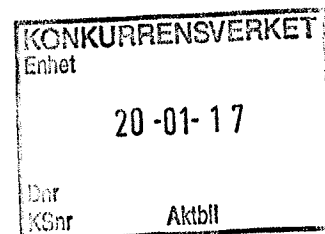




SÖKANDE

Upphandling Direkt Sverige AB, 556861-1627

Ombud: Milena Parashkevova
Upphandling Direkt Sverige AB
Kamrersvägen 51
237 34 Bjärred



MOTPARTER

1. Eslövs kommun

2. Eslövs Bostads AB, 556095-2391

Ombud för 1-2: kommunjuristen Agneta Fristedt
Kommunledningskontoret, Eslövs kommun
241 80 Eslöv

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Eslövs kommun och Eslövs Bostads AB (de upphandlade myndigheterna) genomför en upphandling av upphandlingskonsulter, dnr KS.2018.0676. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU och är uppdelad i tre anbudsområden.

Efter utvärdering har de upphandlande myndigheterna beslutat att för samtliga anbudsområden tilldela avtal till annan leverantör än Upphandling Direkt Sverige AB (Upphandling Direkt). De upphandlande myndigheterna har förkastat Upphandling Direkts anbud för samtliga anbudsområden med motiveringen att Upphandling Direkt inte inkommit med efterfrågade handlingar avseende kvalitetledningsrutiner, miljöledningsrutiner och årsredovisning inom utsatt tid.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Upphandling Direkt ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis att Upphandling Direkts anbud inte ska förkastas. Som grund för sin ansökan anför Upphandling Direkt bl.a. följande.

I upphandlingsdokumentet avsnitt 2 (ESPD) anges, gällande miljölednings- och kvalitetssäkringsrutiner, att om anbudsgivaren inte vill beskriva sina kvalitetssäkringsrutiner vid inlämnade av anbud så kommer kommunen att kräva in angivna uppgifter från de anbudsgivare som klarat alla obligatoriska krav.

Ett obligatoriskt krav i upphandlingen var att anbudsgivarens referenser inom en viss tid skulle svara ja på ett antal påståenden. Om referenserna inte

svarade inom tiden skulle anbudsgivaren få ett meddelande härom med möjlighet för referenserna att svara inom en ny tid. Upphandling Direkt fick den 7 maj 2019 information om att två referenser inte hade svarat med uppmaning att påminna referenserna om svar fram till den 10 maj 2019. Det var vid denna uppmaning som Upphandling Direkt uppmärksammade att de upphandlande myndigheterna vid ett tidigare tillfälle krävt en annan komplettering avseende miljö, kvalitet och ekonomi med en tidigare tidsfrist. Upphandling Direkt inkom med samtliga kompletteringar den 13 maj 2019, vilket var inom anbudsprövningstiden. De kompletterande handlingarna avseende miljö, kvalitet och ekonomi har därmed inkommit samma dag som de upphandlande myndigheterna har haft möjlighet att utreda om samtliga obligatoriska krav, däribland referensernas svar, uppfylls av Upphandling Direkt. Det har därför inte kunnat säkerställas att Upphandling Direkt uppfyller alla obligatoriska krav förrän den 13 maj 2019 då Upphandling Direkt inkom med begärda kompletteringar som visar att kraven är uppfyllda. De upphandlande myndigheterna har således i strid med förfrågningsunderlaget begärt kompletterande uppgifter angående miljö och kvalitet innan det har blivit säkerställt att alla obligatoriska krav uppfyllts och därigenom tillämpat en annan process kring kompletterande handlingar än vad som framgår av förfrågningsunderlaget.

De upphandlande myndigheterna har begärt och utfört referenstagning avseende Upphandling Direkt den 24 april och den 7 maj 2019, det vill säga efter den av de upphandlande myndigheterna angivna tiden för komplettering avseende miljö, kvalitet och ekonomi. Om anbudet skulle förkastats, är det inkonsekvent och oförutsägbart att de upphandlande myndigheterna begärt referenstagning vid en tidpunkt när anbudet redan skulle vara diskvalificerat. Att de upphandlande myndigheterna lade tid på att kontrollera referenser betyder att de upphandlande myndigheterna inte hade förkastat Upphandlings Direkts anbud av angivet skäl utan att det vid ett senare tillfället felaktigt har tagits beslut om att förkasta anbudet med ett resonemang om tidsfrist

istället för att notera omständigheten att de faktiskt fått in de kompletteringar som behövdes för att utreda att anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav, både vad det gäller kvalificering och krav på tjänsten. Att förkasta ett anbud med ett efterkonstruerat skäl är inte förutsägbart eller proportionerligt.

Upphandling Direkt har inkommit med samtliga begärda kompletteringar och det framgår inte av 15 kap. 3-5 §§ LOU att det föreligger någon tidsfrist för komplettering av begärda handlingar. Det bör vara godkänt att om en upphandlande myndighet begär in kompletterande handlingar i två omgångar att anbudsgivaren skickar in handlingarna i omgång två. De upphandlande myndigheterna har inom anbudsprövningstiden fått vetskap om att Upphandling Direkt uppfyller ska-kraven men valde att förkasta anbudet på grund av en tidsfrist som är irrelevant och oväsentlig i sammanhanget.

Kravet på uppvisning av årsredovisning, miljö- och kvalitetsredovisningar är ett sådant formellt krav som kunde begärts även senare vid avtalsteckning. De upphandlande myndigheterna gör ingen bedömning av kvalitet på dokumenten och därmed har de inte någon betydelse för fullgörande av uppdraget.

Det är oproportionerligt att förkasta Upphandling Direkts anbud under givna omständigheter och de upphandlande myndigheternas agerande strider mot proportionalitetsprincipen och principen om öppenhet och förutsägbarhet. Upphandling Direkt har lidit skada eftersom en korrekt hantering av kompletterande uppgifter skulle resulterat i att Upphandling Direkt tilldelats kontrakt inom samtliga anbudsområden.

De upphandlade myndigheterna bestrider Upphandling Direkts yrkande och anför bl.a. följande.

De upphandlande myndigheterna har i upphandlingsdokumenten beskrivit förutsättningarna för både anbudsprövning och hur begäran av kompletterande dokument kopplade till ESPD-formuläret ska hanteras under upphandlingsprocessen. I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.10 anges att prövning av anbud sker enligt följande

- kontroll gentemot uppställda ska-krav på tjänsten
- kontroll avseende uteslutningsgrunder och uppställda kvalificeringskrav

Enligt den inledande informationen i förfrågningsunderlagets avsnitt 2 (ESPD) ska begärd bevisning vara kommunen tillhanda senast fem arbetsdagar räknat från den dag då begäran skickats till anbudsgivaren. I samma avsnitt anges i del IV Kvalificeringskrav för: C: teknisk och yrkesmässig kapacitet – referensuppdrag och D: system för kvalitetssäkring och miljöstandarder – intyg från oberoende organ om kvalitetssäkringsstandarder och miljösystem eller miljöledningsstandarder, att anbudsgivaren kommer att få fem arbetsdagar på sig att lämna in de efterfrågade uppgifterna, från det att begäran skickats ut samt att anbudet kommer att förkastas om de efterfrågade uppgifterna inte inkommit inom angiven tidsram.

De upphandlande myndigheterna prövade efter anbudstidens utgång Upphandling Direkts anbud avseende ska-kraven på tjänsten och konstaterade att de kraven var uppfyllda. Därefter gick de upphandlande myndigheterna vidare med kvalificeringskraven och Upphandling Direkt ombads den 9 april 2019 att inkomma med komplettering avseende årsredovisning, kvalitets- och miljöledningsrutiner. I meddelandet informerades Upphandling Direkt om att kompletteringar skulle vara de upphandlande myndigheterna tillhanda senast den 16 april 2019, dvs fem arbetsdagar efter att begäran skickats. En påminnelse skickades samma dag som tidsfristen löpte ut. Upphandling Direkt inkom med begärda handlingar först den 13 maj 2019. Eftersom efterfrågade uppgifter inte inkommit inom angiven tid nödgades de upphandlande myndigheterna att förkasta Upphandling Direkts anbud.

Referenstagnning utgör inte ett sådant obligatoriskt krav på tjänsten som enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 1.10 behöver uppfyllas innan utslutningsgrunder och uppställda kvalificeringskrav kontrolleras. Referenstagnning utgör en del av ESPD:n och är därmed en del av kvalificeringsfasen.

Det framgår inte av upphandlingsdokumenten att de upphandlande myndigheterna endast kommer att efterfråga en handling i sänder för de delar som ska kompletteras avseende ESPD-avsnittet. Det torde inte heller vara lagstiftarens intuition att anbudsgivarens egenförsäkran måste utredas i etapper, där möjlighet att begära komplettering villkoras av att varje enskild etapp är uppfylld. En sådan process skulle endast kunna aktualiseras om den upphandlande myndigheten uttryckligen medger det.

Upphandling Direkt har i anbudet avseende system för kvalitetssäkring och miljöstandarder angivit att det lämnas på begäran inom fem dagar. Upphandling Direkt får härigenom anses ha accepterat, förstått och godkänt kravet avseende tidsfrister för inlämnade av handlingar. I e-postmeddelande från den 13 maj 2019 ber Upphandling Direkt om ursäkt för sent svar, vilket ytterligare stärker bilden av att Upphandling Direkt insett att handlingarna inte inkommit inom den utsatta tiden.

Kvalificeringskraven utgör inte endast en formalitet utan har en stor betydelse för de upphandlande myndigheterna när det gäller att säkerställa leverantörens fullgörandeförånga för det enskilda kontraktet.

De upphandlande myndigheterna har följt den utvärderingsprocess som angivits i upphandlingsdokumenten och principerna om transparens och förutsägbarhet är därmed uppfyllda. Upphandling Direkts anbud har i enlighet med förfrågningsunderlaget förkastats eftersom anbudsgivaren inte inkommit med begärda handlingar inom utsatt tid. Upphandling Direkt kan därmed inte anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerade sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Enligt 15 kap. 1 § LOU får en anbudsgivare under vissa förutsättningar lämna en egen försäkran. Försäkran ska lämnas in i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59,2. i direktiv 2014/24/EU.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att en leverantör som har lämnat in en försäkran enligt 1 § ska på begäran av en upphandlande myndighet komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. En sådan begäran får göras när som helst under ett upphandlingsförfarande om myndigheten anser det vara nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt.

I 15 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. På begäran av den upphandlande myndigheten ska den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontrak-

tet lämna sådana kompletterande dokument enligt 6-13 §§, och i förekommande fall enligt 14 och 15 §§, som visar aktuella förhållanden. En sådan begäran ska göras innan myndigheten beslutar om att tilldela ett kontrakt.

Enligt 15 kap. 10 § 2 LOU får en upphandlande myndighet begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av årsredovisningar eller utdrag ur dem. - Av 15 kap. 14 och 15 §§ LOU framgår närmare krav på Kvalitetssäkringsstandarder och Miljöledningsstandarder.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande. Ett uttalat syfte med de nya direktiven är att minska den administrativa bördan för såväl upphandlande myndigheten som leverantörer vid upphandling och även att möjliggöra ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag. Ett led i den strävan är den nya standard för anbudsgivning som införts i LOU-direktivet, det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD). Egenförsäkran utgör ett preliminärt bevis. För den upphandlande myndigheten innebär den egna försäkran att den kan avvakta med att begära in kompletterande dokument och utgå från att det som sägs i försäkran är riktigt om inget annat talar för motsatsen. Kompletterande dokument får begäras in när som helst under en upphandling om det är nödvändigt för att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt. Vidare ska den upphandlande myndigheten begära in de kompletterande dokumenten avseende den leverantör myndigheten avser att tilldela kontraktet. - Om en sådan begäran görs ska leverantören lämna in de dokument som myndigheten begärt. De kompletterande dokumenten utgörs av intyg som omfattas av den egna försäkran. Med detta menas intyg som visar att uteslutningsgrund saknas och att kvalificeringskraven är uppfyllda. Med uttrycksättet ”när som helst” avses att behovet att kontrollera leverantören kan uppstå när som helst under upphandlingsförfarandet och kontrollen ska då göras i anslutning till att behovet uppstår. En förutsättning för att de kompletterande dokumenten ska få begäras in är att en upphandlande

myndighet anser att det är nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt. Det är alltså upp till myndigheten att avgöra om kompletterande dokument ska inhämtas men myndighetens frihet begränsas i viss mån av att det ska vara nödvändigt för att förfarandet ska kunna genomföras korrekt (prop. 2015/16:195 s. 768-770 och 1099).

Upphandlingsdokument i relevanta delar

I upphandlingsdokumentet punkt 1.10 anbudsprovning anges följande.

Provning av anbud sker enligt följande:

- Kontroll gentemot uppställda ska-krav på tjänsten
- Kontroll avseende uteslutningsgrunder och uppställda kvalificeringskrav

Av upphandlingsdokumentet avsnitt 2 European Single Procurement Document (ESPD), del IV kvalificeringskrav, punkt D: System för kvalitets-säkring och miljöstandarder framgår gällande kvalitetssäkringsstandarder och miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder bl.a. följande.

Det är frivilligt om anbudsgivaren vill beskriva sina kvalitetssäkringsrutiner redan vid inlämnade av detta anbud. Om anbudsgivaren väljer att vänta med inlämnade av uppgifterna kommer kommunen kräva in alla nedan uppgifter från de anbudsgivare som klarat alla obligatoriska krav. Anbudsgivaren kommer då att få fem (5) arbetsdagar på sig att lämna in de efterfrågade uppgifterna, från det att begäran har skickats ut. Om de efterfrågade uppgifterna ej inkommit inom angiven tidsram kommer anbudet att förkastas.

I samma avsnitt (avsnitt 2), del IV kvalificeringskrav, punkt C: Teknisk och yrkesmässig kapacitet anges angående referensuppdrag för varje anbudsområde bl.a. följande.

Efter anbudsöppning kommer kommunen att skicka bifogad referensblankett (se bilaga 1) per e-post till angivna referenter. Referenterna kommer att få

fem (5) arbetsdagar på sig att besvara frågorna (preliminärt under v. 8 – v. 10). I det fall referenten/kontaktpersonen inte svarar inom angiven tid, kommer anbudsgivaren att kontaktas för att ges möjlighet att uppmana referenten att svara. Om referenten inte fyller i och skickar formuläret senast inom tre (3) arbetsdagar efter sådan kontakt med anbudsgivaren, kommer anbudsgivaren inte att gå vidare till fortsatt utvärdering.

Samtliga frågor i bilaga 1 referensblankett ska besvaras med ”Ja” för att anbudsgivaren ska bli kvalificerad för vidare utvärdering enligt denna upphandling. Om referenten svarat ”Nej” på en eller flera frågor diskvalificeras anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Anbud som inte uppfyller obligatoriska krav ska som regel inte beaktas vid utvärderingen. De krav som föreskrivs i upphandlingsdokument måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet och förutsebarhet. Det ankommer på Upphandling Direkt att visa att de upphandlande myndigheterna felaktigt har förkastat dess anbud.

I målet är ostridigt att Upphandling Direkt inte inkommit med efterfrågade handlingar avseende kvalitetssäkringsstandarder och miljöledningssystem eller miljöledningssystemstandarder inom den tidsram som angivits i de upphandlande myndigheternas begäran om komplettering.

Upphandling Direkt har gjort gällande att de upphandlande myndigheterna, genom att begära in komplettering avseende miljö och kvalitet innan samtliga referensblanketter inkommit till de upphandlande myndigheterna, har agerat i strid med den process som beskrivs i upphandlingsdokumenten eftersom de upphandlande myndigheterna dessförinnan inte har kunnat säkerställa att samtliga obligatoriska krav i upphandlingen var uppfyllda.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter enligt 15 kap. 3 § LOU när som helst kan begära in komplettering av egenförsäkran och av förarbeten framgår också att det är upp till de upphandlande myndigheterna att avgöra om komplettering ska inhämtas. Upphandling Direkt kan därmed inte anses ha visat i målen att de upphandlande myndigheterna har agerat i strid med LOU eller de grundläggande principerna genom att begära komplettering avseende miljö och kvalitet före det att komplettering avseende referenserna begärts, oaktat lydelsen av upphandlingsdokumenten.

Vidare framgår av upphandlingsdokumenten inom vilken tidsfrist komplettering ska komma in till de upphandlande myndigheterna och att anbud kommer att förkastas om komplettering inte inkommer i tid. Mot den bakgrunden kan det, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses oproportionerligt eller övrigt strida mot de grundläggande principerna att förkasta Upphandling Direkts anbud. Att de efterfrågade handlingar faktiskt inkommit efter tidsfristens utgång förändrar inte denna bedömning. Upphandling Direkt har således inte visat att det föreligger skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Bertil Idarsson

Madelene Rask har föredragit målen.



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.

