillnaderna mellan systemen ligger just i procedurreglerna kring hur detta görs. Som kommunen förstår vad Stele nu anför är att det är ostridigt att procedurreglerna skiljer sig åt mellan FR2000 och ISO. Man har i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen. Dessutom framgår i punkt

AFB 17 i förfrågningsunderlaget att en förutsättning för projektet är att kostnaden ryms inom budgeterad kostnad. Dessutom har ÄTA-kostnader efterfrågats i upphandlingen. Bristande konkurrens är ett sakligt skäl att avbryta upphandlingen. I större byggprojekt tillkommer regelmässigt ÄTA-arbeten som medför att slutsumman överskrider anbudspriset. Kommunen är liten och större entreprenader förekommer relativt sällan. Av förfrågningsunderlaget framgår inte annat än att ”lägsta anbudspris” kommer att utvärderas. Vad som avses med ”lägsta anbudspris” har inte närmare beskrivits i underlaget. Kommunen har endast utvärderat de offererade anbudsummorna. Detta innebär att varken entreprenörsarvoden eller offererade timpriser beaktats vid utvärderingen. Dessa parametrar påverkar självfallet vilket anbud som rent faktiskt kommer att medföra att lägsta priset för kommunen kommer att antas. Detta är en saklig grund för avbrytande. Dessutom kan ifrågasättas om utvärderingsmodellen är tillräckligt tydligt formulerad. Utöver detta ställde kommunen krav på system för kvalitet och miljö samt att bevis om uppfyllnad ska bifogas anbudet. Avsikten med kravet var att anbudsgivaren skulle ha genomarbetade och dokumenterade kvalitets- och miljöledningssystem. Detta oavsett om systemet är certifierat eller om det är ett eget system. Kravet blev mer långtgående än vad som tänkts och står sannolikt i strid mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att beslutet vilar på sakligt godtagbara skäl och de grundläggande principerna i gemenskapsrätten inte träds för när. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Sakliga skäl att avbryta upphandlingen

Kommunen anger som grund för avbrytandet bl.a. brist på konkurrens eftersom enbart ett anbud kvarstod vid utvärderingen. Under punkten AFB 51 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska redovisa att denne har ett fungerande system för kvalitet och miljö. Dessa ska motsvara ISO 9001 och ISO 14001. Uppgifter som styrker detta krav ska bifogas anbudet. Dessa krav får anses vara obligatoriska. Stele har till sitt anbud bifogat ett certifikat för att visa att bolaget är certifierat enligt verksamhetsledningssystemet FR2000. I bilagan till certifikatet beskrivs i stora drag att systemet utgår från ISO men är enklare. Språket är enklare vilket gör det lättare att kommunicera och förstå. Det har en lägre certifieringskostnad än ISO. Det har utvecklats av Företagarna i samarbete med olika branschförbund för att göra det enklare för små- och medelstora företag att införa kvalitets- och miljöledningssystem. FR2000 är en tolkning av ISO standarderna för kvalitet och miljö. Enligt förvaltningsrättens mening syftar beskrivningen snarare till att framhäva att FR2000 är olikt ISO än att systemen faktiskt motsvarar varandra. I anbudet saknas därför uppgifter över systemet och som styrker att det motsvarar ISO 9001 och ISO 14001. Steles anbud brister därför i ett obligatoriskt krav och har således rätteligen förkastats. Efter anbudstiden utgång och i samband med ansökan om överprövning har bolaget gett in en förklaring av systemet. Utan att ta ställning till huruvida det är visat att kra-

vet är uppfyllt eller inte, konstaterar domstolen att det inte är möjligt att läka bristen i anbudet efter anbudstidens utgång.

Det är ostridigt mellan parterna att vinnande leverantören inte har ett fungerande system för kvalitet och miljö som motsvarar ISO 9001 och ISO 14001 enligt förfrågningsunderlagets krav. Sedan två leverantörer befunnits brista i uppfyllelse av de obligatoriska kraven återstår endast en anbudsgivare. Av praxis framgår att bristande konkurrens kan utgöra sakligt skäl för att avbryta en upphandling (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 ref. 35). Skäl för annat ställningstagande i detta mål föreligger inte.

Mot denna bakgrund och då utredningen i övrigt inte ger anledning till annan bedömning anser förvaltningsrätten att kommunens beslut att avbryta upphandlingen vilar på sakligt godtagbara skäl. Det har inte framkommit att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför.

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

Magnus Hansson
rådman

Föredragande har varit Helene Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.