



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I HÄRNÖSAND**

**DOM**  
2015-12-08  
Meddelad i  
Härnösand

Mål nr  
3185-15 E

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-12-09	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**SÖKANDE**

Sandå Sverige AB, 556467-7119  
Box 732  
182 17 Danderyd

Ombud: Advokaten Maria Pedersen och jur.kand. Stephanie Konac  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**MOTPART**

Östersunds kommun  
831 82 Östersund

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen (dnr 288/2015) ska göras om.

Dok.Id 99511

**Postadress**  
Box 314  
871 27 Härnösand

**Besöksadress**  
Backgränd 9

**Telefon**  
0611-46 06 00

**Telefax**  
0611-51 18 20

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**E-post:**  
forvaltningsratteniharnosand@dom.se  
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Östersunds kommun (kommunen) genomför upphandling avseende ramavtal för fastighetsunderhåll inom området matläggningens arbeten (dnr 288/2015). Upphandling sker genom öppet förfarande och med föreskriften om att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Tilldelningsgrunden är lägsta jämförelsepris (ekonomiskt mest fördelaktiga anbud). Fem anbud kom in till kommunen inom anbudstiden varav två slutligt kvalificerade sig för utvärdering. Golvspecialisterna i Östersund AB tilldelades kontrakt i beslut den 21 september 2015. Sandå Sverige AB:s anbud kvalificerade sig inte till utvärdering.

**Sandå Sverige AB (Sandå Sverige)** ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att kommunen ska göra en ny prövning av Sandå Sveriges anbud i upphandlingen angående uppfyllande av krav på auktorisation avseende Golvbranschens Våtrumskontroll (GVK), varpå Sandå Sveriges anbud kvalificeras i upphandlingen. Sandå Sverige yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att kommunen ska göra en ny prövning av Sandås anbud i upphandlingen där GVK-auktorisering inte anses vara ett ska-krav i upphandlingen, varpå Sandå Sveriges anbud kvalificeras i upphandlingen. Sandå Sverige yrkar i tredje hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Sandå Sverige anför i huvudsak följande.

GVK-auktorisering

Sandå Sverige har till sitt anbud bifogat bevis avseende kravet på GVK-auktorisering. Kommunen har därför felaktigt och i strid med förfrågningsunderlaget förkastat Sandå Sveriges anbud. Eftersom kravet på GVK-auktorisering inte har listats under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget där de ska-krav anges som anbudsgivare måste uppfylla för att vara kvalificerade i upphandlingen, så har kommunen agerat i strid med förfrågnings-

underlagets utformning samt i strid med föreskrifterna i AMA AF 12 (se även punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget).

#### Upphandlingsform – förhandling med anbudsgivare

Av punkten AFB.12 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har förbehållit sig en rätt att förhandla med anbudsgivare. Detta förfarande är i strid med LOU, eftersom en upphandlande myndighet i en upphandling med öppet förfarande inte får förhandla med anbudsgivare. Förhandling får endast företas i upphandling med förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Kommunen har således gett sig själv en möjlighet att företa förhandling, trots att upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU, där förhandling med anbudsgivare inte är tillåten. Kommunens förbehåll i förfrågningsunderlaget strider således mot LOU och innebär en otydlighet för anbudsgivare.

#### Tilldelningsbesluten - antal leverantörer

Av punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget framgår att för det fall att antal kvalificerade leverantörer är färre än tre så kommer i första hand en leverantör att antas, annars kommer upphandlingen att avbrytas och göras om. I tilldelningsbeslutet den 21 september 2015 anger kommunen att det är två anbud som har kvalificerats och att kommunen avser att ingå ramavtal med dessa två anbudsgivare genom rangordning. Kommunens agerande att anta två leverantörer innebär ett avsteg från vad som står i förfrågningsunderlaget och är i strid med transparens- och likabehandlingsprinciperna. Genom otydligheten har kommunen tilldelats fri prövningsrätt i att kunna besluta hur många leverantörer som ska antas i upphandlingen, vilket i praktiken innebär att kommunen har fått möjlighet att styra vilken leverantör som ska erhålla avtal.

#### Sammanblandning kvalificeringskrav och utvärderingskriterier

Av punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarens poäng måste uppgå till ett visst antal poäng för att få utvärderas vidare. Ef-

tersom det av förfrågningsunderlaget framgår att referenstagningen hör till utvärderingsmetoden, är det mycket oklart varför poängen i referenstagningen måste uppgå till ett visst antal och att anbudsgivare annars utesluts ur upphandlingen. Dessutom är de uppställda frågorna bakåtsyftande, vilket innebär att referenterna ska svara på frågorna i egenskap av referenter för det specifika uppdraget som har genomförts för just dem och inte avseende hur referenter bedömer att anbudsgivaren kommer att utföra det upphandlade uppdraget för kommunen. Detta förfarande står bl.a. i strid med 12 kap. 1 § andra stycket LOU där det stadgas att samtliga utvärderingskriterier avseende tilldelning måste vara kopplade till föremålet för kontraktet i den aktuella upphandlingen. I detta fall är dock frågorna formulerade på så sätt att både frågorna och deras svar endast är hänförliga till de tjänster som har utförts för referenterna. Ovanstående innebär således att beskrivningen av referenstagningen även kan tolkas som att den hör till kvalificeringen av anbuderna och inte till utvärderingen.

Utformningen av punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget måste tolkas som att poängen från referenstagningen har med utvärderingen av anbuderna att göra, eftersom poängen kan generera avdrag på anbudspriset. Poängen från referenstagningen är dock snarare att tolka som ett kvalificeringskrav. Att dessa två avsnitt ändå står under samma rubrik i förfrågningsunderlaget och är hänförliga till varandra ger upphov till flera otydligheter.

Vidare har kommunen under punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget tagit in ytterligare ett ska-krav trots att detta avsnitt endast ska redovisa utvärderingskriterierna i upphandlingen och inte kvalificeringskriterier. Av punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen ska pröva anbuderna i två steg där först uppställda ska-krav avseende kvalificering ska prövas enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget och att därefter, efter att ska-kraven prövats, utvärdering av anbud ska ske enligt punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget.

Enligt föreskrifterna i AMA AF 12 framgår att punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget är avsett för att presentera krav som ställs på anbudsgivaren "till exempel avseende yrkeskunnande och certifiering". Vidare framgår enligt AMA AF 12 att punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget ska ange hur anbud kommer att utvärderas. Denna omständighet understryks av kommunen själv genom kommunens skrivning i punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget där kommunen tydliggör uppdelningen mellan kraven i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget och utvärderingsmetoden i punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget. Ingenstans sägs det i AFB.52 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare ska vara GVK-auktoriserade för att vara kvalificerade i upphandlingen. Detta anges endast i punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget. Kommunen hänvisar till skrivningen i punkten AFB.31 som anger att anbud som saknar begärda uppgifter enligt 7.1 Prisbilaga och 7.2 Anbudsformulär kommer att förkastas. Sandå Sverige vill härtill understryka att GVK-auktorisering varken omnämns i prisbilagan eller i anbudsformuläret.

Av ovanstående redovisade omständigheter framgår att kommunen har sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. Det är av högsta vikt att en upphandlande myndighet tydligt åtskiljer krav avseende kvalificering och kriterier avseende utvärdering (se EG-domstolens domar i mål nr C-31/87 (*Beentjes*) och mål nr C-532/06 (*Lianakis*)). I förevarande fall har kommunen inte gjort det.

Det måste anses som felaktigt och högst oproportionerligt att samtliga hänvisade otydligheter från kommunens sida ska läggas anbudsgivare till last. Sandå Sverige vill framhålla att samtliga krav i en upphandling måste vara så tydligt formulerade att samtliga leverantörer vet vad som förväntas av dem så att de kan lägga ett konkurrenskraftigt anbud (Kammarrätten i Göteborg mål nr 67-14 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 1805-10). Höga

krav måste därvid ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlaget. Kommunen kan inte anses ha utformat sitt förfrågningsunderlaget i enlighet med dessa principer. Förfrågningsunderlaget har varit så pass otydligt att det bl.a. strider mot transparensprincipen i LOU genom att kommunen bl.a. sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier i upphandlingen. Detta har medfört att det har varit oklart för Sandå Sverige hur anbudet skulle bedömas och utvärderas. Förfrågningsunderlagets utformning har medfört att Sandå Sverige inte har haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud och bolaget har således frångått möjligheten att vinna en del av kontraktet. Transparensprincipen innebär att krav och kriterier i ett förfrågningsunderlag ska anges på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Mot bakgrund av samtliga redovisade otydligheter strider kommunens förfrågningsunderlag mot denna princip. Dessa omständigheter har medfört att Sandå Sverige lidit eller riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU. Skäl för ingripande med stöd av LOU, dvs. att besluta att upphandlingen ska göras om, föreligger därmed.

**Kommunen** anser att Sandå Sveriges ansökan om överprövning ska lämnas utan avseende. Kommunen anför bl.a. följande.

Kommunen inledde annonsering av aktuell upphandling den 16 juni 2015. Vid anbudstidens utgång den 4 september 2015 hade sammanlagt fem anbud kommit in. Tre anbudsgivare uppfyllde inte ställda krav varmed anbudet förkastades. Kommunen fattade tre tilldelningsbeslut. Det första tilldelningsbeslutet fattades den 18 september 2015. Därefter framkom att det var företaget Målerifirma G Persson AB som kommit in med anbud, medan det var företaget Sjölanders Måleri AB som hämtat förfrågningsunderlaget från kommunens upphandlingssystem. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades den 21 september. Det tredje tilldelningsbeslutet fattades den 21 september 2015

när handläggare sett att Sandå Sverige inte kommit in med bevis om GVK-auktorisering och anbudet förkastades. Den 21 september 2015 fattades således kommunen beslut att anta Golvspecialisterna i Östersund AB som leverantör.

#### GVK-auktorisering

Frågan i förstahandsyrkandet är om kommunen har rätt att kräva att det föreligger en GVK-auktorisering på orten och vidare om kravet återfanns i förfrågningsunderlaget. Kommunen medger att begreppet ”på orten” fått en olycklig formulering. Det företag som skickat in anbud till kommunen är Sandå Sverige. Kommunen menar att det i allra högsta grad skulle strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att godkänna att ett annat bolag inom koncernen har ett bevis om GVK-auktorisering när ett sådant bevis uppenbarligen inte kommit in till kommunen.

När det gäller Sandå Sveriges andrahandsyrkande så menar kommunen att det inte är möjligt att fortsätta kvalificeringsprocessen då bolaget inte uppfyller ska-kravet om bevis för GVK-auktorisering.

#### Upphandlingsform – förhandling med anbudsgivare

När det gäller tredjehandsyrkandet så anför bolaget att förfrågningsunderlaget brister i transparens såtillvida att det inte är tydliggjort vad som är kvalificeringskrav och vad som är utvärderingskriterier. I punkten AFB.12 i förfrågningsunderlaget har det tillkommit en uppenbar felskrivning, dvs. att ”anbud kan komma att antas utan föregående förhandling”. Den aktuella upphandlingen har hela tiden genomförts som ett öppet förfarande och någon förhandling har aldrig skett med antagen anbudsgivare. Ingen har under anbudstidens gång ställt frågor kring denna skrivning. Kommunen har inte heller genomfört någon form av förhandlingar med någon av anbudsgivarna. Kommunen har svårt att se hur bolaget lidit skada med anledning av denna felskrivning.

Tilldelningsbesluten - antal leverantörer

När det gäller om det varit otydligt hur många leverantörer som ska antas så framgår det i punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget att kommunen har för avsikt att teckna avtal med tre leverantörer under förutsättning att det finns tre anbudsgivare att välja mellan. Vidare anförs att om antalet anbudsgivare är färre än tre så kommer i *första hand* en leverantör att antas *eller* så kommer upphandlingen att avbrytas och göras om. Det måste finnas, enligt kommunens mening, en möjlighet för den upphandlande myndigheten att själv kunna sätta upp de villkor som den upphandlande myndigheten behöver för att kunna fullgöra sin verksamhet och att erhålla en god kvalitet för offentlig medel. Kommunen har i aktuell upphandling valt att ingå avtal med en leverantör. I och med detta så har kommunen till fullo följt vad som angetts i punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte haft möjlighet att fritt välja antalet leverantörer att teckna avtal med som Sandå Sverige anför. Kommunen har även i denna del svårt att se hur bolaget lidit skada då kommunen följt punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget.

Sammanblandning kvalificeringskrav och utvärderingskriterier

När det gäller frågan om sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier så vill kommunen anföra följande. I enlighet med AF AMA 12 är anvisningar i punkten AFB.52 avsedda att presentera krav på exempelvis yrkeskunnande och certifiering. Kommunen har i denna upphandling valt att redovisa detta som ett ska-krav under punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget där det med all tydlighet framgår att det är ett ska-krav. I enlighet med punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget framgår hur utvärderingen av anbuderna kommer att genomföras. Det är enligt kommunens mening tydligt och klart vad som gäller. Vidare framgår i punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget att anbud som saknar begärda uppgifter enligt punkten 7.1 Prisbilaga och 7.2 Anbudsformulär i förfrågningsunderlaget kommer att förkastas. Kommunen menar att det inte är möjligt att fortsätta kvalifice-



ringsprocessen då bolaget inte uppfyller ska-kravet om bevis för GVK-auktorisering. Kommunen har också mycket svårt att se hur Sandå Sverige, mot bakgrund av punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget, kunnat utläsa att kommunen avsett att ingå avtal med två anbudsgivare.

I det nu aktuella förfrågningsunderlaget (KF1 6.1 Administrativa föreskrifter) daterat den 27 maj 2015 har kommunen valt att justera vissa delar avseende punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget enligt råd och anvisningar för AF AMA 12. Kommunen menar att det är klart och tydligt vad som gäller för alla anbudsgivare. Enligt kommunen mening måste det vara möjligt att som upphandlande myndighet ställa kvalitetskrav på entreprenörer och leverantörer. Kravet på GVK-auktorisering enligt Allmänna villkor för Golvbranschens Våtrumskontroll, GVK, borgar för att entreprenörer/leverantörer har uppvisat kunskap i både teori och praktik. De har en skyldighet att anmäla varje våtrumsarbete, utföra egenkontroll och AB Svensk Våtrumskontroll utför stickprovskontroller för att se att de som innehar en GVK-auktorisering följer gällande regler. Såsom det konstaterades i RÅ 2002 ref 50 så är det ogörligt att konstruera ett förfrågningsunderlag som är optimalt utformat men att ett sådant ändå får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Sammanfattningsvis anser kommunen att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt med ett krav att anbudsgivaren ska uppvisa ett bevis för GVK-auktorisering. Detta har Sandå Sverige inte gjort, utan uppvisat ett beräkningsunderlag för GVK-avgift rörande ett annat företag än det anbudsgivande företaget. Kommunen anser att det är olyckligt att ett uppenbart skrivfel förekommer men att det inte påverkar upphandlingen och att bolaget inte lidit någon skada med anledning av detta.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Aktuella bestämmelser*

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).

Med *öppet förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud. Vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§. Detta framgår av 2 kap. 22 § och 4 kap. 1 § LOU).

Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet (5 kap. 5 § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Detta framgår av 12 kap. 1 § LOU.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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).

### *Utredningen i målet*

Av punkten AFB.12 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

**”Upphandlingsförfarande vid offentlig upphandling**  
Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt LOU.  
Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.”

Av punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

**”Förutsättningar för upphandlingens genomförande**

Beställaren har för avsikt att teckna avtal med tre rangordnade leverantörer, under förutsättning att antalet anbud som är möjliga att utvärdera är minst tre. Om antalet är färre kommer i första hand en leverantör att antas eller upphandlingen att avbrytas och göras om.”

Av punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

**”Anbuds form och innehåll**

7.1 Prisbilaga ska vara komplett ifyllt i digitalt format.

7.2 Anbudsformulär ska vara komplett ifyllt i digitalt format.

Endast signatur av behörig firmatecknare accepteras. Anbudet scannas in och lämnas via tendsign.se

Anbud som saknar begärda uppgifter enligt anbudsformulär kommer att förkastas.

Anbudet skall vara skrivet på svenska.

Se även AFB.51”

Av punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

**”Prövning av anbudsgivare och anbud**

Anbudsprövningen genomförs i två steg av en bedömningsgrupp med minst två av kommunen utsedda personer. I ett första steg prövas om anbudsgivaren och anbudet uppfyller de krav som ställs enligt AFB.52.

Uppfylls samtliga krav kommer anbudet att gå vidare till steg 2 utvärdering av anbudet enligt AFB.53.”

Av punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

**”Uteslutning av anbudsgivare**

- Anbud som saknar begärda uppgifter enligt 7.1 Prisbilaga och 7.2 anbudsformulär kommer att förkastas.
- Anbud med förbehåll och/eller reservation kommer att förkastas.”

Av punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

**”Prövning av anbud**

Anbudet kommer att bedömas genom referenstagning.

Följande frågor kommer att ställas till referenspersonerna gällande leverantörens tidigare utförda uppdrag:

- Till vilken grad bedömer Du att leverantören levererat i enlighet med överenskommen kvalitetsnivå?
- Till vilken grad bedömer Du att leverantören hållit överenskomna tidsramar?
- Till vilken grad bedömer Du leverantörens samarbetsförmåga?

2 st referenspersoner betygsätter leverantörens kvalitet enligt följande skala:  
Total maxsumma är 12 poäng.

Mycket bra 2 poäng  
Bra 1 poäng

Godkänd 0 poäng  
Mindre bra Anbudet utvärderas inte vidare

Leverantören måste minst ha betyget ”godkänd” för varje enskild fråga för att utvärderas vidare.

*Beräkning av jämförelsepris*

Poängen för de enskilda frågorna summeras till ett samlat betyg som ligger till grund för avdrag från materialkostnad och sammanvägd timkostnad.

...

*Ska-krav*

Entreprenör ska vara GVK-auktorerad för Plast. Bevis på detta bifogas som bilaga enligt 7.2 Anbudsformulär.

*Tilldelningskriterier*

Av de kvalificerade anbudena antas det anbud med lägst jämförelsepris enligt 7.1 Prisbilaga, fliken Viktning Matt Ramavtal.”

*Förvaltningsrättens bedömning*

Frågorna i målet gäller om det av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen ställt krav på GVK-auktorisering och om Sandå Sverige i så fall kan anses ha uppfyllt kravet. Fråga är också om förfrågningsunderlaget brister i transparens.

När en anbudsgivare har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolen i första hand pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1225-12). Frågan är därför i först hand om förfrågningsunderlaget, såsom bolaget har gjort gällande, brister i transparens och därför strider mot 1 kap. 9 § LOU. Först om så inte kan anses vara fallet uppkommer fråga om det finns skäl att ingripa enligt de övriga grunder som Sandå Sverige har gjort gällande.

Till stöd för att förfrågningsunderlaget brister i transparens har Sandå Sverige i huvudsak anfört att kommunen förbehållit sig en rätt att förhandla trots att upphandlingen genomförts som ett öppet förfarande, att det varit oklart hur många leverantörer som kommunen antagit samt att kommunen

sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen på ett sätt som strider mot principerna i LOU.

Upphandlingsform - förhandling med anbudsgivare

Sandå Sverige har anfört att det av avsnittet AFB.12 (upphandlingsförfarande) i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen förbehållit sig en rätt att förhandla med anbudsgivare, trots att upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande där förhandling med anbudsgivare inte är tillåten. Kommunen har uppgett att aktuell upphandling hela tiden genomförts som ett öppet förfarande och att någon förhandling aldrig skett med antagen leverantör och att det därför rör sig om en uppenbar felskrivning.

Av kommentaren till 2 kap. 22 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten vid ett öppet förfarande inte får förhandla med leverantörerna, vilket baseras på EU-kommissionens riktlinjer, Guide to the Community rules on public works contracts m.fl. (se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, kommentaren till 2 kap. 22 § LOU; se även Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement – Regulations in the EU and UK*, 3 uppl., 2014 s. 606). Ett förfrågningsunderlag bör bestå av de administrativa bestämmelser som gäller för upphandlingen, däribland upphandlingsförfarande. Om kraven och villkoren i förfrågningsunderlaget inte framgår tydligt för alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer, eller om de är så bristfälligt urformade att de ger utrymme för flera tänkbara tolkningar, anses förfrågningsunderlaget normalt strida mot likabehandlings- och transparensprinciperna (Asplund, Anders m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 190 ff.).

Den aktuella bristen avseende valet av upphandlingsförfarande får anses gälla en grundläggande förutsättning för upphandlingen och i princip påverka anbudsgivarnas möjligheter att utforma sina anbud. Inget har dock

kommit fram i målet om att någon anbudsgivare, inte heller Sandå Sverige, har missförstått valet av upphandlingsförfarande eller inte kunnat utforma sina anbud på optimalt sätt pga. kommunens misskrivning. Inte heller finns det skäl att betvivla kommunens uppgift att det varit fråga om en misskrivning.

Förvaltningsrätten finner därför inte att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen i detta avseende.

#### Tilldelningsbesluten och antal leverantörer

Sandå Sverige har anfört att kommunen i tilldelningsbeslutet den 21 september 2015 angett att det är två anbud som kvalificerats och att kommunen avser att ingå ramavtal med dessa två anbudsgivare genom rangordning och att det strider mot punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget (förutsättningar för upphandlingens genomförande). Kommunen har anfört att kommunen valt att ingå avtal med en leverantör och till fullo följt vad som angetts i punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget.

För det fall ett ramavtal ingås med flera leverantörer ska dessa enligt 5 kap. 5 § LOU vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller kvalificeringskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Det saknas således i dessa fall som huvudregel möjlighet för upphandlande myndigheter att ingå ramavtal med enbart två leverantörer (se a.a. s. 220-223).

Av tilldelningsbeslutet den 21 september 2015 har kommunen angett att ”Vi har för avsikt att teckna avtal med nedanstående företag med angiven rangordning”. Av sammanställningen framgår att två anbudsgivare uppfyllt kraven. Vidare har kommunen angett en etta (1) under rubriken rangordning vid Golvspecialisterna i Östersund AB:s anbud. Sett tillsammans med tidigare meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen där kommunen rangord-

nat tre stycken leverantörer med siffrorna 1, 2 och 3 under rubriken rangordning så borde en rimligt informerad anbudsgivare kunna dra slutsatsen, då endast två anbudsgivare kvalificerat sig vid den slutgiltiga tilldelningen, att kommunen valt att teckna avtal med endast en leverantör. Även om punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget logiskt sett saknar ett andrahandsval och det slutgiltiga tilldelningsbeslutet anger rangordning fastän kommunen avsett att tilldela kontrakt till endast en anbudsgivare, så anser förvaltningsrätten att en läsning av tilldelningsbesluten tillsammans med den aktuella punkten, inte kan anses vara så otydligt att det står i strid med transparensprincipen. Att kommunen valt att teckna avtal med en leverantör då det inte funnits tre kvalificerade anbud, vilket är i linje med vad som angetts i punkten AFB.17 i förfrågningsunderlaget, medför således inte att det aktuella tilldelningsbeslutet är så otydligt att det utgör skäl att ingripa med stöd av LOU på denna grund.

#### Sammanblandning av kvalificeringskrav och tilldelningskriterier

En anbudsprövning inleds med kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån krav avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (Kammarrätten i Göteborg mål nr 6420-09). I EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (*Lianakis*) konstaterade domstolen att de kriterier som avser anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tiden inte kan anses utgöra tilldelningskriterier (se även EU-domstolens dom i mål nr C-199/07, *Kommissionen mot Grekland*, p. 54 och 55).

Kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet är två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (10-11 kap. respektive 12 kap. LOU). Kvalificeringsfasens syfte är att fastställa att en anbuds-

givare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra ett kontrakt. Det bevis för GVK-auktorisering som kommunen önskat ställa som krav faller in under denna fas. Kravet på GVK-auktorisering borde därför rätteligen inte ha angetts i samband med tilldelningskriterierna under punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget utan i stället i anslutning till kvalificeringskraven (t.ex. under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget).

När det gäller referenstagningen finner förvaltningsrätten följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att utvärderingsgrunden är lägsta jämförelsepris. Kommunen har anfört att det måste vara möjligt att som upphandlande myndighet ställa kvalitetskrav på leverantörer. Förvaltningsrätten tolkar det som att kommunen avsett att tillämpa utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Som förvaltningsrätten uppfattar referenstagningen i den aktuella upphandlingen så fyller den två funktioner. Dels ska endast godkända anbudsgivare utvärderas vidare, vilket innebär att en anbudsgivare som inte blir godkänd vid referenstagningen förkastas. Dels ska poängen från referenstagningen medföra mervärde i samband med beräkningen av jämförelsepriset. Den första funktionen hör rätteligen till de krav som ska tjäna till urval av leverantörer (kvalificeringskrav). Att kravet placerats bland tilldelningskriterierna i punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget blir därför otydligt mot bakgrund av hur kommunen angett att kvalificering och tilldelning ska gå till i punkten AFB.5 i förfrågningsunderlaget. Det är förvisso möjligt att låta poäng från referensers omdömen utgöra tilldelningskriterier för att uppnå den andra funktionen med referenstagningen (prispåverkande mervärde), men inte på det sätt som kommunen gjort. De frågor som kommunen angett vid referenstagningen under punkten AFB.53 i förfrågningsunderlaget saknar koppling till det aktuella upphandlingsföremålet eftersom frågorna endast är formulerade med avseende på andra uppdrag och således bakåtsyftande. För att sådana frågor ska godtas ska de vara framåtsyftande. Det förtjänar också



i sammanhanget att framhållas att de frågor som ställs ska vara ägnade att fastställa kvaliteten i tjänstens utförande och inte ta sikte på anbudsgivarens kapacitet eller erfarenhet. Referenstagnings dubbla funktioner sett tillsammans med dess placering bland tilldelningskriterierna gör förfrågningsunderlaget otydligt. Ovanstående brister i förfrågningsunderlaget har därför medfört att det varit svårt att förutse hur kvalificering och tilldelning av kontraktet för upphandlingen ska gå till. Förfrågningsunderlaget strider därför mot transparensprincipen och det finns på dessa grunder skäl att ingripa med stöd av LOU.

Sandå Sverige har också hävdad att GVK-auktorisering varken omnämns i 7.1 Prisbilaga eller 7.2 Anbudsformulär och att det därför är otydligt om det ställts krav på uppgift om GVK-auktorisering. Förvaltningsrätten kan konstatera att det under rubriken "Bilagor" på sidan tre i 7.2 Anbudsformulär anges "Bevis på GVK-auktorisering, 'Plast', bilaga nr:". Det som Sandå Sverige anfört om att förfrågningsunderlaget brister i detta avseende kan därför inte vinna framgång. Förvaltningsrätten anser att det utifrån punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget framgår med tillfredsställande tydlighet att det går att förkasta ett anbud som inte innehåller bevis på GVK-auktorisering i 7.2 Anbudsformulär.

Då förfrågningsunderlaget brister på det sätt som förvaltningsrätten kommit fram till, har bristerna medfört risk för skada då det varit svårt för Sandå Sverige att skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och förvaltningsrätten finner att bolaget sannolikt hade kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt om bristerna inte funnits.

Då förvaltningsrätten kommit fram till att förfrågningsunderlaget strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU, saknas det skäl att närmare gå in på de grunder som Sandå Sverige anfört till stöd för att upphandlingen ska rättas. Förvaltningsrätten finner därför att det finns skäl att ingripa med stöd av LOU

och förordnar att upphandlingen ska göras om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på detta sätt.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.