



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-01-26
Meddelad i Jönköping

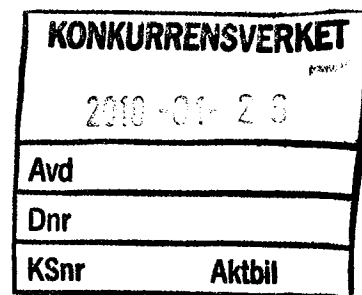
Mål nr
4564-17

SÖKANDE

Transportaktiebolaget i Jönköping, 556767-3305
Box 3181
550 03 Jönköping

Ombud: Advokat Maria Karlsson
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

Ombud: Advokat Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping



MOTPART

Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda

Ombud: Advokat Siv Ann Andermyr
Andermyr Advokat AB
Box 70396
107 24 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Vetlanda kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende transport- och anläggningsmaskintjänster; snöröjning och kantslätter, dnr UH-2017-57. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Genom tilldel-

Dok.Id 245126

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

ningsbeslut den 13 september 2017 har annan leverantör än Transportaktiebolaget i Jönköping (bolaget) antagits.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen avseende *del 1.0 Transport- och anläggningsmaskintjänster* och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende denna del får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelse ska ske genom att en ny utvärdering genomförs, varvid anbudet från GDL Transport Aktiebolag (GDL) utesluts.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Upphandlingen har skett i strid med 4 kap. 1 § LOU då GDL:s anbud inte uppfyller samtliga ska-krav. GDL har också tillåtits inkomma med en otillåten komplettering. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller alla föreskrivna krav strider mot de grundläggande rättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Eftersom Bolaget är nummer två i upphandlingen har Bolaget lidit eller riskerar att lida skada. Upphandlingsmyndigheten har ställt ett antal krav som ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas. Dessa är markerade med ”Krav”. I bilagan *Utvärdering* finns ett krav 1.0.5 där anbudsgivare ska fylla i ”förarkostnad, timpris (för reglering enl. anläggningsmaskinindex).” GDL har här inte lämnat efterfrågat timpris för förare, utan i stället bifogat ett antal bilagor som efterfrågats under ett annat krav. I dessa finns dock inte den efterfrågade uppgiften. Kommunen har efter anbudsöppning begärt ”förttydligande” och bett GDL komma in med prisuppgiften och då fått svaret 300 kr per timme. Att frågan har ställts visar att uppgiften helt saknades i anbudet. Kommunen har inte haft möjlighet att bortse eller göra undantag

från de uttryckliga krav man har ställt i upphandlingen. Förfarandet skulle bryta mot principerna om transparens och likabehandling. Den begärda kompletteringen är en otillåten komplettering då nya sakuppgifter inte får tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna komplettera och förtydliga är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan att konkretisera redan lämnade uppgifter, se prop. 2015/16:195, s 977.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref. 37 ansett att det strider mot likabehandlingsprincipen att begära förtydligande eller komplettering av ett anbud som inte har uppfyllt ett obligatoriskt krav. Den omfattande kammarrättspraxis som finns på området anger restriktivitet avseende möjligheten att komplettera eller förtydliga en anbudsansökan eller ett anbud som saknar en uppgift som typiskt sett påverkar dess innehåll. Kammarrätterna har i flera fall ansett att obligatoriska uppgifter som helt utelämnats inte kan kompletteras. Den komplettering som är aktuell i målet är sådan att den inte omfattas av möjligheterna att komplettera enligt 4 kap. 9 § LOU.

Eftersom GDL inte har uppfyllt samtliga ska-krav och tillåtits inkomma med en otillåten komplettering ska upphandlingen rättas så att en ny utvärdering genomförs utan att GDL:s anbud beaktas.

Kommunen

Det är korrekt att man har genomfört en upphandling av transport- och anläggningsmaskintjänster samt att GDL utelämnat uppgiften om förarpris, timpris som har varit ett krav enligt *Utvärderingsmodell/Anbud punkt 1.0.5*. Uppgiften är dock inte ett ska-krav. Det framgår att denna ska anges för att ligga till grund för framtida reglering av anläggningsmaskinindex. Det är en formell basuppgift som helt saknar betydelse för anbudets innehåll och bedömning. Kostnaden påverkar inte anbudssumman eller bedömningen av

anbudsgivarens finansiella, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Därför har GDL:s anbud kunnat kompletteras utan att konkurrenssituationen mellan anbudsgivarna har förändrats. En liknande komplettering skulle ha tillåtits från övriga anbudsgivare och strider alltså inte mot principerna om likabehandling och öppenhet. Upphandlingsenheten saknar helt möjlighet att vid anbudsprövningen lägga förarkostnaden till grund för en jämförelse.

Ska-kraven är obligatoriska sådana som ska vara uppfyllda redan i anbudet och de framgår av en särskild bilaga kallad "Skakrav".

Upphandlingsmyndigheten har bett GDL komplettera sitt anbud med förarkostnaden eftersom denna behövs för senare indexering av anbudspriset, men förarkostnaden har inte utvärderats eller bedömts på något sätt och har alltså inte påverkat anbudets innehåll. Uppgiften är ett krav, men inte ett ska-krav. Under punkten 1.0.1 anges att olika intyg och bevis ska bifogas till anbudet, men det står inte under punkten 1.0.5 att förarkostnaden ska bifogas anbudet. De priser som har utvärderats framgår av Utvärderingsmodell/Anbud, prisfrågorna 1.1-1.16 (fordon alternativt fordon med förare). Kravet som uppställts i punkten 1.0.5 är inte en prisfråga. GDL:s anbud antogs då det var lägst och Bolaget kom på andra plats med det näst lägsta priset. Begäran om komplettering har skett i överensstämmelse med upphandlingsföreskrifterna punkt 2.2 som överensstämmer med 4 kap. 9 § LOU. Kompletteringen var förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. Att komplettera innebär per definition att nya uppgifter lämnas. Kommunen hänvisar bl.a. till HFD 2016 ref. 37 samt prop. 2015/16:195, s 976 ff. HFD:s dom I och II avsåg saknade obligatoriska uppgifter som hade betydelse för bedömning av anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och en komplettering av sådana uppgifter påverkar konkurrenssituationen mellan anbudsgivarna. Det är inte fallet i målet. Även den återopade kammarrättspraxisen avser uppgifter som förändrar anbudens innehåll.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU 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.

De grundläggande principerna som anges i 4 kap. 1 § LOU ska iakttas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling och ett obligatoriskt krav ska upprätthållas genom hela upphandlingsförfarandet, se HFD 2016 ref. 37.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet gäller i första hand om kravet på att ange förarkostnad m.m. har varit ett obligatoriskt krav, ett s.k. ska-krav. Kravet är upptaget i kom-

munens Utvärderingsmodell under rubriken 1.0.5 Krav och lyder: ”Ange förarkostnad, timpris, (för reglering enligt anläggningsmaskinindex).”

Definitionsmässigt bör ett ska-krav innehålla ordet ska. Det kan konstateras att kravet vid punkten 1.0.5 inte innehåller detta ord. Det anges inte heller på något annat sätt att kravet är obligatoriskt. Som jämförelse i Utvärderingsmodellen kan nämnas att övriga krav med numreringen 1.0.1-4 innehåller ordet skall. Exempelvis sägs i kravet 1.0.3 att förare skall kunna tala, läsa och skriva svenska. Vidare anger kommunen att ett krav är obligatoriskt genom att särskilt föreskriva detta. Som exempel kan nämnas krav som avser prisfrågor med numreringen 1.1-16. Där skriver upphandlingsmyndigheten att Pris är obligatorisk information för denna post.”

Bolaget har även hävdatt att kravet på förarkostnad är en prisfråga och att ”enligt Upphandlingens föreskrifter gäller att samtliga prisfrågor ska prissättas.” Enligt förvaltningsrättens mening måste emellertid med prisfråga i upphandlingens mening avses endast de frågor som anges under rubriken ”Prisfråga”. Kravet på förarkostnad har inte någon sådan rubrik och kan därför inte hänföras till denna kategori.

Då kravet på att ange förarkostnad inte innehåller ordet ska och inte heller på något annat sätt angetts vara obligatoriskt finner förvaltningsrätten att det inte varit ett obligatoriskt krav. GDL:s anbud ska därför inte diskvalificeras av den anledningen att GDL har underlåtit att uppfylla ett ska-krav.

Det framgår av utredningen i målet att uppgiften om förarkostnad inte haft någon betydelse vare sig vid kvalificering av leverantörer eller vid utvärdering av anbud. GDL:s senare komplettering av uppgiften kan därför inte anses strida mot likabehandlingsprincipen eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis finns inte skäl att bifalla bolagets talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Henric Ottosson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

