



SÖKANDE

Anders Berglund Golv Aktiebolag, 556419-7993
Strandgatan 7 C
891 33 Örnsköldsvik

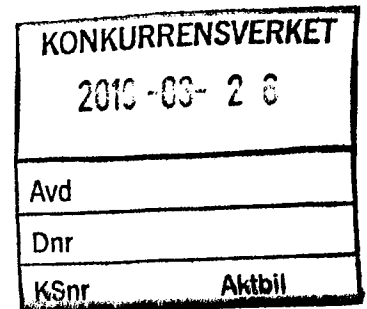
Ombud: Advokaten Henrik Bodén
Advokatfirman Bodén AB
Box 115
891 23 Örnsköldsvik

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Golvarbeten med dnr A 18-023 F. Tilldelningsbeslut fattades den 25 januari 2019 varvid BN Måleri & Golv Aktiebolag och Uno K. Westin Aktiebolag antogs som leverantörer. Anders Berglund Golv Aktiebolags (bolaget) anbud diskvalificerades med motiveringen att det inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav då ESPD eller alternativt samtliga för leverantörsprovningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran saknades.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att bolagets anbud inte ska diskvalificeras och att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Till stöd för ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Vid genomgång av lämnade anbud kan konstateras att bolaget har lämnat det lägsta budet och att bolaget därför borde ha vunnit upphandlingen. Kommunen har diskvalificerat bolagets anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyllt samtliga av upphandlingens obligatoriska krav då ESPD eller alternativt samtliga för leverantörsprovningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran saknas. Anbudsgivare ska enligt upphandlingsdokumenten vara beredd att efter begäran inkomma med en särskild försäkran på heder och samvete att det inte föreligger några omständigheter som utgör skäl för uteslutning enligt 13 kap. 1 § LOU. Egen försäkran, ESPD, är ett preliminärt intyg för att en entreprenör uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav. En sådan försäkran ska kunna lämnas för anbudsgivare samt för samtliga företag vars kapacitet åberopas.

Då anbudet lämnades in misstolkades kommunens skrivelse avseende vad som skulle skickas in och vad som kunde kompletteras i samband med anmodan. Upphandlingsdokumenten är otydliga eftersom avsnitt 1.1 Krav i bilagan Skakrav är strukturerad på ett sätt att misstolkningar kan ske. Bolaget

tolkade det som att en sanningsförsäkran kan lämnas om kommunen anmodar. Då ingen anmodan inkom lämnades inte heller någon sanningsförsäkran. Bolaget lämnade samtliga efterfrågade certifikat som tydligt klargör att bolaget uppfyller kvalificeringskraven tillsammans med anbudet; Intyg för Anders Berglund som behörig arbetsledare, intyg utfärdat av AB Svenska Våtrumskontroll som visar att bolaget är auktoriserat för yt- och tätskikt/plast samt certifikat avseende att bolaget uppfyller kraven för auktoriserat golvföretag, utfärdat av auktoriserat golvföretag. Kommunen har inte skickat någon begäran om särskild försäkran på heder och samvete till bolaget, varför någon sådan inte heller lämnades. Bolaget har därmed uppfyllt de kvalificeringskrav som uppställdes varför anbudet inte ska diskvalificeras.

Bolaget har under de senaste 30 åren haft berört uppdrag hos kommunen, med undantag för fyra år (en avtalsperiod). Bolaget är således välbevandrat och erfaret inom det aktuella uppdraget. Uppdraget är också av synnerlig vikt för bolaget med hänsyn till att det utgör omkring halva bolagets omsättning. ESPD är en relativt ny företeelse inom upphandling, varför det bör ställas högre krav på det skriftliga underlaget, så att det ej kan missförstås eller misstolkas. Bolaget har i upphandlingsdokumenten inte hittat någon bilaga med ESPD att fylla i. Mot ovanstående bakgrund finns grund för bolagets yrkande att anbudet inte diskvalificeras och att rättelse görs. Under alla omständigheter finns grund för att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider begäran om överprövning och anför i huvudsak följande. Bolaget har inte blivit kvalificerat och kan därför inte lida skada. Bolagets anbud klarade inte kvalificeringen och gick därmed inte vidare till utvärderingen. Anbudet kunde därför inte antas. Anbudet diskvalificerades eftersom det inte uppfyllde upphandlingens obligatoriska krav då ESPD alternativt samtliga för leverantörsprövningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran saknades.

I LOU regleras egen försäkran och utredning om leverantörer. Kommunen har i de administrativa föreskrifterna, AFB, i avsnittet "Upphandlingsföreskrifter", bl.a. hänvisat till att beställaren är bunden av LOU. Förutom hänvisning till LOU framgår det tydligt dels i avsnittet AFB.31 och dels i bilagan Skakrav vad som ska bifogas anbudet. I AFB.31 framgår det tydligt att bilagorna Skakrav och Utvärdering samt ifylld ESPD alternativt samtliga för leverantörsprövningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran ska skickas in med anbudet. Vidare följer bl.a. att en sanningsförsäkran ska bifogas anbudet där anbudslämnaren intygar på heder och samvete att de uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU. Anbud som inte innehåller efterfrågade uppgifter och handlingar kan komma att förkastas. Samtliga upphandlingsdokument gäller vid en upphandling, inte endast ett enstaka stycke.

I bilagan Skakrav framgår under rubriken introduktion att om anbudsgivaren har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud ska bevis/intyg enligt nedan skickas in på anmodan. Om anbudsgivaren inte har besvarat och bifogat ESPD ska samtliga bevis/intyg som begärs in på anmodan enligt nedan bifogas anbudet samt en sanningsförsäkran som intygar på heder och samvete att anbudsgivaren uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU. Bolaget skickade inte in en ifylld ESPD eller bevis/intyg o.s.v. enligt ovan. Anbudet omfattade därför inte samtliga för leverantörsprövningen nödvändiga bevis och kvalificerade sig därmed inte. Om bolaget hade skickat med ESPD hade kommunen begärt in sanningsförsäkran innan tilldelning av beslut. Bolaget skickade inte med ESPD och därför har ingen sanningsförsäkran begärts in.

Bilaga ESPD genereras av kommunens upphandlingsstöd. Den fanns med i upphandlingsdokumenten tillsammans med bilagorna Skakrav och Utvärdering. De två bilagorna har bolaget också fyllt i och lämnat in. I kommunens upphandlingsstöd finns funktionen "Fråga och svar" där anbudsgivare har möjlighet att ställa frågor bland annat om något behöver förtydligas. Bolaget har inte ställt några frågor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande ska myndighet 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 (4 kap. 1 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (20 kap. 4 § LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma 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 (20 kap. 6 § LOU).

En leverantör som lämnar ett anbud får också enligt 15 kap. 1 § LOU lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen, att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§ LOU och att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 § LOU. En sådan försäkran ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 LOU-direktivet. (Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG).

Europeiska kommissionen har i en genomförandeförordning fastställt ett sådant standardformulär som avses i 15 kap. 1 § LOU. Genomförandeförordningen innehåller två artiklar som reglerar ikraftträdandet. Vidare innehåller den två bilagor. Bilaga 2 innehåller det standardformulär som ska användas för utarbetandet av det enhetliga upphandlingsdokument och bilaga 1 innehåller anvisningar om användningen av det enhetliga upphandlingsdokumentet. På engelska benämns det enhetliga upphandlingsdokumentet European Single Procurement Document (ESPD).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande.

ADMINISTRATIVA FÖRESKRIFTER

AFB.3 Anbudsgivning

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud ska vara avgivet på svenska och enligt "svarsbilagorna Skakrav, Utvärdering och Pris" och innehålla samtliga däri begärda handlingar och uppgifter.

Anbudsgivare ska i anbudet åberopa förfrågningsunderlaget i dess helhet, det vill säga även eventuella kompletteringar.

Anbudet ska innehålla pris i enlighet med svarbilaga Pris och svarbilaga utvärdering. Pris ska anges netto, exkl. mervärdeskatt och i Svensk valuta. Samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset.

I anbud ska följande besvaras och bifogas:

- Svarbilaga Skakrav
- Svarbilaga Utvärdering
- Ifylld ESPD **alternativt** samtliga för leverantörsprövningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran. En sanningsförsäkran ska bifogas anbudet där anbudslämnaren intygar på heder och samvete att de uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU. Anbudslämnaren är därmed medveten om att straffansvar enligt 15 kap. 10 § Brottsbalken kan inträda för undertecknaren.

Ett anbud som inte innehåller efterfrågade uppgifter och handlingar kan komma att förkastas.

Bilaga Skakrav

Introduktion

OBSERVERA:

Om anbudslämnaren har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud - innebär det att bevis/intyg enligt nedan ska skickas in på anmodan.

Om anbudslämnaren INTE har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud - innebär det att samtliga bevis/intyg som begärs in på anmodan enligt nedan ska bifogas anbudet samt en sanningsförsäkran som intygar på heder och samvete att de uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU. Anbudslämnaren är därmed medveten om att straffansvar enligt 15 kap. 10 § Brottsbalken kan inträda för undertecknaren.

1.1 Krav

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska under den senaste treårsperioden genomfört:

- 6 stycken golvunderhåll innefattande mattläggning, där E har utfört golvläggning till ett värde av minst 50 kkr/uppdrag eller mer.

- 3 stycken underhåll för våtrum där E har utfört arbete till ett värde av minst 25 kkr/uppdrag eller mer.

På anmodan ska en förteckning med värde, tidpunkt och vilken mottagare.

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 myndighet-

ens brott mot LOU. I upphandlingsmål gäller som huvudprincip att domstolen är bunden av vad parterna anfört. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska därför på ett klart sätt ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Kommunen har uteslutit bolaget med hänvisning till att bolagets anbud inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav eftersom ESPD alternativt samtliga för leverantörsprövningen nödvändiga bevis samt sanningsförsäkran inte lämnats in tillsammans med anbudet. Bolaget menar att upphandlingsdokumenten är otydliga eftersom avsnitt 1.1 Krav i bilagan Skakrav är strukturerad på ett sätt att misstolkningar kan ske och att bolaget därför vid ingivandet av anbudet misstolkade vad som skulle skickas in och vad som kunde kompletteras i samband med anmodan. Kommunen menar att det framgår tydligt i upphandlingsdokumenten vad som ska bifogas anbudet, dels i avsnittet AFB.31 och dels i bilagan Skakrav.

Förvaltningsrätten kan efter att ha tagit del av upphandlingsdokumenten konstatera att avsnittet AFB.31 i sig får anses vara tillräckligt tydligt utformat för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna förstå vad som menas. Förvaltningsrätten anser dock att informationen i bilagan Skakrav brister i tydlighet avseende vad som gäller i det fall anbudsgivaren inte bifogat en ESPD till sitt anbud. ”Om anbudslämnaren INTE har besvarat och bifogat ESPD i sitt anbud - innebär det att samtliga bevis/intyg som begärs in på anmodan enligt nedan ska bifogas anbudet samt en sanningsförsäkran som intygar på heder och samvete att de uppfyller kraven i 13 kap. 1 § LOU.” Som förvaltningsrätten förstår det inkluderas

det som står i avsnitt 1.1 Krav i skrivelsen ”begärs in på anmodan enligt nedan”. I avsnittet finns vad som förefaller vara en ofullständig mening avseende vad som ska ske på anmodan; ”På anmodan ska en förteckning med värde, tidpunkt och vilken mottagare”. Även om det när man läser avsnittet AFB.31 framstår som att man i vart fall bör skicka in något av det begärda gör förvaltningsrätten, mot bakgrund av ovanstående bedömningen avseende bristerna i bilagan, att upphandlingsdokumenten sammantaget inte varit tillräckligt tydliga.

För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. Bolaget har uppgett att de lämnat det lägsta anbudet i upphandlingen. Uppgiften har inte motsagts av kommunen. Bolaget kan därför komma att lida skada av att anbudet uteslutits under kvalificeringsfasen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger. Då det är fråga om brister i upphandlingsdokumenten kan rättelse inte ske. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Erika Nyman Jonsson.



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 nyårsafton, 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.