



SÖKANDE

Pichano Husum AB, 556313-6067
Dombäck 212
896 91 Husum

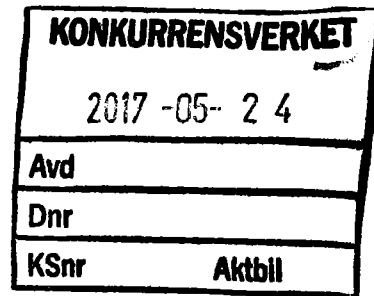
Ombud: advokaten Jimmy Carnelind och bitr.jur. Erik Jansson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Övik Energi Aktiebolag, 556019-1750
Box 11
891 21 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Övik Energi Aktiebolag (beställaren) genomför upphandlingen Beredskap, underhåll och mekanisk service för Övik Energis anläggningar (löpnr 2016/17). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och ramavtal avses tecknas med en leverantör. Det anges att beställaren kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Enligt tilldelningsbeslut den 24 februari 2017 kom anbud från tre leverantörer in. Endast anbud inkommet från Husums Mekaniska AB (Husums Mekaniska) ansågs uppfylla samtliga skakrav och beställaren meddelade därför att avtal kommer att tecknas med den leverantören.

Av utvärderingsprotokoll framgår bl.a. att det anbud som kommit in från Pichano Husum AB (Pichano) inte uppfyller ett antal ska-krav. Som sammanfattning anges angående Pichanos anbud att "Leverantören har erfarenhet och viss kompetens men kompetens och kapacitet saknas gällande två viktiga områden inom ramen för uppdraget: arbetsledning och erfarenhet/kunskap gällande lagermontage. Beställarens krav på mobil utrustning för arbete utan el och luft kan inte återfinnas i anbudet. Anbudet kvalificeras ej på grund av ovanstående."

YRKANDEN M.M.

Pichano begär överprövning, yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om, och anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Principen om likabehandling utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling och innebär bl.a. att alla anbudsgivare ska ges lika möjligheter att utforma sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande enheten. Det ankommer på den upphandlande enheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt och den upphandlande enheten får inte vid utvärderingen frånfalla uppställda krav. Det strider således mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte

uppfyller ska-kraven. I upphandlingen uppfyller inget anbud samtliga obligatoriska krav.

Av förfrågningsunderlaget p. 6.5 framgår bl.a. att anbudsgivare ska visa att den har erforderliga utbildningar och tillstånd för ”travers minst 30 ton”. Husums Mekaniska har visserligen lämnat uppgift om att anställda är utbildade i att hantera travers men såvitt Pichano kan utröna har detta inte styrkts vare sig genom CV, intyg eller på annat sätt. Ingen viktangivelse för travers finns heller i Husums Mekaniskas anbud. Beställaren har ställt ett obligatoriskt krav för vilket det erfordras anbudsuppgifter som visar att kravet är uppfyllt. Går det inte direkt av anbudsuppgifterna att utläsa att kravet är uppfyllt får inte anbudet antas. Beställaren får inte vid utvärdering beakta eventuell vetskap om en viss anbudsgivare.

Av utvärderingen framgår vidare att beställaren för Pichanos del har ansett att det är obligatoriskt att anbudet utvisar erfarenhet av beredskap. Såvitt Pichano kan utröna framgår inte detta av Husums Mekaniskas anbud.

Det kan också ifrågasättas om Husums Mekaniskas anbud uppfyller de krav som tillämpas avseende arbetsledning. Av utvärderingshandlingarna framgår att beställaren anser att Pichano offererat en arbetsledare och att detta inte anses ha varit tillräckligt för att kunna utföra uppdraget. Av samma handlingar framgår att Husums Mekaniska skulle ha offererat fyra arbetsledare. Det kan visserligen vitsordas att det av CV:n ingivna av Husums Mekaniska framgår att tre personer i sina anställningar utfört arbetsledande uppgifter. Vidare framgår att en person arbetat som projektledare. Med möjligt undantag för en av dessa fyra så framgår det dock inte någonstans i anbudet att någon eller flera av dessa personer ska inta en arbetsledande ställning inom ramen för det upphandlade avtalet. Tre av dessa fyra har huvudsakligen andra arbetsuppgifter än arbetsledning. Beställaren har förkastat Pichanos anbud bl.a. med hänvisning till att endast en arbetsledare offere-

rats. Kravställningen avseende arbetsledare får i och för sig anses vara oklar, men i den uppkomna situationen har beställaren i enlighet med likabehandlingsprincipen att tillämpa samma kriterier för andra anbudsgivare. Beställaren har trots detta felaktigt valt att utvärdera och tilldela Husums Mekaniska kontraktet, fast det anbudet rätteligen skulle ha förkastats.

Eftersom samtliga anbud rätteligen skulle ha förkastats finns inget anbud för beställaren att anta. Upphandlingen måste därför göras om varvid Pichano har möjlighet att lämna nytt anbud. Pichano har således lidit eller riskerat att lida skada.

Beställaren bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Beställaren har följt de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget och har behandlat samtliga anbud på samma sätt. Anbudet från Pichano har förkastats för att det inte uppfyller samtliga ska-krav. Anbudet från Husums Mekaniska uppfyller samtliga ska-krav.

Angående krav 6.5 på att anbudsgivaren ska ha utbildning och tillstånd gällande bl.a. travers framgår i Husums Mekaniskas anbud att de har personal utbildad för travers, precis på samma sätt som det i Pichanos anbud framgår att det finns personal som har traverskort. I förfrågningsunderlaget står inte angett att anbudsgivaren ska verifiera sina utbildningar och tillstånd. Beställaren har således inte sett någon anledning till att ifrågasätta lämnade uppgifter.

Vad gäller beredskap anges i förfrågningsunderlaget punkt 5.4 att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av arbeten av de slag som upphandlingen avser. För att visa att detta uppfylls ska referenser anges. Husums Mekaniska har bl.a. lämnat beställaren som referens där angiven referens har kunnat styrka efterfrågad erfarenhet.

Arbetsledning är en viktig funktion för uppdragets genomförande. I anbudet från Husums Mekaniska framgår i CV/beskrivning av personalen att fyra personer arbetar och har erfarenhet av arbetsledning vilket bedöms tillräckligt för uppdragets genomförande.

Samtliga anbud har behandlats lika och granskats på samma sätt utifrån de ska-krav som ställts i upphandlingen. Av Pichanos anbud framgår att det saknas kompetens och kapacitet inom arbetsledning och lagermontage samt att anbudsgivaren saknar rätt typ av mobil utrustning. På grund av detta kan anbudet inte kvalificera sig. Husums Mekaniska uppfyller enligt anbudet samtliga ska-krav och kan utvärderas. Anbudet från Husums Mekaniska kan således antas.

Pichano har härefter anfört bl.a. följande. Pichano gör gällande att även Husums Mekaniska rätteligen skulle ha förkastats då inte heller detta anbud uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav så som de tillämpats. Som ett led i att påvisa detta görs jämförelser mellan tillämpningen av kriterier på Pichanos och Husums Mekaniskas anbud då ledning om vad för krav som uppställts i övrigt saknas. Den otydlighet som uppenbart finns i förfrågningsunderlaget har inneburit att beställaren i princip haft en fri prövningsrätt vilken utnyttjats till Pichanos nackdel. Förfrågningsunderlaget är i delar så otydligt att detta i sig borde vara ett skäl för att upphandlingen ska göras om.

Beställaren har tolkat vissa krav på visst sätt vad gäller Pichanos anbud. Beställaren har då att tillämpa samma principer för Husums Mekaniskas anbud. Detta oaktat om, som beställaren själv framhåller, beställaren har tidigare erfarenhet av Husums Mekaniska som leverantör i en tidigare avtalsrelation. Beställaren har, medvetet eller omedvetet, valt att se mellan fingrarna med brister i Husums Mekaniskas anbud samtidigt som samma

kriterier tillämpats på ett striktare sätt gentemot Pichano. Genom detta har beställaren brustit i likabehandling.

Husums Mekaniska har inte angett att man har kompetens att utföra arbete med traverser 30 ton, utan endast angett kompetens för travers. Husums Mekaniskas anbud innehåller således inte ens ett påstående om att kravet uppfylls. Bristen kan inte läkas genom att beställaren har kännedom om att anbudsgivaren har kompetens på annan väg.

Husums Mekaniskas anbud anger inte heller att erfarenhet av beredskap finns inom organisationen eller bland de anställda som redovisas. Av samma skäl som ovan skulle anbudet därmed rätteligen ha förkastats, särskilt som beställaren uppgett detta som ett skäl att förkasta Pichanos anbud. En referens funktion är att bekräfta lämnade uppgifter, inte att tillföra nya uppgifter till ett anbud. Det förefaller vara ostridigt att informationen inte finns angiven i Husums Mekaniskas anbud.

Det vidhålls att det inte framgår av Husums Mekaniskas anbud att någon person ska agera som arbetsledare inom ramen för kontraktet. Motiveringen till att Pichanos anbud förkastades var att arbetsledning var nödvändig i större utsträckning än en person klarar av och att Pichano endast offererat en arbetsledare. Av detta följer att kravet som det tillämpats avser personer som de facto ska tjänstgöra som arbetsledare inom ramen för avtalet. Husums Mekaniska har inte angett att någon kommer att tjänstgöra som arbetsledare. Inte heller framgår det att mer än en person regelmässigt tjänstgör som arbetsledare. Utifrån den tolkning beställaren gjort av påstått uppställt krav i förfrågningsunderlaget skulle därmed även Husums Mekaniskas anbud rätteligen förkastas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna i kraft och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster 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 LUF (2007:1092) är därmed tillämplig i målet.

Upphandlande enhet 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. 24 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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 §§ LUF).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges under punkt **5.4 Krav på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet** bl.a. följande:

”Anbudsgivaren skall ha teknisk förmåga, kapacitet, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Samtliga för uppdraget aktuella personer skall ha erforderlig kompetens för uppdraget.

Anbudsgivaren skall i anbudet lämna en beskrivning av organisation, kompetens, teknisk förmåga, kapacitet, kvalitet- och miljöledning för att visa att ovanstående uppfylls.

Anbudsgivaren skall ha erfarenhet av arbeten av det slag som upphandlingen avser.

Anbudsgivaren skall ange minst ett referensuppdrag från de senaste tre åren, motsvarande detta uppdrag, med tillhörande kontaktuppgifter för att visa att ovanstående uppfylls. Denna referens anges i anbudsformuläret.

Kontaktuppgifterna bör innehålla årtal för utfört referensuppdrag, beskrivning av anbudsgivarens arbete och värde i uppdraget samt referenspersoner med namn, telefonnummer och e-post.

Med referenser likställs även den upphandlande enhetens egen erfarenhet av anbudsgivaren. Den upphandlande enheten förbehåller sig också rätten att inhämta egna referenser.

--- ”

Vidare anges i förfrågningsunderlagets punkt **6.5 Tillstånd och utbildning** bl.a. att

”Leverantören skall ha erforderliga utbildningar och tillstånd för att klara denna typ av entreprenad, minst nedanstående men inte begränsat till:

Travers minst 30 ton

--- ”

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LUF är att den upphandlande enheten 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 enhetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Pichano som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Upphandlingen avser beredskap, underhåll och mekanisk service för beställarens anläggningar. Tilldelning synes ha skett i enlighet med tilldelningsgrunden lägst pris, eftersom det inte anges något annat utvärderingskriterium än priset. Vad beställaren efterfrågar och vilka krav som ställs ska

också anges i det förfrågningsunderlag som hör till upphandlingen. Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

Pichano har medgett att det egna anbudet inte uppfyllde alla ställda skrav. Det är således ostridigt att beställaren förfarit riktigt då Pichanos anbud förkastades innan utvärdering. Pichano har emellertid anfört att inte heller det antagna anbudet uppfyllde alla krav, varför beställaren vid genomgång av anbuden och tilldelning av kontrakt agerat i strid med likabehandlingsprincipen då anbudet från Husums Mekaniska inte förkastades, utan i stället antogs. Pichano har också anfört att förfrågningsunderlaget innehåller otydligheter.

Vad avser frågan om kravet på att anbudsgivaren ska ha erforderliga tillstånd och utbildningar avseende travers minst 30 ton konstaterar förvaltningsrätten i likhet med beställaren att kravet inte innefattar att anbudsgivaren ska styrka detta på något särskilt sätt. Beställaren har godtagit Husums Mekaniskas uppgift om att kravet på erforderlig utbildning och tillstånd är uppfyllt. Förvaltningsrätten finner inte att beställaren har agerat i strid med

någon av upphandlingsrättslig princip då denna uppgift från Husums Mekaniska har godtagits.

Pichano har vidare anfört att det obligatoriska kravet avseende erfarenhet av beredskap, vilket Pichano inte uppfyller och därför förkastats, inte upprätthållits vid bedömningen av Husums Mekaniskas. Pichano menar därför att också det anbudet borde ha förkastats. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av beredskap omfattas av det allmänt hållna kravet på teknisk förmåga, kapacitet, kompetens och erfarenhet för att utföra uppdraget. Av krav 5.4 framgår att anbudsgivaren ska ange minst ett referensuppdrag motsvarande detta uppdrag för att visa att detta krav uppfylls. Beställaren har också angett att beställarens egen erfarenhet av anbudsgivaren kommer att likställas med referenser, och förbehållit sig rätten att inhämta egna referenser. Att angiven referens tillfrågats om anbudsgivaren uppfyller detta krav innebär inte att det är fråga om en otillåten komplettering inhämtad av beställaren, utan endast en kontroll av att inlämnade uppgifter angående Husums Mekaniskas tekniska förmåga och kapacitet i fråga om erfarenhet av beredskap uppfylls. Det har inte kommit fram att beställaren borde ha förkastat anbudet från Husums Mekaniska med anledning av vad som anförts i denna del.

Slutligen har Pichano anfört att Husums Mekaniska inte angett någon person som ska agera som arbetsledare inom ramen för det uppdrag som upphandlas och att det anbudet därför borde ha förkastats. Förvaltningsrätten finner visserligen att det inte anges uttryckligen i förfrågningsunderlaget t.ex. hur många personer med erfarenhet av arbetsledning som beställaren anser krävs för detta uppdrag. Emellertid har beställaren ansett att det finns ett flertal personer i Husums Mekaniska som har erfarenhet av arbetsledning eller arbetsledande uppgifter, och ansett det vara tillräckligt. Förvaltningsrätten anser inte att det kommit fram att anbudet från Husums Mekaniska rätteligen borde ha förkastats med anledning av vad Pichano anfört om ar-

betsledning. Den oklarhet som finns i förfrågningsunderlaget på denna punkt medför dock inte att Pichano riskerat att lida någon skada med anledning av hur beställaren förfarit under upphandlingen, eftersom Pichanos anbud ostridigt rätteligen förkastats på grund av bristande kravuppfyllelse. Inte heller vad som kommit fram i denna del medför således att det kommit fram skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LUF, enligt vilken den upphandlande enheten 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).



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

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.