

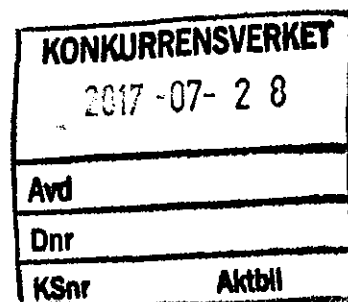


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-07-28
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3075-17



SÖKANDE

NTs Mark & Fastighetsservice AB, 556817-0178
Trönninge 1
432 92 Varberg

Ombud: Advokaten Natalie Svensson
Ramberg Advokater AB
Box 1108
251 11 Helsingborg

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 481218

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Varbergs kommun och Vatten och Miljö i Väst (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende *Underhållsentreprenörer inom stängsel*, KS 2016/0398. Av tilldelningsbeslut den 3 mars 2017 framgår att andra leverantörer än NTs Mark & Fastighetsservice AB vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

NTs Mark & Fastighetsservice AB

NTs Mark & Fastighetsservice AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Bolaget är den anbudsgivare som har offererat det lägsta anbudspriset. Bolagets anbud har blivit förkastat eftersom bolaget inte har lämnat kommunen som referens trots att detta är ett krav enligt underlaget. Till anbudet har bolaget bifogat två referenser avseende tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda de senaste fem åren, helt i enlighet med uppställda krav för uppfyllandet av kravet på teknisk förmåga och kapacitet i AFB.52. Dock har bolaget inte lämnat kommunen som referens eftersom bolaget visste att kommunen var mycket nöjd med det utförda arbetet enligt det tidigare avtalet och kommunen var oförhindrad att faktiskt besvara frågorna trots att kommunen inte uttryckligen angavs som referens.

Uteslutningen av bolaget står helt uppenbart i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen. Bolaget har lämnat exakt lika många referenser som övriga anbudsgivare. Lika fall har således behandlats olika genom att bolagets anbud har förkastats endast för att bolaget tidigare har haft kommunen som kund. Uteslutningen står således i strid med såväl

förfrågningsunderlaget som med likabehandlingsprincipen. Kravet i förfrågningsunderlaget på att ange kommunen som referens kan inte anses som ett sådant väsentligt obligatoriskt krav som utgör grund för uteslutning. Den tekniska förmågan och kapaciteten enligt underlaget har redan uppfyllts genom angivande av två referenser och som i övrigt besvarar frågorna på det sätt som föreskrivs för kvalificering.

Under alla omständigheter måste det utgöra en oproportionerlig åtgärd att utesluta en anbudsgivare på denna grund. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Referenstagningen har syftat till att möjliggöra en bedömning av huruvida leverantörerna uppfyller kravet på teknisk förmåga och kapacitet. Det obligatoriska kravet på att uppge egna referenser, som uppställts i förfrågningsunderlaget, står inte i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen eller till de mål som eftersträvas. Kravet i sig kan således knappast vara nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet.

Det är generellt sett i överensstämmelse med LOU att använda sig av egna referenser. Att däremot ställa upp ett obligatoriskt krav på att ange kommunen som referent på det sätt som nu skett är dock en annan sak. Ett obligatoriskt krav innebär normalt att ett icke-uppfyllande medför uteslutning. Även om det kan tyckas vara så att alla leverantörer som varit i samma situation har behandlats lika, dvs. alla leverantörer som tidigare har utfört uppdrag för kommunen respektive de leverantörer som inte tidigare har utfört uppdrag för kommunen har behandlats på samma sätt, så blir effekten av det uppställda kravet att leverantörerna inte behandlats lika. En uteslutning av en leverantör, såsom i det förevarande målet, som gjort exakt det som övriga anbudsgivare gjort nämligen att lämna två referenser för att visa sin tekniska förmåga och kapacitet, utgör de facto en olikartad

behandling. Noterbart är att bolaget inte uteslutits för att kravet på teknisk kapacitet inte är uppfyllt utan för att man inte omnämnt kommunen som referent. Det obligatoriska kravet står därför i strid med likabehandlingsprincipen. Sammantaget har kommunen i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU förkastat bolagets anbud. Skäl för rättelse föreligger således.

Eftersom bolaget är den anbudsgivare som offererat det lägsta priset av samtliga anbud skulle bolaget rätteligen haft möjlighet att tilldelas kontrakten om kommunen agerat i enlighet med LOU och tagit upp anbudet till utvärdering. Kommuns brott mot LOU har således medfört att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kommunen

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget är klart angivet att för det fall de upphandlande myndigheterna är eller har varit kunder de senaste fem åren ska dessa lämnas som referenser. Bolaget var inom den efterfrågade tidsperioden leverantör till kommunen och har trots detta inte angivit kommunen som referens. Bolaget har således inte uppfyllt det obligatoriska kravet.

Beslutet att utesluta bolaget står inte i strid med transparens- eller likabehandlingsprincipen, utan är en direkt följd av uppställda obligatoriska krav. Uteslutningen är inte en oproportionerlig åtgärd eftersom den specifika åtgärden att kräva att anbudsgivare anger huruvida de är eller varit leverantör till den upphandlande myndigheten är en uppgift som är av vikt för den upphandlande myndigheten. Likabehandlingsprincipen innebär i detta fall att den upphandlande myndigheten måste behandla samtliga anbudsgivare lika och att bedömningen uteslutande ska ske utifrån ingivna

anbud. Det obligatoriska kravet på egen referens är förenligt med både proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 iakttas (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 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 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Utredning

Av de administrativa föreskrifterna kan bl.a. utläsas följande.

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

...

Referensuppdrag

Anbudsgivaren ska ha tekniskt förmåga och kapacitet att åta sig uppdraget.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste fem (5) åren. Detta ska styrkas med till anbudet bifogade kundreferenser (2 st) med kontaktperson, e-postadress och telefonnummer samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget.

I de fall de upphandlande myndigheterna (punkt 1.1 Upphandlande myndigheter), är eller har varit kunder de senaste fem (5) åren enligt ovan omfattning SKA dessa lämnas som referenser.

...

Frågor till referenter

Anbudsgivaren har i refererat uppdrag visat god förmåga att:

- utföra uppdrag omfattande uppförande och service av stängsel, stolpar och grindar i anslutning till exempelvis skolor, förskolor, arbetsområden, förråd, betesmark, VA-anläggningar och ÅVC-centraler
- leverera beställt uppdrag enligt avtal (start- och färdigställandetider)
- samarbeta vid genomförande av uppdrag med beställaren, verksamheten och andra entreprenörer

Svarsalternativ:

Samtycker – Ja

Samtycker ej – Nej

För att Anbudsgivaren ska vara kvalificerad krävs att denne erhåller svarsalternativ "Ja" på samtliga ovan angivna frågor. Anbudsgivare som erhåller "Nej" på någon fråga blir ej kvalificerad, oavsett svar på övriga frågor.

...

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har bl.a. anfört att kravet på att ange kommunen som referens strider mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Vidare har bolaget gjort gällande att uteslutningen av bolagets anbud strider mot likabehandlings-, transparens- och proportionalitetsprincipen.

Av de administrativa föreskrifterna AFB.52 framgår bl.a. att det är ett krav i upphandlingen att ange de upphandlande myndigheterna som referens om dessa är eller har varit kunder under de senaste fem åren. Förvaltningsrätten anser att det aktuella kravet inte kan tolkas på något annat sätt än att det utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det är ostridigt i målet att bolaget inte har angett kommunen som referens trots att bolaget har utfört uppdrag för kommunen. Förvaltningsrätten kan således konstatera att bolaget inte uppfyller det aktuella obligatoriska kravet. Fråga är då om det aktuella kravet i sig eller tillämpningen av detsamma strider mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna i LOU.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. När det gäller likabehandlingsprincipen innebär denna att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Det har inte framkommit i målet att leverantörer som varit i samma situation har behandlats olika i upphandlingen eller att leverantörer som inte varit i samma situation har behandlats lika. Vad bolaget anfört om att bolaget har lämnat lika många referenser som övriga anbudsgivare medför inte att det finns anledning att ifrågasätta att kravet på likabehandling iakttagits i det aktuella fallet. Vidare får syftet med kravet anses vara att säkerställa att leverantörerna utfört tidigare uppdrag av liknande omfattning på ett bra sätt och därmed har förmåga och kapacitet att utföra tjänsten. Syftet med att kommunen ska anges som referens får antas vara att kommunen ska ha möjlighet att beakta de egna erfarenheterna av tidigare leverantörers förmåga i denna del. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte anses alltför betungande att kräva av anbudsgivarna att de ska lämna sådana uppgifter i anbudet. Kravet får anses vara kopplat till den aktuella tjänsten och kan inte anses gå längre än nödvändigt. Bolaget har således inte visat att kravet är oproportionerligt. Förvaltningsrätten anser vidare att det aktuella kravet har angetts på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på grund av kravets utformning.

Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att en grundprincip inom offentlig upphandling är att en upphandlande myndighet, i enlighet med likabehandlings- och transparensprincipen, normalt inte får efterge eller bortse från obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget vid prövning av inkomna anbud. Efter anbudsgivning har myndigheten dock, om den så bedömer vara lämpligt, vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömt att det inte föreligger skäl att ge anbudsgivaren tillfälle till sådant förtydligande eller komplettering är det i princip inte möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav (jfr HFD 2016 ref. 37).

Som ovan konstaterats är det ostridigt i målet att bolaget inte har angett kommunen som referens trots att det utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Kommunen har inte begärt in någon komplettering från bolaget i denna del. Förvaltningsrätten anser därmed att kommunen har varit förhindrade att godta bolagets anbud. Bolaget har således inte visat att kommunen har agerat i strid mot LOU genom att utesluta bolagets anbud.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att bolaget inte har visat att kommunen har överträtt någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Med hänsyn till detta har bolaget inte heller visat att bolaget på grund av några brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida någon skada. Det saknas därför anledning att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



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-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.