



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2017-03-08
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6484-16 E

SÖKANDE

Starfors Måleri AB, 556916-0939
Centralgatan 2C
744 32 Heby

MOTPARTER

1. Hebyfastigheter AB, 556644-0201

2. Hebygårdar AB, 556529-5093

Ombud för 1 och 2: Advokat Lovisa Nordström Lagerwall och
Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att ny prövning av anbuderna genomförs varvid Starfors Måleri AB inte förkastas på grund av att man inte angett något om underentreprenörer.



Dok.Id 203651

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Hebyfastigheter AB och Hebygårdar AB (Hebyfastigheter) har genomfört en upphandling avseende årsavtal, ramavtal för måleriarbeten. Starfors Måleri AB (Starfors) anbud förkastades då man inte angett vilka underentreprenörer man avsåg att använda för uppdraget. Efter att Starfors ansökt om överprövning av upphandlingen har Hebyfastigheter beslutat att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrätten har i mål nr 6654-16 kommit fram till att beslutet att avbryta upphandlingen ska upphävas.

YRKANDEN M.M.

Starfors ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Starfors anbud tas upp till utvärdering och en ny utvärdering genomförs. I andra hand yrkar Starfors att upphandlingen ska göras om med korrekta förutsättningar för att utse rättmätig anbudsvinnare.

Till stöd för sin talan anför Starfors i huvudsak följande. Av punkten AFD.22 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ange "vilka" underentreprenörer man avser att använda sig av på kommande ramavtal. Då Starfors utför arbete i egen regi och inte avsett att använda sig av någon underentreprenör har man inte angivit något. Hebygårdar AB:s representant [REDACTED] kontaktade Starfors muntligen för att fråga ifall man använde sig av underentreprenörer för lackering av luckor. Starfors svarade att man vid några tillfällen använt sig av underentreprenörer. Starfors uppfattade det inte som att frågeställningen gällde för framtida lackering, utan snarare hur uppgiften utfördes i nuläget. Starfors har i företagspresentationen angett att man avser att anställa personal vid nytt avtal och Starfors har intern kunskap för att utföra lackering av luckor. Lackering av luckor är enbart en liten del av avtalet och kravet är inte proportionellt. Det är inte heller proportionellt

att förkasta ett anbud på grund av en liten teknikalitet som inte påverkar uppdragets utförande. Kravet strider även mot likabehandlings- och transparensprincipen eftersom att det enbart framgår att man ska ange vilka underentreprenörer, och inte att man ska ange att man inte avser att använda sig av underentreprenörer om så är fallet.

Av de fem anbudsgivarna var det enbart Sandå Måleri AB (Sandå) som angav underentreprenörer. Således antogs och favoriserades Sandå. Anbudsgivare som har anställd personal och utför uppdraget i egen regi är diskriminerade i strid med likabehandlingsprincipen.

I förfrågningsunderlaget punkt AFB.31 framgår vilka ska-krav som ska vara uppfyllda för att anbudet ska kvalificeras för utvärdering. I denna punkt anges inte kravet på underentreprenörer. Detta visar att kravet på underentreprenörer inte är ett ska-krav utan enbart en informationspunkt.

Starfors har lämnat det i särklass mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet varför Starfors ska antas som vinnare i upphandlingen. I vart fall är Starfors det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för Norra området. Starfors torde ha fått full poäng på övriga utvärderingskriterier, har lägst pris och uppfyller ställda ska-krav. Starfors har således lidit skada.

Hebyfastigheter bestrider Starfors förstahandsyrkande om att Starfors anbud ska tas upp till prövning och att ny utvärdering ska ske. Hebyfastigheter medger Starfors andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin inställning anför Hebyfastigheter i huvudsak följande. Syftet med kravet i punkt AFD.22 var att få besked om uppdraget skulle utföras i egen regi eller inte, och vilka eventuella underentreprenörer som skulle anlitas. Anbudsgivarna åläggs dock inte uttryckligen i förfrågningsunderlaget att redovisa om underentreprenörer kommer att anlitas eller om uppdraget

kommer att utföras i egen regi. Denna brist föranleder en risk för felaktigt uteslutande av de anbudsgivare som kan, och avser, att utföra t.ex. lackeringsarbeten i egen regi. I punkt AFB.31 i förfrågningsunderlaget redovisas vilka ska-krav som ska vara uppfyllda för att ingivna anbud ska beaktas. I punkten återfinns inte kravet på redovisning av underentreprenörer. Hebyfastigheter instämmer således i Starfors uppfattning att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt transparent avseende vilka krav som ställts på redovisning av underentreprenörer och tillämpningen av kravet.

Eftersom Starfors under befintligt ramavtal anlitat underentreprenörer tog Hebyfastigheter kontakt med Starfors för att efterhöra om Starfors avsåg att anlita underentreprenörer även vid fullgörande av kommande ramavtal. Starfors meddelade att man avsåg att anlita underentreprenörer. Då Starfors inte redovisat vilka underentreprenörer bolaget skulle anlita förkastades dess anbud. Starfors påstående om att underentreprenörer inte kommer att anlitas och att arbetet kommer att utföras i egen regi är felaktigt och i strid med vad Starfors muntligen meddelade Hebyfastigheter. Starfors saknar den kompetens, utrustning och de lokaler som krävs för att kunna utföra lackeringsarbeten i egen regi. Eftersom Hebyfastigheter har medgett att upphandlingen ska göras om saknar dock frågan om Starfors kommer att anlita underentreprenörer om de tilldelas kontraktet betydelse.

Bristerna i förfrågningsunderlaget drabbar alla anbudsgivare i upphandlingen och felen är därmed hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förordnande om rättelse är inte en tillräcklig åtgärd. Samtliga fyra anbudsgivare som förkastats har förkastats på samma grund, nämligen att de inte angett underentreprenörer. Det är inte möjligt att fastställa hur de förkastade anbuden hade varit utformade om kravet hade varit tydligt.

Hebyfastigheter medger Starfors yrkande om att upphandlingen ska göras om. Upphandlingsmål liknar sådana mål inom den allmänna processrätten

där dispositionsprincipen tillämpas. I enlighet med dispositionsprincipen ska kärandens yrkande bifallas utan någon sakprövning om svaranden medger yrkandet. När en myndighet vitsordar att fel föreligger i upphandlingen, men anser att upphandlingen bör göras om istället för att rättas, ska domstolen ta hänsyn till och lägga vikt vid vad den upphandlande myndigheten anser är en rimlig ingripandeåtgärd.

Starfors genmäler bl.a. följande. Otydligheten i förfrågningsunderlaget är av så ringa slag att den inom ramen för LOU medgett en rättelse eller nollställning av kravet även i utvärderingskedet. Ett förtydligande medges då det inte medför brott mot LOU. Om upphandlingen görs om riskerar Starfors att dess konkurrenter lämnar ett lägre pris och således vinner upphandlingen. Att avbryta och starta en ny upphandlingsomgång är enbart ett sätt att undvika att tilldela Starfors kontrakt. Samma tveksamma formulering fanns med i föregående upphandling och föranledde ingen åtgärd.

Starfors finner det förvånansvärt att Hebyfastigheter har information av så pass konfidentiell företagskaraktär att man kan yttra sig om Starfors interna verksamhet. Detta är en ren spekulation från Hebyfastigheter utan relevans. Hur ett tidigare avtal sett ut eller hur aktuellt läge bedöms är också ointressant. Det är inte upp till upphandlande myndighet att avgöra hur ett företag drivs eller ser ut i dagsläget utifrån godtycke, utan upphandlande myndigheten ska enbart avgöra om ett avtal kan efterlevas och om leverans kan ske enligt tecknat avtal. Starfors innehar all nödvändig kompetens och kan skaffa de ytterligare resurser och lokaler som behövs.

Hebyfastigheter tillägger i yttrande bl.a. följande. Det är inte förenligt med LOU att bortse från ett obligatoriskt krav i ett förfrågningsunderlag, oavsett om kravet kan anses vara obetydligt eller inte. Att utvärdera Starfors anbud trots att kravet på redovisning av underentreprenörer inte är uppfyllt skulle innebära en direkt särbehandling av Starfors.

Rätten ska oavsett hur yrkandena utformats besluta om lämplig åtgärd i målet. Rätten kan besluta att upphandlingen ska göras om, även att enbart rättelse yrkats. Det finns inget utrymme att rätta upphandlingen i enlighet med Starfors förstahandsyrkande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Uppfyller Starfors kravet i punkt AFD.22 i förfrågningsunderlaget?

Starfors har anfört bl.a. att man inte angav något vilket är tillräckligt då det av punkten AFD.22 enbart anges ”vilka” underentreprenörer. Starfors har även anfört att den muntliga kontakten med Hebyfastigheter gällde tidigare utfört uppdrag. Hebyfastigheter har anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt, att Starfors muntligen informerat om att man avsåg att använda sig av underentreprenörer och att Starfors saknar resurser för att utföra uppdraget i egen regi.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upp-

handlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål RÅ 2002 ref. 50).

Kravet i punkten ger inget svar på hur en leverantör som inte avser att använda sig av underentreprenörer ska agera. Enligt förvaltningsrättens mening får en normalt omsorgsfull leverantör tolka kravet som att inget behöver anges om ingen underentreprenör ska anlitas. Om Hebyfastigheter hade för avsikt att leverantörerna skulle ha anlitat underentreprenörer måste det tydligt framgå att anlitan av underentreprenörer i sig är ett ska-krav. Starfors har därmed agerat korrekt när man inte angav något i denna del.

Gällande den muntliga kontakten mellan Starfors och Hebyfastigheter konstaterar förvaltningsrätten att det är det skriftliga anbudet som gäller och att utrymmet att muntligen ändra eller korrigera ett lämnat anbud måste anses vara litet (jfr prop. 2006/07:128 s. 377). Vad som sagts under telefonsamtalet, oavsett om det rört tidigare utfört uppdrag eller kommande uppdrag, kan således inte läggas till grund för en ändring av Starfors anbud såsom Hebyfastigheter tycks göra gällande.

Förvaltningsrätten anser även att om Hebyfastigheter betvivlar Starfors förmåga att utföra kontraktet i egen regi, har det ålegat Hebyfastigheter att i förfrågningsunderlaget ställa minimikrav på resurser samt kompetens och erfordra bevisning till stöd för uppfyllandet av detta. Eftersom att det inte anförts att något sådant krav har ställts kan inte Hebyfastigheter förkasta Starfors på denna grund.

Starfors har således uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget och Hebyfastigheter har felaktigt förkastat Starfors anbud. Starfors har till följd av detta lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl att förordna om ingripande mot upphandlingen föreligger därmed.

Val av ingripandeåtgärd

Starfors har anfört att rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd i första hand och att upphandlingen ska göras om i andra hand. Hebyfastigheter har anfört att rättelse inte är möjligt och att upphandlingen ska göras om, samt att domstolen bör lägga vikt vid den åtgärd som den upphandlande myndigheten vitsordar.

Av praxis framgår att domstolen i ett upphandlingsmål inte är bunden av parts yrkande om val av åtgärd. Domstolen har, oavsett hur yrkandet har utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Vidare framgår det att med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden, rättelse, ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2005 ref. 47, RÅ 2008 not. 26 och HFD 2013 ref. 5).

Mot bakgrund av det ovanstående får det anses falla inom ramen för förvaltningsrättens prövning att oaktat vilken åtgärd parterna yrkat, eller vitsordat, pröva förutsättningarna för respektive åtgärd och därefter besluta om den för målet lämpligaste.

Felet i upphandlingen har medfört att Starfors inte har kvalificerats. Fel i kvalificeringsfasen har i praxis ansetts kunna åtgärdas genom rättelse (se

t.ex. RÅ 2005 ref. 47, Kammarrätten i Stockholms avgörande den 17 oktober 2012 i mål nr 4460-12 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 16 juni 2015 i mål nr 1521-15). Förvaltningsrätten finner att felet i upphandlingen inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Därav saknas skäl att frångå utgångspunkten att fel i kvalificeringsfasen kan åtgärdas genom rättelse. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att ny prövning av anbuderna genomförs vid vilken kravet i förfrågningsunderlaget punkt AFD.22 ska tolkas på så sätt att ingenting behöver anges om inga underentreprenörer avses användas, varvid Starfors inte ska förkastas på denna grund. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

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

Per-Erik Nistér
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Wille Steinert.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.