



SÖKANDE

[Redacted] med enskilda firman [Redacted]
[Redacted]

KONKURRENSVERKET	
2019 11 08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandena om att Sundsvalls kommun ska svara på frågorna om vad åtagandeplanen innebär och om kommunen anser att Gudmundstjärn tidigare år har skötts enligt åtagandeplanen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun genomför upphandlingen Områdesskötsel och djurhållning vid Gudmundstjärn (dnr UH-2018-668) genom förenklat förfarande. Tilldelningsgrund var lägst pris. Två leverantörer, [REDACTED] och Maskinring Västernorrland Ekonomisk förening (Maskinringen), lämnade anbud. Genom tilldelningsbeslut den 18 februari 2019 antogs Maskinringen som leverantör.

[REDACTED] med enskilda firman [REDACTED] ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att Maskinringens anbud ska diskvalificeras. Vidare yrkas att förvaltningsrätten ska kräva att Sundsvalls kommun svarar på vad åtagandeplanen innebär samt om kommunen anser att Maskinringen tidigare år har skött Gudmundstjärn enligt åtagandeplanen.

[REDACTED] anför bl.a. följande. Maskinringens anbud antogs eftersom hans anbud var dubbelt så dyrt och lågt pris var avgörande vid bedömningen. Maskinringens anbud uppfyller dock inte alla ska-krav som ställts i upphandlingen och ska därför diskvalificeras.

Han har aktivt försökt få till en förändring av skötseln av Gudmundstjärn. Hans vision går ut på att området ska skötas på traditionellt sätt med lieslätter, hässjning och hästkraft. Som lantbrukare med flera års erfarenhet som reservatsentreprenör vet han vad den skötsel som efterfrågas i upphandlingsunderlaget innebär och hur den ska utföras. Maskinringen har skött Gudmundstjärn sedan år 2015. Under tiden har nu gällande åtagandeplan varit i bruk. Han har noterat hur skötseln av Gudmundstjärn bedrivits och nu fortsätter att bedrivas och vet att varken åtagandeplanen eller skötselplanen efterlevs. I underlaget har Sundsvalls kommun knutit åtagandeplanen till upphandlingen via ett specifikt ska-krav. Dessutom har kommunen som ska-krav angett att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst två liknande uppdrag eller kunna redovisa på annat sätt att denne besitter den kompetens och

det kunnande samt den tekniska kapacitet som krävs. Ett liknande uppdrag kan enligt hans mening handla om ett naturreservat av ganska stor omfattning och som enligt åtagandeplanen innehåller *särskilda värden = speciell skötsel*. Vad gäller motsvarande volymer så är det fråga om cirka tio hektar äng. Det är ovanligt att ängsreservaten i Västernorrlands län omfattar så stor areal. Utifrån ska-kraven torde därför bara länsstyrelsen och kommunerna komma ifråga som referenser eftersom de har hand om reservaten i länet. Uppgifterna om vilka referenser och underleverantörer Maskinringen angett i sitt anbud har betydelse för hur Sundsvalls kommun anser att begreppet ”liknande uppdrag” ska tolkas. Det har också betydelse för frågan om Maskinringen kan anses uppfylla ska-kravet att följa åtagandeplanen, som bl.a. kräver djur av lantrasursprung. Det faktum att dessa uppgifter inte lämnas ut gör det svårt för honom att föra fram sin argumentation.

Den felaktiga skötseln av Gudmundstjärn har påtalats till länsstyrelsen. Eftersom länsstyrelsen haft en del att anmärka på Maskinringens skötsel är det inte troligt att de utgör en av referenserna, men det går inte att visa eftersom uppgifterna inte lämnas ut. Sundsvalls kommun kan inte heller komma ifråga som referens eftersom Maskinringen inte skött området i överensstämmelse med åtagandeplanen. Sundsvalls kommun bör redogöra för vad som avses med begreppen traditionell lieslåtter/röjsågsslåtter, korrekt höhantering, djur av lantrasursprung, liknande uppdrag, liknande tjänster samt motsvarande volymer. Kommunen bör även redogöra för om man anser att Maskinringen de senaste fyra åren har uppfyllt de krav som ställs i åtagandeplanen. En referens torde inte kunna intyga teknisk och yrkesmässig kapacitet avseende någon som inte utfört uppdraget enligt åtagandeplanen och vars genomförande är ett ska-krav i den aktuella upphandlingen. Sundsvalls kommun undviker dock att svara på frågor som är av avgörande betydelse för hur anbudsgivare ska veta vad som faktiskt efterfrågas.

Sundsvalls kommun yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Av paragraf 1.3 i upphandlingsdokumenten framgår att de krav som ställs vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet är att anbudsgivaren ska ha utfört minst två (2) liknande uppdrag som det upphandlingen omfattar, där anbudsgivaren har tagit ett helhetsansvar för genomförande av uppdraget. Utöver detta ska uppdragen ha omfattat leveranser av liknande varor och/eller tjänster samt motsvarande volymer som aktuell upphandling avser. För att styrka att anbudsgivaren uppfyller ovanstående krav ska denne ange minst två (2) referenser för uppdrag enligt beskrivningen. Av upphandlingsdokumenten framgår vidare att anbudsgivare som inte själv har kapacitet att lämna anbud har möjlighet att anlita underleverantörer för utförande av hela eller delar av uppdraget. Den anbudsgivare som avser använda underleverantör ska förfoga över dessa resurser i den omfattning som krävs för att uppfylla de krav som upphandlingen omfattar och vid anmodan från kommunen kunna styrka detta med dokumentation. Anbudsgivaren ska i förekommande fall redovisa eventuella underleverantörer som avses användas, deras organisationsnummer samt en beskrivning av vilka delar av tjänsten underleverantören kommer att utföra.

Maskinringen har angett två referenser och uppfyller därmed det aktuella ska-kravet. Även vad gäller redovisning rörande underleverantör uppfyller Maskinringen det ställda kravet. Det ska betonas att kommunen förbehållit sig rätten att anmoda leverantören att komma in med dokument som styrker att kraven är uppfyllda. De dokument som lämnats av Maskinringen rörande referenser och underleverantörer bifogas, dock i maskerad form. Dokumenten visar ändå att Maskinringen kommit in med de uppgifter som krävs i form av referenser och uppgifter om underleverantörer.

När det gäller möjligheterna för en upphandlande myndighet att ställa krav på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet så är dessa möjligheter inte obegränsade, se t.ex. 15 kap. 11 § LOU. I detta fall har kommunen

begärt att anbudsgivare ska lämna minst två referenser för att styrka att man uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen har inte förbundit sig kontakta de referenser som lämnats utan gör det om så önskas. Ska-kravet sträcker sig därför inte längre än att den som lämnar ett anbud ska lämna minst två referenser som vid anmodan ska kunna intyga att anbudsgivaren utfört uppdrag som omfattar leveranser *av liknande varor och/eller tjänster samt av motsvarande volym*. Maskinringen uppfyller detta krav. Vad gäller utvärderingen så har den gjorts utifrån lägsta pris. Frågor rörande upphandlingen besvaras under upphandlingens gång och inte i samband med ett överklagande. Det underlag som legat till grund för utvärdering och tilldelning ska ligga till grund för rättens prövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (20 kap. 4 och 6 §§ LOU)

Utredningen i målet

Av upphandlingens ska-kravsformulär framgår bl.a. följande.

1.3 Krav

TEKNISK OCH YRKESMÄSSIG KAPACITET

Anbudsgivaren ska ha utfört minst två (2) liknande uppdrag som denna upphandling omfattar, där anbudsgivaren tagit ett helhetsansvar för genomförande av uppdragen. Därutöver ska uppdragen:

- omfattat leveranser av liknande varor och/eller tjänster som denna upphandling avser, samt
- omfattat motsvarande volymer som denna upphandling avser.

Anbudsgivaren ska styrka kravet genom att minst två (2) referenser anges för uppdragen enligt ovan. Kommunen kan komma att kontakta angivna referenser för att verifiera lämnade uppgifter. Anbudsgivaren lämnar efterfrågade uppgifter genom att bifoga bilaga till anbudet enligt nedan.

1.4 Krav på bilaga

Bifoga bilaga med referenser enligt ovan krav på Teknisk och yrkesmässig kapacitet.

1.5 Krav

UNDERLEVERANTÖR

Anbudsgivare som inte själv har kapacitet att lämna anbud har möjlighet att anlita underleverantör för utförande av hela eller delar av uppdraget. Anbudsgivare som avser att använda underleverantör ska förfoga över dessa resurser i den omfattning som krävs för att uppfylla de krav som upphandlingen omfattar och kunna styrka detta med dokumentation vid anmodan från kommunen.

Anbudsgivaren ska, i förekommande fall, redovisa eventuell leverantör som avses användas, deras organisationsnummer samt en beskrivning av vilka delar av tjänsten som underleverantör kommer att utföra.

1.9 Krav

Anbudsgivaren accepterar och ska under uppdragets gång följa åtagandeplanen i enlighet med avtal och bestämmelser.

Sundsvalls kommun har till sitt yttrande bifogat ett dokument med maskerade uppgifter. Dokumentet har rubrikerna "Referenslista över skötselåtaganden utförda av Maskinring Västernorrland" samt "Underleverantörsförteckning".

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Sundsvalls kommun brutit mot 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag vad gäller bedömningen av skalkravet för referenser avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och underleverantörer för vinnande anbud. Yrkandet att Sundsvalls kommun ska besvara frågor om åtagandeplanen och den tidigare markskötseln av Gudmundstjärn faller utanför vad som ska prövas i målet. [REDACTED] yrkande i denna del ska därför avvisas.

[REDACTED] har i förvaltningsrätten anfört att det är svårt att argumentera eftersom han inte fått ta del av Maskinringens anbud i sin helhet avseende referenser och underleverantörer. Han har också hänvisat till sin begäran om att få ta del av uppgifterna som behandlats av Kamrätten i Sundsvall som i dom den 17 juni 2019 i mål nr 1148-19 om rätt att ta del av allmän handling avslagit [REDACTED] överklagande av Sundsvalls kommuns beslut att lämna ut anbudshandlingarna i den aktuella upphandlingen med undantag för två handlingar som anger underleverantörer och referenser. Kamrätten bedömde att det kunde antas att Maskinringen lider skada om uppgifterna lämnas ut. Högsta förvaltningsdomstolen har inte meddelat prövningstillstånd. Förvaltningsrätten uppfattar inte att [REDACTED] begärt edition av de aktuella handlingarna i detta mål.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär

omprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan. (jfr RÅ 2009 ref 69)

██████████ anför, som det får förstås, att utvärderingen ska göras om eftersom vinnande anbud Maskinringen inte uppfyller ska-kraven avseende referenser och underleverantörer och därför ska uteslutas. Sundsvalls kommun har därigenom brutit mot LOU genom att anta Maskinringens anbud trots att det inte uppfyller alla ska-krav. ██████████ får vidare antas göra gällande att han lidit skada eftersom han inte antagits som leverantör trots att han kom på andra plats. Han har även ifrågasatt utformningen av förfrågningsunderlaget.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur en anbuds-inbjudan eller ett förfrågningsunderlag ska utformas och vad som ska tillmätas betydelse så länge som uppställda krav stämmer överens med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 1 LOU.

Förvaltningsrätten anser att de ifrågavarande ska-kraven avseende referenser och underleverantörer är utformade på ett sådant sätt att det måste ha varit tillräckligt tydligt för leverantörerna vad som efterfrågats i detta avseende. Den omständigheten att Sundsvalls kommun inte närmare specificerat vad som avses med liknande uppdrag, liknande varor och motsvarande volymer medför ingen annan bedömning.

██████████ har inte gjort gällande att Maskinringen inte lämnat minst två referenser enligt vad som anges under punkt 1.3 i ska-kravsformuläret. ██████████ har däremot ifrågasatt om referenserna kan styrka att Maskinringen har utfört liknande uppdrag som upphandlingen avser, särskilt med beaktande av åtagandeplanen. Ska-kravet förutsätter dock endast att två referenser anges. Sundsvalls kommun kan sedan på eget initiativ kontakta

referenserna för att verifiera uppgifterna. Kommunen har anfört att två referenser har lämnats enligt ska-kravet. Till stöd för detta har givits in en maskad version av anbudet av vilket framgår att en referenslista innehållande minst två referenser har lämnats. Av de maskade handlingarna framgår även att fyra underleverantörer angivits i underleverantörsförteckningen. Det är mot denna bakgrund inte visat att Maskinringens anbud inte uppfyller punkt 1.3 i ska-kravsformuläret.

Enligt punkt 1.9 i ska-kravsformuläret ska anbudsgivaren acceptera och under uppdragets gång följa åtagandeplanen enligt avtal och bestämmelser. Det är således fråga om ett framtida åtagande. Vad [REDACTED] anfört om att Maskinringen har brutit i skötseln av Gudmundstjärn sedan år 2015 medför inte enligt förvaltningsrättens mening att Maskinringen inte uppfyller ska-kravet att följa åtagandeplanen enligt punkt 1.9.

Utifrån vad [REDACTED] anfört har det sammantaget inte framkommit att Sundsvalls kommun under upphandlingsförfarandet brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling eller i övrigt mot LOU. Det föreligger därmed inte grund för förvaltningsrätten att förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Sanna Lindmark Starckenberg.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

