



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2017-11-24
Meddelad i Göteborg

Mål nr
2858-17
2941-17

SÖKANDE

1. Lindmarks Måleri AB, 556482-4141
Gamla Nissastigen 13
314 41 Torup

Ombud:
Advokaten Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

2. Stoby Måleri AB, 556128-9744
Box 133
281 22 Hässleholm

Ombud:
Advokaten Nicklas Hansson och biträdande juristen Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

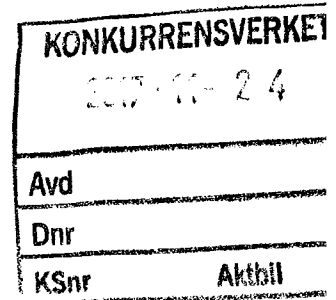
Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.



Dok.Id 498768

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

Region Halland (Regionen) genomför en upphandling rubricerad *Ramavtal 2017 fastighetsunderhåll med målningsarbeten* avseende tre fastighetsgrupper: A, B och C. Upphandlingen har tidigare varit föremål för överprövning och Förvaltningsrätten i Göteborg har i dom den 1 mars 2017 i mål nr 11250-16 och 11252-16 beslutat att Regionen inte får avsluta upphandlingen förrän rättelse har gjorts genom en ny anbudsutvärdering.

Den 3 mars 2017 meddelade Regionen, som en följd av förvaltningsrättens dom i mål nr 11250-16 och 11252-16, ett nytt tilldelningsbeslut.

Kammarrätten i Göteborg upphävde i beslut den 23 mars 2017 i mål nr 1396–1397-17 förvaltningsrättens dom i mål nr 11250-16 och 11252-16 och återförvisade målen till förvaltningsrätten för ny prövning. Anledningen var att kammarrätten ansåg att vinnande leverantör borde ha fått möjlighet att yttra sig innan förvaltningsrätten avgjorde målen. Förvaltningsrätten beslöt dock den 28 mars 2017, i mål nr 3486-17 och 3489-17, att skriva av målen, då ändamålet med talan förfallit med anledning av det nya tilldelningsbeslutet.

Av det tilldelningsbeslut som fattades den 3 mars 2017 framgår att Regionen, efter prövning och utvärdering av anbuden i enlighet med Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 mars 2017 i mål nr 11250-16 och 11252-16, har för avsikt att teckna avtal med Sandå Halmstad AB vad gäller fastighetsgrupperna A och B och med Sandå Sverige AB vad gäller fastighetsgrupp C.

YRKANDEN M.M.

Lindmarks Måleri AB (Lindmarks) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuden ska ske. Lindmarks yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Lindmarks anför i huvudsak följande. De har fråntagits såväl möjligheten att utforma ett konkurrenskraftigt anbud som att tilldelas ett kontrakt i upphandlingen. De har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därför förutsättningar för ingripande enligt LOU. – I domslutet i förvaltningsrättens dom den 1 mars 2017 i mål nr 11250-16 och 11252-16 anges endast att Regionens upphandling inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny anbudsutvärdering. Det anges inte i domslutet hur Regionen ska behandla Lindmarks anbud vid den nya anbudsutvärderingen. Det framgår inte heller av domslutet att de aktuella kontrakten ska tilldelas Sandå Sverige AB eller Sandå Halmstad AB. Regionens hänvisning i tilldelningsbeslutet kan därför inte anses uppfylla LOU:s krav på angivande av skälen för beslut enligt 9 kap. 9 § LOU. Lindmarks har därför inte haft möjlighet att på ett adekvat sätt ansöka om överprövning av upphandlingen. Vidare har förvaltningsrättens dom den 1 mars 2017 i mål nr 11250-16 och 11252-16 upphävts. Att endast hänvisa till domar som numera är upphävda ligger inte i linje med LOU och principen om transparens.

För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att tilldelningsbeslutet är giltigt, har det inte varit fråga om en otillåten komplettering av anbud. Efter uppmaning från Regionen har nyckelpersonernas roll samt summan av fakturerat arbete vid referensuppdragen förtydligats. Dessa förtydliganden ligger inom ramen för vad som är tillåtet enligt LOU, vilket innebär att samtliga ska-krav i upphandlingen är uppfyllda.

Enligt LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Trots detta har Regionen i förfrågningsunderlaget under AFB.52 gällande anbudsgivarens lämplighet samt i anbudsformuläret gällande referensobjekt uppställt ett ska-krav att de offererade nyckelpersonerna ska vara anställda hos anbudsgivaren. Genom uppställande av ett sådant krav fräntas anbudsgivarna möjligheten att åberopa ett annat bolags kapacitet för att uppfylla kravet att offerera två nyckelpersoner. Lindmarks, som endast har en nyckelperson anställd, fräntas alltså möjligheten att lämna anbud. Därmed strider kravet mot LOU och principerna om proportionalitet och lika-behandling.

Anbudsformuläret är otydligt skrivet gällande vad som anges under rubriken Uppdragsbeskrivning. I formuläret anges ”typ, storlek mm”, av vilket inte med säkerhet går att utläsa vilken information Regionen efterfrågar. Ordet ”typ” kan innebära flera olika saker, t.ex. vilken typ av entreprenadform som referensobjektet har utförts i enlighet med eller olika typer av uppdrag som sådana. Vidare kan ordet ”storlek” betyda såväl hur stora areor som har målats inom ramen för referensobjektet samt hur stor den fakturerade summan för objektet har varit. Uppräkningen är inte heller uttömmande, vilket leder till att anbudsgivaren inte vet vilken information som måste lämnas för att ska-kravet ska anses vara uppfyllt.

I punkten AFB.52 anges att referensobjekt ska ha omfattat minst 30 000 kr fakturerat arbete. Genom att ska-kravet har ställts upp på det sättet innebär det att anbudsgivarna inte behöver ange summan för varje enskilt referensobjekt i anbudsformuläret. I stället kan Regionen utgå från att samtliga de redovisade referensobjekten uppfyller ska-kravet om minst 30 000 kr fakturerat arbete, annars hade anbudsgivarna inte angett de referensobjekten. Om Regionen hade avsett något annat, borde förfrågningsunderlaget rimligen ha varit utformat på ett annat tydligare sätt. Förfrågningsunderlaget

uppfyller inte LOU:s krav på transparens och fråga är om en brist i det konkurrensuppsökande skedet.

Stoby Måleri AB (Stoby) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av Stobys anbud. Stoby anför i huvudsak följande. Samtliga krav i upphandlingen är uppfyllda och deras anbud ska därför beaktas i utvärderingen. Regionens uteslutning av Stoby utgör en överträdelse av LOU och den bakomliggande likabehandlingsprincipen, eftersom deras anbud inte har behandlats på samma sätt som anbud från övriga anbudsgivare.

På anbudsformulärets första sida framgår att Stoby i överensstämmelse med Administrativa Föreskrifter m.m. ska utföra efterfrågade arbeten. Genom undertecknandet av anbudsformuläret, med beaktandet av intyget på första sidan, har Stoby förbundit sig att följa de Administrativa Föreskrifterna och den däri ingående bestämmelsen AFC.342 gällande arbetsledning. Stoby har därmed också bekräftat att den offererade arbetsledningen uppfyller ställda krav. I upphandlingens anbudsformulär har följande fråga ställts upp. ”Vi förbinder oss att leverera offererad arbetsledning (nyckelpersoner) enligt AFC.342” följt av rutor för ”ja” respektive ”nej”. Med hänsyn till vad som ovan angivits är denna fråga överflödig och Stoby har inte kryssat i någon av rutorna. På de efterföljande sidorna i anbudsformuläret har Stoby redovisat efterfrågade uppgifter avseende ”Nyckelperson 1” och ”Nyckelperson 2”. På Regionens begäran bekräftade Stoby att de i anbudsformuläret angivna nyckelpersonerna kommer att levereras i enlighet med AFC.342. Man kan utan svårighet förstå att Stobys kryss ska sitta i rutan för ”ja” och inte i rutan för ”nej”, i synnerhet mot bakgrund av texten på anbudsformulärets första sida och de angivna nyckelpersonerna. Det är fråga om en ren felskrivning att Stoby inte har satt något kryss i rutan för ”ja”, vilket innebär att det är fråga om en tillåten rättelse som har skett, utan att lika-

behandlingsprincipen överträds. I vart fall är Stobys bekräftelse att bedöma som ett tillåtet förtydligande. Det är under inga omständigheter fråga om någon ny uppgift som tillförts anbudet.

Regionen har felaktigt valt att inte utvärdera Stobys anbud. För det fall Regionen rätteligen hade låtit Stobys anbud gå vidare till utvärdering hade Stoby varit den leverantör som rangordnats först och därmed också blivit ramavtalsleverantör med bäst rangordning. Stoby har alltså lidit skada.

Regionen anser att ansökningarna om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Anbudet från Lindmarks

Regionens tilldelningsbeslut den 3 mars 2017 hänvisar i sin helhet till förvaltningsrättens dom i mål nr 11250-16 och 11252-16. En hänvisning till en förvaltningsrättsdom som tydligt anger skälen till varför Regionen har varit förhindrad att anta bolagets anbud är i enlighet med LOU.

Anbudet från Stoby

Enligt förvaltningsrättens dom i mål nr 11250-16 och 11252-16 var Stobys anbud behäftat med sådana brister att principen om likabehandling överträddes när Regionen tilldelade dem kontrakt. Enligt den domen har det inte varit fråga om en uppenbar felskrivning och genom den gjorda kompletteringen har en helt ny uppgift tillförts anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**Tillämpliga 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).

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).

En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr) (9 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

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).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Lindmarks – Bristfällig information i tilldelningsbeslutet

Lindmarks anför att Regionens tilldelningsbeslut inte anger några skäl till varför Lindmarks anbud inte har tilldelats något kontrakt och att utvärderingsprotokoll eller liknande handling av vilket man kan utläsa hur utvärderingen har genomförts och vilket resultat utvärderingen fick för Lindmarks del saknades.

En upphandlande myndighets underrättelse, som den enligt 9 kap. 9 § LOU ska lämna anbudsgivarna, ska förutom att innehålla uppgift om vilken period avtalsspärren gäller också innehålla skälen för tilldelningsbeslutet.

Av beaktandesats 6 till ändringsdirektivet¹ framgår att tilldelningsbeslutet bör innefatta den relevanta information som är nödvändig för att anbudsgivarna ska kunna ansöka om effektiv prövning. Vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling. Ändringsdirektivet kräver alltså inte att underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehåller en fullständig redogörelse av de upplysningar som ska lämnas på begäran (prop. 2009/10:180 s. 114–115). I Regionens tilldelningsbeslut har hänvisats till ett förvaltningsrättsavgörande i vilket det framgår bl.a. varför Lindmarks anbud inte ansågs ha uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen. Genom hänvisningen till detta avgörande i tilldelningsbeslutet har Lindmarks fått den nödvändiga information de har behövt för att kunna begära överprövning och ta tillvara sin rätt. Kraven i 9 kap. 9 § LOU kan inte anses ha åsidosatts.

Lindmarks – Otydligheter i förfrågningsunderlaget

Lindmarks har gjort gällande att anbudsformuläret i upphandlingen är otydligt utformat gällande vad som ska anges under rubriken Uppdragsbeskrivning. Anbudsgivarna ombeds där bl.a. fylla i ”typ, storlek mm” för referensobjekten. Lindmarks menar att det av detta inte går att utläsa vilken information Regionen efterfrågar.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. En bedömning får göras utifrån de allmänna principerna som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Obligatoriska krav och tilldelningskriterier ska tillämpas enhetligt och objektivt för samtliga anbudsgivare och ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). Efterfrågade uppgifter i anbudsformuläret gällande uppdragsbeskrivning får enligt förvaltningsrättens mening anses vara tillräckligt tydliga för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare, som tar del av förfrågningsunderlaget i sin helhet, ska kunna förstå hur anbudet ska utformas. Det har alltså inte kommit fram annat än att förfrågningsunderlaget varit i enlighet med LOU och anledning saknas därför att ingripa mot upphandlingen på denna anförda grund.

Lindmarks – fråga om förtydligande av anbud

Enligt kraven i AFB.52 i förfrågningsunderlaget ska fem referensobjekt anges för varje nyckelperson och varje referensobjekt ska ha omfattat minst 30 000 kr. Fråga är om ett obligatoriskt krav måste uppfyllas för att anbudet ska kunna kvalificeras för utvärdering. I målet har kommit fram att Lindmarks i sitt anbud inte lämnat någon uppgift om referensuppdragens omfattning. Efter anbudstidens utgång har Lindmarks kompletterat sitt anbud, efter uppmaning från Regionen, med de uppgifter om referensuppdragens omfattning som tidigare saknades i anbudet. Det är således fråga om nya uppgifter som tillförts anbudet. Bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU gällande möjligheten att komplettera sitt anbud ska tillämpas restriktivt. Den komplettering av anbudet som Lindmarks har gjort har inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det är därför fråga om en otillåten komplettering. I och med detta uppfyller Lindmarks inte de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och Regionen har haft fog för att inte utvärdera anbudet.

Det saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva om förfrågningsunderlaget har haft brister i det att krav ställts på att offererade nyckelpersoner ska vara anställda hos anbudsgivaren. Den som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen kan nämligen inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och därmed inte heller anses lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i LOU (se Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 28 mars 2012, mål nr 3307-11).

Stobys anbud

På förstasidan av anbudsformuläret anges att man erbjuder sig att i överensstämmelse med de administrativa föreskrifterna utföra underhålls- och ombyggnadsarbeten. Stoby gör gällande att det mot den bakgrunden varit tillräckligt att signera anbudet för att intyga att alla ska-kraven är uppfyllda. I anbudsformuläret uppmanas emellertid anbudsgiven att bl.a. besvara om denne förbinder sig att leverera offererad arbetsledning enligt AFC.342. Redan förekomsten av denna fråga, som ska besvaras med ja eller nej, innebär att det står klart att förklaringen om erbjudande på första sidan inte innebär ett intygande av att samtliga ska-kraven är uppfyllda. Hade det varit tillräckligt att endast genom signering av anbudet intyga att alla obligatoriska krav var uppfyllda, hade många av frågorna i förfrågningsunderlaget varit överflödiga.

Stoby har i sitt anbud utelämnat ett svar på frågan om de förbinder sig att leverera offererad arbetsledning enligt AFC.342. Ett utelämnande kan i aktuellt fall inte anses utgöra en uppenbar felskrivning, eftersom det inte utan svårighet gått att förstå vad som rätteligen skulle ha angivits. Som förvaltningsrätten ovan konstaterat ska bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU gällande möjligheten att komplettera eller förtydliga sitt anbud tolkas restriktivt. Genom kompletteringen har en helt ny uppgift tillförts anbudet. En sådan komplettering har inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller

konkurrensbegränsning. Kompletteringen har därmed varit otillåten och Stobys anbud uppfyller inte ställda obligatoriska krav. Regionen har därmed haft fog för att inte utvärdera anbudet.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att varken Lindmarks eller Stoby har gjort sannolikt att de lidit eller kan komma att lida skada på grund av de brister de har anfört. Deras ansökningar om överprövning ska därför avslås.

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

Karin Hartmann
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



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 rättsens 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 rättsens 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.