



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-09-21
Meddelad i Linköping

Mål nr
4710-18
4795-18
4796-18

SÖKANDE

Kulturmålarerna i Flen AB, 559047-1784

MOTPARTER

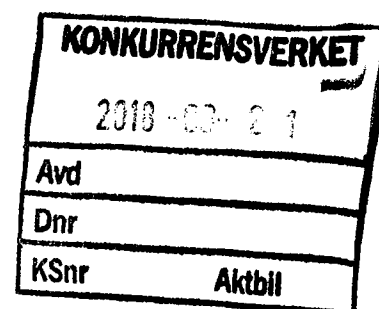
1. Flens Bostads AB, 556154-4866
2. Unikabruket AB, 556737-1231
3. Flens Kommunfastigheter AB, 556823-9288

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 342875

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.dom.stol.se

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Flens Bostads AB, Unikabruket AB och Flens Kommunfastigheter AB (Beställarna) genomför upphandlingen ”Årsavtal målningsarbeten” (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbeslut framgår att Kulturmålarna i Flen AB (Bolaget) inte tilldelats kontrakt.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar att en ny utvärdering ska genomföras.

Beställarna motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Bolaget**

Vid upphandling av det föregående ramavtalet avstod Bolaget från att lämna anbud då man inte kunde uppfylla kraven. Då krävde Beställaren att det skulle finnas sju anställda, men avsåg samtidigt skyldighet att beställa arbeten under ramavtalstiden samt att det var tänkbart att Beställarna skulle anställa egna målare under avtalstiden. Denna gång har Beställarna sänkt kravet till fyra anställda vilket ger Bolaget möjlighet att vara med och lämna anbud. Bolaget vill också understryka att det föregående ramavtalet var på 303 kr per timme.

Bolaget vill inledningsvis anföra att man har missgynnats av Beställarna redan från början då man på förfrågan inte erhållit hjälp från Beställarna att få tag på upphandlingsdokumentet. Beställarna har endast hänvisat till Tendsign och har lämnat Bolaget, som inte har något avtal med Tendsign, att få tag på upphandlingsdokumentet på egen hand.

Bolaget har i Upphandlingen erbjudit det näst lägsta timpriset. Kriteriet pris är enligt upphandlingsdokumentet viktat med 80 procent. Bolagets timpris i anbudet är 329 kr vilket Bolaget hade kunnat motivera på förfrågan av Beställarna. I upphandlingsdokumentet punkt *AFB.314* anges följande.

”Beställaren kan inom ramen för LOU medge att anbudsgivaren får rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning eller annat uppenbart fel i anbudet/offerten. Beställaren får vidare begära att ett anbud/offert förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Eventuell begäran om förtydligande eller komplettering ska besvaras skriftligt”.

Denna möjlighet till följdfrågor eller komplettering av anbudet har inte givits Bolaget. Bolaget hade då kunnat upplysa om att Bolaget idag har två nyanlända anställda hos oss som man erhåller skattereduktion för.

Vidare har Beställarna även en post gällande materialpåslag som inte är utvärderingsbar så som handlingarna är utformade. I upphandlingsdokumentet kräver Beställarna in en nettoprislista. Detta krav har dock frångåtts genom *Frågor & svar* i TendSign. Så som utvärderingen gällande material ser ut så kan Beställarna bara veta kommande procentuella påslag, men de har ingen uppfattning om vad nettopriset är. Följaktligen vet Beställarna inte hur mycket färg de får för pengarna, vilket gör det omöjligt att jämföra anbudet vad gäller *Material*. Då kvarstår endast timpris att jämföra där Bolaget, som tidigare nämnts, har erbjudit det näst lägsta. Hela materialposten borde de facto tas bort då Beställarna kan bli överdebiterade i efterhand genom högt ställda nettoprislistor som de får ta del av först efter tecknande av ramavtalet. Här borde Beställarna ha förkastat anbud med 0 procent påslag på material då det kan antas att nettopriset blir orimligt högt.

Bolaget har även besvarat alla frågor med ja där så krävts. I upphandlingsdokumentet punkt AFB.52 c *Krav på entreprenören vad gäller miljökunande, teknisk förmåga och erfarenhet* anges följande.

”Entreprenören ska ha ett systematiskt miljöarbete, detta ska dokumenteras i anbudet. Entreprenören ska ha minst 2 års erfarenhet av liknande arbeten hos minst 2 olika uppdragsgivare. Alternativt gäller för nystartade företag eller för företag som ändrat inriktning för verksamheten att nyckelpersoner ska ha minst 2 års erfarenhet av liknande arbeten hos 2 olika uppdragsgivare. Med liknande arbeten avses t.ex. ramavtal att på löpande räkning utföra arbeten åt beställare som förvaltar bostadslägenheter och/eller lokaler. Redovisade uppdrag ska ha varit inom de senaste 5 åren och kan även gälla pågående uppdrag. För att uppfylla kravet ska utförandet vara godkänt av minst en lämnad referent. Med godkänt menas att arbetena utförts enligt kontraktsvillkoren och inga större anmärkningar förekommer. För de anbudsgivare som beställare själv har erfarenhet av kommer beställare att vara referensperson. Beställaren förbehåller sig rätten att kontakta av anbudsgivare icke namngivna referenser.

TILL ANBUDET BIFOGAS

”Uppgift om systematiskt miljöarbete och för bedömning av erfarenhet ska listan fyllas i med två referensbolag enligt anbudsformuläret. Dessa kan komma att kontaktas för att kontrollera lämnade uppgifter.”

Då miljö- och egenkontroller lämnas in i original vid slutbesiktning och arkiveras utav beställare i pärmar så kan inte Bolaget visa upp äkta ifyllda dokument därom. Eftersom Bolaget inte tidigare haft ramavtal med Beställarna så har Bolaget istället bifogat ett dokument där man förklarar hur arbetet kring miljö- och egenkontroller fungerar och följs upp samt att man angett två referenser (vilka dock inte har tillfrågats) som kan styrka Bolagets

arbete med egenkontroller och miljöarbete. Detta borde givit Bolaget minst 4 poäng och inte 2 poäng.

Bolaget anser att man blivit missgynnad då samtliga tre anbudsgivare som tilldelats kontrakt tidigare haft ramavtal med Beställarna, men inte Bolaget, och Beställarna själva är referenser till nämnda tre anbudsgivare. Därtill avstår Beställarna från att kolla upp Bolagets lämnade uppgifter med dess namngivna referenser. Bolaget har därtill nämnt att ISO-certifiering pågår vilket borde tagits hänsyn till alternativt ställts en följdfråga kring. Bolaget anser att man borde ha placerats på första alternativt andra plats i ramavtalet och inte på fjärde plats.

Beställarna

Av upphandlingsdokumentet, som funnits tillgängligt på TendSign, framgår på s. 11–12 hur utvärderingen ska göras när det gäller *Pris* och *Kvalitet*. Beträffande kriteriet *Pris* anges följande:

”Vid utvärderingen av pris kommer beställaren att räkna med en ackordskostnadsvolym av 1 350 000 kr före påslag och moms, en timdebiteringsvolym av 200 timmar samt en materialkostnadsvolym av 650 000 kr före påslag och moms. Nettomaterialprislista ska lämnas men utvärderingen avser endast timmar och påslag. Nettomaterialprislista som bedöms vara orimlig prismässigt kan komma att diskvalificeras.”

Vid en senare fråga om materialprislistan har via TendSign meddelats att någon lista inte behövde skickas in. Anledningen till detta var att utvärderingen ändå bara skulle göras beträffande timmar och påslag, inte för själva prislistan. Sättet att utvärdera kriteriet *Pris* är exakt detsamma som användes vid upphandling av det tidigare ramavtalet.

Vad gäller utvärdering av *Kvalitet* har följande angetts.

”Utvärdering görs av anbudsgivarens kvalitetsarbete enligt inskickade handlingar. Högsta poäng är 5. Poäng erhålls enligt nedan:

+2p erhålls om dokumenterad egenkontroll idag tillämpas på liknande uppdrag. Den dokumenterade egenkontroller ska omfatta relevanta moment.

+2p erhålls om anbudsgivaren har ett väl uppbyggt kvalitetsledningssystem anpassat för aktuellt uppdrag. Saknas ett väl uppbyggt system erhålls +1p om enklare kvalitetsledningssystem eller rutin finns.

+1p erhålls om anbudsgivaren är certifierad för verksamhet som gäller detta uppdrag enligt ISO-9000 serien eller liknande där oberoende revisioner utförs.

För att kunna utvärdera ovanstående bifogas: Beskrivning av nuvarande egenkontroll, kvalitetssäkring, certifikat etc. enligt ovan.”

Vid bedömningen har Beställarna i enlighet med upphandlingsdokumentet enbart utgått från det material som skickats in av respektive anbudsgivare. Någon hänsyn till referenser har inte tagits i detta fall och när det gäller frågan om pågående certifiering så framgår av Bolagets anbud att det avser miljöarbetet och inte kvalitetsarbetet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Bolagets invändning om att man inte fått ut en allmän handling (Upphandlingsdokumentet) när man så begärt av Beställarna inte kan prövas inom ramen för förevarande mål.

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 LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet anfört att man inte getts möjlighet att genom följdfråga eller komplettering förklara sitt timpris. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det såväl av LOU som av upphandlingsdokumentet framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en fel-skrivning alternativt förtydligar eller kompletterar en ingiven handling. Det är således upp till den upphandlande myndigheten att bestämma om detta ska tillåtas. Att Beställarna i förevarande fall valt att inte ställa följdfrågor till Bolaget om dess prissättning utgör således inte skäl för ingripande mot Upphandlingen.

Vidare har Bolaget framfört kritik mot hur Beställarna valt att utforma utvärderingen av kriteriet material och anfört att Beställarna borde ha förkastat anbud med 0 procent påslag på material då det kan antas att nettopriset blir orimligt högt. Bolaget menar att materialposten de facto borde tagits bort då

Beställarna kan bli överdebiterade i efterhand genom högt ställda nettoprislistor som de får ta del av först efter tecknande av ramavtalet.

Förstainstansrätten har i mål T-169-00 *Esedra SPRL* (punkt 95) uttalat bl.a. att den upphandlande myndigheten har ett betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att domstolens prövning endast ska avse en kontroll om det förekommit allvarliga eller uppenbara fel (jfr även RÅ 2002 ref. 50).

Upphandlande myndighet har stor frihet att utforma upphandlingsdokumentet och att avgöra hur utvärderingen i en upphandling kommer att genomföras och vad som tillmäts betydelse så länge de unionsrättsliga principerna inte träds förnär. Att Beställarna valt att inte begära in någon nettoprislista och att anta anbud som inte haft något procentuellt påslag för material är inte något som avviker från uppsatta bedömningskriterier. Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen granskning att utvärderingen avseende posten *Material* inte heller kan anses stå i strid med de unionsrättsliga principerna eller mot annan bestämmelse i LOU.

Därefter tar förvaltningsrätten ställning till Bolagets invändning om att man missgynnats då Bolaget inte tidigare haft ramavtal med Beställarna. Bolaget har bifogat ett dokument där man förklarar hur arbetet kring miljö- och egenkontroller fungerar och följs upp samt att man angett två referenser som kan styrka Bolagets arbete med egenkontroller och miljöarbete. Detta borde enligt Bolaget renderat minst 4 poäng och inte 2 poäng. Bolaget anför vidare att Beställarna inte kontaktat Bolagets angivna referenser och att de vinnande anbudsgivarna givits en fördel framför Bolaget då dessa tidigare haft ramavtal med Beställarna och Beställarna därmed är referenser för dem. Därtill menar Bolaget att hänsyn inte tagits till att ISO-certifiering pågår.

Förvaltningsrätten konstaterar att överprövningen inte tar sikte på Upphandlingens materiella resultat, utan på om den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit LOU (jfr HFD 2013 ref. 5). Det ankommer inte på domstolen att göra en ny detaljerad utvärdering i Upphandlingen. Vad Bolaget anfört i målet utgör inte skäl att ifrågasätta Beställarnas poängsättning av aktuellt kriterium. Att Beställarna valt att inte kontakta Bolagets referenser är inget som strider mot förutsättningarna i upphandlingsdokumentet där det i punkt *AFB.52 c Krav på entreprenören vad gäller miljökunnsande, teknisk förmåga och erfarenhet* anges att två referensbolag ska anges och att dessa kan komma att kontaktas för att kontrollera lämnade uppgifter. Beställarna har i målet framfört att de i förevarande fall valt att endast basera utvärderingen på det material som skickats in av respektive anbudsgivare och inte kontakta referenser. När det gäller frågan om pågående ISO-certifiering så framgår det av upphandlingsdokumentet punkt *AFB.53 Prövning av anbud* att ett poäng erhålls om anbudsgivaren är certifierad enligt ISO-9000 serien eller liknande. Bolaget är inte ännu certifierat varför det skulle stå i strid med upphandlingsdokumentet att ge Bolaget poäng för detta.

Vad gäller det faktum att de vinnande anbudsgivarna tidigare haft ramavtal med Beställarna så konstaterar förvaltningsrätten att det är vanligt förekommande att tidigare leverantörer till en upphandlande myndighet deltar i myndighetens nya upphandlingar av samma sak. I en sådan situation är det ofrånkomligt att dessa leverantörer har vissa fördelar genom t.ex. kunskaper om upphandlingsföremålet och att den upphandlande myndigheten, som i förevarande fall, de facto är deras referens. Detta utgör dock i sig inte ett brott mot likabehandlingsprincipen. Det har heller inte framkommit att Beställarna avvikit från uppsatta bedömningskriterier eller på annat sätt tagit ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad Bolaget anfört i målet inte utgör skäl för ingripande mot Upphandlingen. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.