



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2019-11-27
Meddelad i Stockholm

Mål nr
24087-19

SÖKANDE

D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolag, 969684-7251

Ombud: Isac Özcan
Izze legal services
Sköntorpsvägen 27
120 38 Årsta

MOTPART

AB Botkyrkabyggen, 556064-6191

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist
Advokat Linnea Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2019 11 27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1167850

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd30.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

AB Botkyrkabyggen (Botkyrkabyggen) genomför en upphandling av markskötselarbeten i Fittja och Alby (ref.nr. 19/18). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt tilldelningsbeslut den 15 oktober 2019 har annat anbud än D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolags (DNTM) antagits i upphandlingen.

DNTM ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Den 24 september 2019 uppdaterades ”bilaga 3. Tjänstebeskrivningar”. Denna uppdatering medförde ett nytt krav för anbudsgivarna i upphandlingen. Kravet som uppstod är i form av ytterligare bilaga med prisuppgift gällande denna. Uppdateringen med dess innebörd av ytterligare kriterium för anbudsprövning har inte kommunicerats enligt de till upphandlingen tillhörande upphandlingsföreskrifter. Av UF 3.2.1 och UF 3.2.3 framgår att www.tendsign.com är det forum som ska användas för kommunikation avseende kompletterande upphandlingsdokument. Botkyrkabyggen har i och med denna uppdatering skickat ut ”massbrev” som utgör en funktion i TendSign. Vad som händer när man skickar massbrev är att alla anbudsgivare som ”visat intresse” i TendSign för upphandlingen genom att ladda ner dokumenten på plattformen får ett e-postmeddelande till den angivna e-postadress på www.tendsign.com. E-postmeddelandet som skickats ut informerar alla ”intresserade” anbudsgivare om den nya uppdateringen. Av UF 3.2.3 framgår att kompletterande upphandlingsdokument med uppkomna förändringar bevakas av leverantörerna via www.tendsign.com. DNTM:s inställning är att ett sådant komplement måste vara tillräckligt tydligt och framgå på plattformen direkt. Det kan inte anses vara förenligt med principen om öppenhet att skicka massbrev per e-post till potentiella anbudsgivare, i stället för att publicera information på plattformen direkt.

Sedvänja är att upphandlande myndigheter publicerar denna typ av information på sektionen ”Frågor & svar” för att det ska vara lättillgängligt och tydligt. All information som behövs ska finnas tillgänglig i upphandlingsverktyget Tendsign. Det är inte samma sak att behöva hämta information från bolagets e-postmeddelandeinkorg. Den upphandlande myndigheten ska kommunicera elektroniskt, det är därför särskilt viktigt att det görs på ett vederhäftigt sätt. Den felaktiga hanteringen av Botkyrkabyggen har medfört att sex av sju anbudsgivare förkastats på samma grund. Om Botkyrkabyggen i stället hade kommunicerat via www.tendsign.com skulle sex andra anbudsgivare haft möjlighet att kvalificeras vilket således även hade främjat konkurrensen.

Botkyrkabyggen bestrider yrkandet att upphandlingen ska göra som och yrkar för egen del att ansökan om överprövning ska avslås av förvaltningsrätten. Botkyrkabyggen har genomfört upphandlingen i enlighet med upphandlingsföreskrifterna, LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Botkyrkabyggen har tillhandahållit samtliga upphandlingsdokument, inklusive det kompletterande upphandlingsdokumentet via TendSign i enlighet med vad som föreskrivits i upphandlingsföreskrifterna och som i övrigt följer av LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet principerna om transparens och öppenhet samt likabehandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga regler och rättsliga utgångspunkter

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr. rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att DNTM:s anbud inte har kvalificerats för utvärdering eftersom anbudet saknat handling med pris för 1 st. komplett sandsopningsomgång av Alby C garage. Det tillkommande obligatoriska kravet som inte uppfyllts framgår av en handling som skickats med funktionen massbrev i upphandlingsverktyget TendSign till de leverantörer som registrerat sitt intresse för att kunna ta del av upphandlingsdokumenten. DNTM anför att det tillkommande obligatoriska kravet borde ha publicerats på TendSign och att användandet av funktionen massbrev i TendSign står i strid med UF 3.2.3 i upphandlingsföreskrifterna.

Av UF 3.2.3 "Kompletterande upphandlingsdokument" framgår bl.a. att leverantören själv bevakar eventuella kompletteringar under anbudstiden via www.tendsign.com. Enligt förvaltningsrätten kan emellertid denna upplysning inte ges innebörden att Botkyrkabyggen skulle vara förhindrade att använda funktionen massbrev i upphandlingsverktyget TendSign. DNTM har vidare inte förklarat på vilket sätt detta skulle ha omöjliggjort eller ens försvårat för bolaget att efterkomma det obligatoriska kravet och enligt förvaltningsrätten får det antas att en normalt omsorgsfull leverantör tar del av information om en upphandling där man avser att lämna anbud även om den skickats med funktionen massbrev i upphandlingsverktyget TendSign.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att DNTM inte har visat att Botkyrkabyggen brutit mot transparensprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i LOU genom det aktuella användandet av funktionen massbrev i upphandlingsverktyget TendSign. Det saknas därmed anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Åsa Nilsson
Rådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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.

