



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19769-11
Enhet 14

SÖKANDE

Svea Vat Adviser AB, 556567-1327
Box 100
169 81 Solna

Ombud: jur.kand. Mats Ihd
Svea Juridiska AB
Box 101
169 81 Solna

MOTPART

Region Gotland
621 81 Visby

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-11-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen avse-
ende granskning och analys av leverantörsfakturor och moms, dnr 2011-
101, ska göras om.

Dok.Id 172458

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Region Gotland genomför, genom förenklat förfarande, en upphandling avseende granskning och analys av leverantörsfakturor och moms, dnr 2011-101.

Enligt tilldelningsbeslut den 28 september 2011 har Region Gotland beslutat att tilldela Refero revision AB (Refero Revision) uppdraget.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Svea Vat Adviser AB (Svea Vat Adviser) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av Refero revisions anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om eller att förvaltningsrätten förordnar om annan lämplig rättelse.

Region Gotland bestrider yrkandena.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Svea Vat Adviser anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget punkt 2.2.6 med rubriken referenser framgår att anbudsgivaren ska bifoga 3 st. max två år gamla referenser. Referenserna ska gälla tidigare utförda likvärdiga uppdrag där uppdragsgivaren/kunden blev nöjd med uppdragets utförande och resultat. Uppdragen ska vara genomförda i svensk kommun eller svensk landstingskommun. Av ett förtydligande från Region Gotland framgår att refererad uppdragsgivare ska vara kommun eller landstingskommun.

Referenskravet i förfrågningsunderlagets punkt 2.2.6 står i strid med principen om att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

likvärdigt och icke-diskriminerande sätt eftersom det omöjliggör för annan än den som redan har avtal med kommun eller liknande att ingå avtal i upphandlingen. Vidare medför kravet att mindre kvalificerade anbudsgivare behandlas mer förmånligt än mer kvalificerade anbudsgivare. Den upphandlade tjänsten hade likaväl kunnat utföras av ett företag som inte uppfyller ställda referenskrav.

De kommunala momsreglerna skiljer sig inte så mycket från de momsregler som gäller för privat näringsliv att det nu aktuella kravet kan anses vara motiverat. Den upphandlade tjänsten innebär att leverantören ska identifiera fakturor från underentreprenörer som inte har bokförts på rätt sätt så att avdrag kan göras med en viss procent av priset enligt en särskilt föreskriven schablon. Det är ingen komplicerad uppgift att ta fram de fakturor som ej bokförts på rätt konton. Det kan dock vara svårt att granska och bedöma de fakturor som anses felaktiga. Moms har varit Svea Vat Advisers primära verksamhetsområde sedan 1994. Svea Vat Adviser har också under en längre tid arbetat med kapitalläckage och har erfarenhet av arbete med kommuner och landstingsorganisationer. Svea Vat Adviser har mot denna bakgrund rätt kompetens för uppdraget.

Det finns endast ett fåtal företag som hanterar den typ av uppdrag som nu upphandlas och ännu färre har erfarenhet från uppdrag från kommuner och landsting, vilket har medfört att endast två bolag har uppfyllt det ställda referenskravet. Referenskravet är alltför strängt och snävt framställt och begränsar upphandlingen både ekonomiskt och kvalitetsmässigt. Vid en tidigare genomförd upphandling av motsvarande tjänst ställdes krav på två referenser. Om förevarande upphandling får stå som norm för framtida upphandlingar kommer varje upphandling att vinnas av något av de bolag som nu uppfyllde referenskravet.

Kravet avseende referenser får, mot bakgrund av vad som anförts ovan, anses strida mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LOU och har medfört att Svea Vat Adviser har diskvalificerats från utvärderingen.

Region Gotland anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Region Gotland har valt att utvärdera upphandlingen genom att anta det anbud som har lägst pris. I en sådan upphandling görs ingen utvärdering av kvalitet utöver den nivå som sätts i de obligatoriska kraven och kvalificeringskraven. För att säkerställa att rätt leverantör antas ställs höga kvalitetskrav, utan att kraven för den skull är oproportionerliga eller diskriminerande.

Kommuner och landsting omfattas av två regelverk avseende mervärdesskatt, dels lag (1994:200) om mervärdesskatt och dels lag (2005:807) om ersättning för viss mervärdesskatt för kommuner och landsting. Kommuner och landsting har enligt sistnämnda lag rätt till ersättning för ingående mervärdesskatt vid upphandling av varor eller tjänster eller bidrag till sådan icke skattepliktig verksamhet som bedrivs av privata entreprenörer inom de skattefria områdena sjukvård, tandvård, social omsorg och utbildning, s.k. dold moms. Ersättningen betalas ut till kommunen med en viss procent av priset. Genom lag om ersättning för viss mervärdesskatt för kommuner och landsting minskar risken för att ingående mervärdesskattekostnader påverkar kommuner och landstings beslut vid valet mellan ett utförande i egen regi eller genom upphandling från privata entreprenörer då den dolda momsen inte blir en kostnad när staten kompenserar kommunerna ekonomiskt.

Den nu aktuella tjänsten innebär att leverantören ska identifiera fakturaunderlag som kan innehålla dolda momskostnader och analysera beräknings-

grunderna för att ta fram det alternativ för återsökning som ger det bästa ekonomiska utfallet. För att kunna utföra arbetet är det nödvändigt att ha erfarenhet från och kunskap om hur verksamheten är organiserad i kommun eller landstingskommun. Efterfrågad erfarenhet är nödvändig också eftersom leverantören måste kunna arbeta självständigt och effektivt samt prestera ett bra resultat i form av återvunnet kapital. Avsaknad av erfarenhet av den särslagstiftning som finns för kommuner och landstingskommuner kan medföra att viss moms inte återsöks. Kravet har uppställts för att säkerställa att leverantören ska kunna arbeta självständigt och nyttja båda momsregelsystemen för att nå det bästa utfallet. Region Gotland anser mot bakgrund härav att det uppställda kravet är relevant för upphandlingen och att det är förenligt med proportionalitetsprincipen. Den omständigheten att endast två anbudsgivare gick vidare till utvärdering medför ingen annan bedömning.

Eftersom Svea Vat Adviser inte har gått vidare till utvärdering har det inte gått att fastställa om deras anbud skulle ha haft lägst pris.

Sammanfattningsvis anser Region Gotland att referenskravet inte kan anses stå i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 5 § LOU framgår bl.a. att 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 skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Svea Vat Adviser har anfört att kravet att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga tre referenser på tidigare utförda likvärdiga uppdrag där refererad uppdragsgivare är kommun eller landstingskommun är alltför strängt och snävt utformat och att kravet begränsar upphandlingen på ett sätt som strider mot de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av Svea Vat Adviser anförda får anses innefatta ett påstående om att det aktuella referenskravet är oproportionerligt.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Vidare ska, i enlighet med principen, vid valet mellan alternativa krav väljas det som är minst ingripande eller belastande. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Av Region Gotlands yttrande framgår att syftet med referenskravet är att leverantören ska kunna tillämpa den moms­lagstiftning som gäller för kommuner och landstingskommuner så att leverantören på ett självständigt sätt ska kunna identifiera och analysera faktura­underlag för att kunna ta fram det alternativ för återsökning som ger det bästa ekonomiska utfallet. Vidare framgår att Region Gotland anser att tidigare erfarenhet från motsvarande uppdrag i kommun eller landstingskommun är nödvändig för att uppnå syftet.

Även om referenskravet får anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av Region Gotland eftersträvade syftet finner förvaltningsrätten det inte visat att kravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet eller att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Den negativa effekten som kravet får på en leverantörs möjlighet att lämna anbud i upphandlingen är således enligt förvaltningsrättens mening opropor­tionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Referenskravet är mot denna bakgrund inte förenligt med LOU: s princip om proportionalitet. Svea Vat Adviser har i anledning av referenskravet lidit eller riskerat att lida skada varför det finns grund för ingripande enligt LOU.

Med hänsyn till att förvaltningsrätten funnit att referenskravet är opropor­tionerligt har upphandlingens konkurrensuppsökande skede påverkats, varför ansökan ska bifallas på sådant sätt att upphandlingen ska göras om.

Vad Svea Vat Adviser i övrigt anfört föranleder inte något ingripande enligt LOU.

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


Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Stina Wesslau



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU