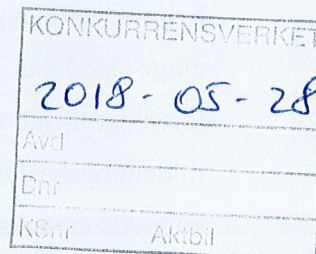


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2017-02-16
Meddelad i LinköpingMål nr
8607-16**SÖKANDE**Tandläkare Fredrik Liedberg AB, 559059-9113
Sommarhemsvägen 2
595 51 Mjölby**MOTPART**Kriminalvården
Slottsgatan 78
601 80 Norrköping**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 278476

PostadressBox 406
581 04 Linköping**Besöksadress**

Brigadgatan 3

Telefon

013-25 11 00

Telefax

013-25 11 40

E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se**Expeditionstid**måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården genomför upphandlingen ”Tandläkare till anstalten Skänninge” med dnr 2016-24017. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 9 december 2016 meddelade Kriminalvården att Engnor AB antagits som anbudsgivare.

Tandläkare Fredrik Liedberg AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att det bolaget ska tilldelas uppdraget.

Kriminalvården bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**Bolaget**

Engnor AB anger tre olika referenter under punkten 2.1.6. Dessa kan dock knappast anses vara liknande tjänster och troligen inte heller uppdragsgivare i den meningen som Kriminalvården avser. Sannolikheten att Engnor AB har utfört liknande verksamhet åt någon av de angivna referenterna eller att dessa ens kan ses som uppdragsgivare bedöms som liten. Det liknar vanliga referenter som anges i andra sammanhang. Att detta inte uppmärksammades i kvalificeringsprocessen är svårförklarad, eftersom den upphandlade myndigheten borde veta vad som efterfrågas. Kriminalvården har inte heller visat att referenterna har kontrollerats eller att referenterna har erbjudit uppdrag av liknande typ som ett kontrakt avseende tandvård på en anstalt med allt vad det innebär.

Det har i upphandlingsprocessen funnits flera anledningar för Kriminalvården att reagera. För det första påtalades hur hårt formulerat ska-kravet är.

Ansvarig upphandlare höll med och uppgav att det skulle ändras. Det har därmed inte saknats anledning för Kriminalvården att kontrollera att angivna referensuppdrag faktiskt har utförts.

I kontakt med Kriminalvården framstår det som att deras hållning numera är att formuleringen i punkten 2.1.6 medger behörighet så länge anbudsgivaren har allmän behörighet som tandläkare. Tidigt i anbudsprocessen togs kontakt med Kriminalvården via TendSign med påpekande avseende den strikta formuleringen i punkten 2.1.6. Kriminalvården svarade då att paragrafen skulle förändras, att ska-kravet skulle vara [tidigare] uppdrag inom Kriminalvården. Så skedde inte och det har inte förklarats varför. Att Kriminalvården tidigt uppmärksammades på den strikta exkluderande formuleringen och ändå inte kontrollerade referenterna kan anses försvårande.

Kravet i punkten 2.1.6 plockas ut från sitt tidigare sammanhang, uppdrag och liknande tjänster, och sätts in i en helt ny kontext. Som utgångspunkt tas två rubriker tagna från Kriminalvårdens egna föreskrifter för tandvård; akut-tandvård och grundläggande tandvård. Tanken var nu att man kunde vara behörig för det ena, men inte det andra. Det är ett krav som saknar förankring i verkligheten eftersom det Kriminalvården menar med begreppen är en del av en tandläkares vardag. Detta visar att Kriminalvården försöker få upphandlingen att passa vinnande anbud i efterhand. Ska-kravet i 2.1.6 är onödigt hårt och exkluderande precis som påtalades innan anbudstiden gått ut. Det skulle ha ändrats då och inte i efterhand.

Kriminalvården avviker från det överenskomna upphandlingsförfarandet genom sitt agerande. I anbudsinbjudan står att Kriminalvården kommer att kontrollera att de obligatoriska kraven är uppfyllda i anbudet. Anbud som inte uppfyller dess krav kommer att förkastas. En leverantör som inte uppfyller ett ska-krav har tilldelats kontraktet i upphandlingen. Detta visar att upphandlingen inte har gått till på ett korrekt sätt.

Kriminalvården

Bolaget anför att vinnande anbudsgivare inte uppfyller kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget som avser referenser. Anbudsgivare ska genom att ange referenser styrka att denne har utfört liknade uppdrag de senaste tre åren.

Engnor AB har angett referensuppdrag i enlighet med kravets formulering. Det har saknats särskild anledning att kontrollera att angivna referensuppdrag faktiskt utförts. En upphandlande myndighet har inte heller skyldighet att kontrollera varje enskilda ska-krav i en upphandling så länge det inte finns misstanke att kravet inte uppfyllts eller annan särskild anledning.

Det Bolaget har uppgett ger inte anledning att betvivla att Engnor AB uppfyller det aktuella ska-kravet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Tillämpliga bestämmelser**

LOU upphävdes den 1 januari 2017. Enligt 4 p. i ikraftträdande- och övergångsbestämmelser för den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller dock den äldre LOU för sådana upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2017.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

2.1.6 Referenser

Kriminalvården ställer som krav att anbudsgivaren ska ha haft minst två liknande uppdrag under de tre senaste åren. Anbudsgivaren ska i anbudet uppge två olika referenter som anbudsgivaren har utfört uppdrag åt. Referenserna ska avse liknande tjänster som denna upphandling omfattar. Har anbudsgivaren haft uppdrag för Kriminalvården inom de tre senaste åren ska Kriminalvården vara en av referenterna.

Kriminalvården kan komma att ta interna referenser.

Förvaltningsrättens bedömning

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas så länge de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (se bl.a. HFD 2016 ref. 37).

Det återfinns ingen uttrycklig definition av begreppen liknande uppdrag och liknande tjänster i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vad som avses med begreppen måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juni 2016 i mål nr 3262-15 och HFD 2016 ref. 37). Av punkten 1.2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser dels akuttandvård, dels grundläggande tandvård i enlighet med Kriminalvårdens föreskrifter och allmänna råd (FARK Fängelse och FARK Häkte) om tandvård för intagna. Förvaltningsrätten finner därmed att liknande uppdrag och tjänster ska bedömas mot denna bakgrund. Med andra ord ska angivna referenser omfatta både sådan akuttandvård och sådan grundläggande tandvård som beskrivs i Kriminalvårdens angivna föreskrifter och allmänna råd. Något krav på att angivna referensuppdrag ska ha utförts åt Kriminalvården eller annan myndighet kan inte utläsas ur det aktuella obligatoriska kravet eller förfrågningsunderlaget i övrigt.

Förvaltningsrätten finner att vad Bolaget har anfört gällande det obligatoriska kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget inte visar att det strider mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund saknas därmed.

Det har inte heller framkommit att Kriminalvården har avvikit eller ändrat det obligatoriska kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget. Vidare anser förvaltningsrätten att Kriminalvården inte heller kan anses ha utfäst att det aktuella obligatoriska kravet ska tolkas strikt eller att kravet inte ska tolkas mot bakgrund av sådan tandvård som upphandlingen omfattar. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget har anfört i denna del inte utgör grund för ingripande mot upphandlingen enligt LOU.

Av punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare i anbudet ska uppge två olika referenter som anbudsgivaren har utfört uppdrag åt. Av handlingarna i målet framgår att Engnor AB har angett referensuppdrag och referenter i enlighet med det obligatoriska kravet. Vidare har Kriminalvården inte funnit skäl att ifrågasätta Engnor AB:s uppfyllelse av det aktuella obligatoriska kravet. Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs är riktiga. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i mål nr 1472-1474-11). Förvaltningsrätten finner därmed att Kriminalvården har agerat i enlighet med LOU då anbudet från Engnor AB bedömts uppfylla det aktuella obligatoriska kravet. Något skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund finns alltså inte.

Vad Bolaget i övrigt har anfört visar inte att Kriminalvården har brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Mot ovan angiven bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU med anledning av vad Bolaget har anfört. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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