



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM

2017-10-04

Meddelad i Göteborg

Mål nr

2476-17

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Box 732

182 17 Danderyd

Ombud: Advokaten Maria Pedersen och jur. kand. Sofia Wedbäck

Advokatfirman Pedersen AB

Box 3462

103 69 Stockholm

MOTPART

Gryning Vård AB, 556605-8201

Box 5154

402 26 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på sådant sätt att en ny prövning av anbudet genomförs avseende byggtjänster, region 3.

KONKURRENSVERKET	
2017-10-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 497052

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND

Gryning Vård AB genomför en upphandling av *Ramavtal avseende bygg-tjänster 2016-10-12*, dnr 2016-0042. Anbud kan lämnas på en eller flera yrkeskategorier avseende 1-4 regioner.

Av tilldelningsbeslut den 20 februari 2017 framgår att Gryning Vård AB avseende måleritjänster för region 3 valt att teckna avtal med i rangordning Tingstad Måleri AB (Tingstad), Sandå Sverige AB och S2 Måleri AB.

YRKANDEN M.M.

Sandå Sverige AB (Sandå) yrkar att upphandlingen i den del den avser region 3 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbuds-kvalificering har skett, varvid Tingstads anbud ska förkastas från utvärdering.

Till stöd för talan anförs bl.a. följande.

Av kod AFB.31 framgår att anbudsformuläret ska besvaras. Det framgår vidare av koden att alla uppgifter enligt anbudsformuläret ska lämnas, att anbud som inte är kompletta riskerar att inte tas upp till prövning, och att ett komplett anbudsformulär ska lämnas för respektive arbetsområde.

Referensuppdrag

I förfrågningsunderlaget har ställts upp ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren till sitt anbud ska beskriva och förteckna referensuppdrag. Tingstad uppfyller inte de obligatoriska kraven som ställts på teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att inte ha uppgett uppgifter om uppdragsgivarens kontaktuppgifter, referensperson som Gryning ska kontakta, entreprenadens

värde, entreprenadens tidslängd, tidpunkt då entreprenaden startade samt tidpunkt för entreprenadens upphörande alternativt om de är pågående, samt uppgift om uppdragsgivaren är offentlig eller privat, som krävts enligt kod AFB.51 d) och av punkten 7 i anbudsföreläret. Dessa uppgifter saknas beträffande båda referensuppdragen som Tingstad uppgett.

De aktuella kraven har uppställts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet har varit viktigt för Gryning. Kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan i sig inte anses oproportionerligt.

Gryning har själv medgett att Tingstad i sitt anbud utelämnat ”ett fåtal formella uppgifter”. Uppgifterna är dock inte formella utan obligatoriska enligt förfrågningsunderlaget.

Genom att Gryning antagit ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen har konkurrensen snedvridits och likabehandlingsprincipen åsidosatts.

Om Tingstad inte har lämnat de obligatoriska bevisen och uppgifterna som krävts enligt förfrågningsunderlaget ska Tingstads anbud förkastas och inte tas upp till utvärdering, detta helt oavsett om Tingstad rent faktiskt uppfyller de obligatoriska kraven.

Upphandlande myndighets användning av egna referenser

Det är korrekt att det i vissa fall är tillåtet för en upphandlande myndighet att använda egna referenser eller uppgifter. För att s.k. egenreferenser ska vara tillåtet krävs det att det i förfrågningsunderlaget framgår hur den upphandlande myndigheten avser att använda egna referenser. Det ska också

ske på ett objektivt sätt och enligt de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet.

Det har inte av förfrågningsunderlaget framgått att den upphandlande myndigheten avser att använda sig av s.k. egenreferenser. Eftersom detta inte angetts har den upphandlande myndigheten inte möjlighet att använda sig av egna referenser. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Det har således krävts av Tingstad att uppgifter beträffande referensuppdragen åt den upphandlande myndigheten lämnats, vilket Tingstad inte gjort.

Egna referenser är referensuppdrag hos den upphandlande myndigheten som åberopas som bevis. Tingstad har angett ”diverse jobb hos Gryning”, vilket är ett åberopande av den upphandlande myndighetens egna referenser.

Prisformuläret

Av anbudsformuläret punkten 12 följer att priset ska anges i prisformuläret. Anbudsgivare är därför skyldiga att fylla i uppgifter i prisformuläret för att uppfylla kod AFB.31. Tingstad har inte fyllt i vilken region priserna avser. Detta är således ett obligatoriskt krav som Tingstad inte har uppfyllt.

Sammanfattningsvis

Vinnande anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven i upphandlingen. Tingstads anbud skulle rätteligen ha förkastats. Genom att ha utvärderat Tingstads anbud, trots bristerna, har den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Vid en korrekt hantering av vinnande anbud hade Sandå tilldelats kontraktet i upphandlingen. Upphandlingen ska rättas på så sätt att Tingstads anbud förkastas.

Gryning Vård AB (Gryning) yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Referensuppdrag

Tingstad har genom sitt anbud genom åberopande av bland annat uppdrag genomförda för Gryning styrkt sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet i enlighet med de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Gryning har inte frånfallit några obligatoriska krav i upphandlingen. Tingstad har i sitt anbud utelämnat ett fåtal formella uppgifter, men det har varit klart vilka referensuppdrag som åberopats. Genom att Gryning har tillgång till information om de referensuppdrag som åberopats har Gryning enkelt kunnat konstatera att Tingstad har den erfarenhet som krävs.

Det vore oförenligt med principen om proportionalitet och ändamålet med de nya reglerna i LOU om kontroll av leverantörer att utesluta en anbudsgivare som har åberopat ett referensuppdrag där ytterligare information om uppdraget finns tillgängligt hos den upphandlande myndigheten, enbart av det skälet att vissa formella uppgifter inte tydligt har redovisats.

Upphandlande myndighets användning av egna referenser

Det finns inget hinder, vare sig i förfrågningsunderlaget eller i LOU, mot att en anbudsgivare åberopar uppdrag utförda för den upphandlande myndigheten i syfte att styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kravet har endast syftat till att verifiera att anbudsgivaren har genomfört uppdrag av viss storlek och omfattning. Tingstad har i anbudet själv uppgett Gryning som referens för att styrka sin erfarenhet. Någon möjlighet för Gryning att själv välja uppdrag som försätter Tingstad i ett bättre eller sämre läge finns inte. Gryning har använt sig av egna referenser i den mening som avses i det av Sandå åberopade kammarrättsavgörandet.

Brister i prisformulär

Det är riktigt att Tingstad i prisformuläret inte har uppgett vilken region som bilagan avser. Det finns dock inget sådant krav i upphandlingen, vare sig i prisformuläret eller i upphandlingsdokumenten i övrigt. De instruktioner som finns anges i prisformuläret. Där anges att anbudsgivarna ska fylla i pris per timme för aktuell kategori samt entreprenörsarvode i procentpåslag i de gråmarkerade rutorna. Det finns alltså inget explicit krav på att alla gråa rutor ska fyllas i eller att det är ett obligatoriskt krav att ange vilken region som avses. I anbudsformuläret har Tingstad tydligt redovisat att anbudet avser region 1 och 3. Det finns därför ingen oklarhet rörande vilka regioner anbudet avser. Tingstads anbud brister därmed inte i denna del.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Upphandlande myndigheter 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas (jfr EU-domstolens dom C-27/15 och HFD 2016 ref. 37 I-II).

Prisformulär

Det saknas ett uttryckligt krav i upphandlingen att det i prisformuläret ska anges vilken region eller vilka regioner som anbudet avser, låt vara att det finns en gråmarkerad ruta för detta i formuläret. Med hänsyn till detta och eftersom Tingstad på annan plats i anbudet har angett vilka regioner som anbudet omfattar har i allt fall inte någon överträdelse skett på sådant sätt att de grundläggande principerna i LOU kan anses ha trätts för när. Något skäl för ingripande i upphandlingen föreligger därmed inte på denna grund.

Referensuppdrag m.m.

Det är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget ställs obligatoriska krav på att leverantören ska lämna referenser från två uppdrag samt att i fastställd svarsmall bl.a. lämna uppgifter om uppdragets omfattning, tidsåtgång och när den genomfördes. Parterna är även överens om att Tingstads anbud

avseende i vart fall ett av referensuppdragen saknar nyss nämnda uppgifter. Trots avsaknaden av dessa uppgifter har Gryning utvärderat anbudet. Enligt praxis finns emellertid endast möjlighet att utvärdera anbud som innehåller all efterfrågad information och som uppfyller ställda obligatoriska krav. Den omständigheten att vare sig LOU eller förfrågningsunderlaget ställer upp några hinder mot att använda s.k. egenreferenser innebär inte att efterfrågade obligatoriska uppgifter kan utelämnas på sätt som nu har skett. Inte heller är det nya upphandlingsregelverket tillämpligt i detta mål och åsyftad bestämmelse skulle inte medföra en annan bedömning i detta avseende. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda ska-krav har Gryning brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför förutsättningar för att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Det är tillräckligt att utvärderingen rättas avseende ramavtal av byggtjänster, region 3.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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-postadress, 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 rättsens 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 rättsens 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.