



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2019-08-20
Meddelad i Göteborg

Mål nr
8-19
9-19

SÖKANDE

Hedströms bygg & fastighetsservice AB, 556821-1139

Ombud: Carin Carlsson
Advokatfirman Glimstedt AB

MOTPARTER

1. Melleruds kommun
2. AB Melleruds Bostäder

KONKURRENSVERKET	
2019-08-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 621860

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

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Melleruds kommun och AB Melleruds Bostäder (upphandlande myndighet) genomför en upphandling av ramavtal av hantverkstjänster, UH-2018-100. Av de administrativa föreskrifterna framgår att upphandlingen handläggs av Melleruds kommun.

Av tilldelningsbeslut den 30 december 2018 framgår att Hedströms bygg & fastighetsservice AB (bolaget) har diskvalificerats avseende *1.0 Byggnadsarbeten* och att en annan leverantör har vunnit i den delen.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget anför.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning avseende *1.0 Byggnadsarbeten* och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud antas. Bolaget anför bl.a. följande. I tilldelningsbeslutet har upphandlande myndighet anført orsaker som helt saknar laglig grund för att bolaget ska diskvalificeras. Det har inte framkommit några kvalitetsbrister från referens på sätt som framgår av tilldelningsbeslutet. Den upphandlande myndigheten borde gjort en närmare utredning och angett tydligare skäl i tilldelningsbeslutet. Bolaget har inte fått kännedom om några brister och inte heller erhållit någon dokumentation. Aktuell referensperson har varit mycket nöjd och svarat ja på samtliga frågor, men samtidigt varit tydlig med att erfarenheterna begränsas till hittillsvarande två uppdrag. Det sammanlagda värdet av de uppdragen motsvarar omfattningen av tjänster i den aktuella upphandlingen. Det finns inte skäl att inte lägga referensen till grund för bedömningen om uppfyllande avseende krav på referenser.

Avseende den upphandlande myndighetens egen referenstagning med AB Melleruds Bostäder där två svar har varit nekande, bestrids att bolaget skulle ha fått en muntlig påminnelse avseende brister vid det aktuella arbetet. Bolaget har levererat tjänster till AB Melleruds Bostäder under föregående avtalsperiod utan några dokumenterade brister. Den person som har lämnat referensuppgifter i den aktuella upphandlingen har vid en senare referenstagning i en annan upphandling varit av uppfattning att bolaget har utfört tjänster på ett punktligt och kvalitetsmässigt sätt. Upphandlande myndighet att tillämpat egen referenstagning på ett icke objektivet sätt som gett fri prövningsrätt. Den upphandlande myndigheten har tillämpat en skönsmässig och godtycklig bedömning i samband med prövning av bolagets anbud i syfte att på felaktiga grunder utesluta dennes anbud.

Det kan noteras att AB Melleruds Bostäder under föregående avtalsperiod vid sju tillfällen har kringgått avropsordningen och i strid med då gällande ramavtal direkttilldelat uppdrag till en leverantör. Det är samma leverantör som i den nu aktuella upphandlingen har rangordnats som nummer ett. Upphandlande myndighet har brustit i tillämpning av likabehandlingsprincipen genom att tillämpa olika bedömningsgrunder avseende begreppet ”motsvara uppdragets omfattning” och bedömningen av ”positivt svar”. 13 kap. 13 § 5 LOU är en uttömmande regel när en anbudsgivares tidigare misskötsel av upphandlande kontrakt kan ligga till grund för uteslutning och den bestämmelsen utgör en rättssäkerhetsgaranti.

Bolagets anbud skulle rätteligen ha rangordnats som nummer ett, och bolaget har således kommit att lida skada. Upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om varpå bolagets anbud tas upp till utvärdering och bolaget, som har lämnats lägsta anbudspris, ska antas som leverantör och rangordnas som nummer ett i avropsordningen.

Upphandlande myndighet anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Bolaget har inte visat att upphandlingen har utförts i strid med lag eller att bolaget har lidit skada till följd av påstådda brister. Vid referenstagning har den upphandlande myndigheten tillfrågat annan kund än i anbudet angivna och negativa svar har lämnats. Av de administrativa föreskrifterna framgår tydligt att det är skälig grund för diskvalificering. Egen referenstagning gjordes på grund av att den ena angivna referenten kan anses som bristfällig då endast två uppdrag har utförts av bolaget, vilket inte motsvarar uppdragets omfattning, och AB Melleruds Bostäder har erfarenhet av bolaget. Beslutet om att diskvalificera bolaget grundar sig på att de negativa svaren kan komma att påverka den samhällsviktiga verksamhet som pågår i de lokaler där aktuellt arbete kommer att utföras. Upphandlande myndighet uppfyller principen om transparens och i de administrativa föreskrifterna kan tydligt utläsas vad som krävs för att anses ha teknisk och yrkesmässig kapacitet. Övriga bolag i anbudsområdet har fått positiva svar från sina referenser. Egen referens har tagits in även på den leverantör som nu har blivit antagen som nummer ett i utvärderingen. Principen om likabehandling är uppfylld och kraven är inte oproportionerliga. Den upphandlande myndigheten har inte gynnat någon leverantör.

Bolaget har tagit del av referenstagningsprotokoll. Av dokumentationen framgår brister vid ett arbete bolaget har utfört i AB Melleruds Bostäder lokaler eftersom uppdraget bl.a. inte var färdigställt vid en viss tid trots tillsägelse. Bestämmelser i 14 kap. LOU ger en upphandlande myndighet möjlighet att utefter reglerna i 15 kap. 11 § avgöra om teknisk och yrkesmässig kapacitet uppfylls. Det finns inte något som pekar på att reglerna i 13 kap. 3 § 5 ska vara uppfyllda. Den upphandlande myndigheten har inte använt egna referenser för att gynna eller missgynna leverantörer. Referenser har använts på ett objektiva sätt och syftet har inte varit att kringgå bestämmelserna i 13 kap. 3 § 5.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 § 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredning i målet

Av de administrativa föreskrifterna punkt 52 framkommer bl.a. följande.

Prövning av anbudsgivarens lämplighet

Angivna krav gällande anbudsgivarens lämplighet är ska-krav vilket innebär att det är en förutsättning att de är uppfyllda för att anbudsgivaren ska bli aktuell för utvärdering.

Teknisk kapacitet

E ska styrka att dennes tekniska kapacitet är tillräcklig för uppdraget genom en kortfattad beskrivning av sin verksamhet, organisation och kompetens. Beskrivningen ska innehålla uppgifter om storlek på organisation, vilken verksamhet som bedrivs, antal verksamhetsår, ägarförhållande, geografisk placering/ar, plan för bemanning under semesterperiod.

B bedömer om den tekniska kapaciteten är styrkt med utgångspunkt i Es beskrivning.

Certifikat

För eventuella krav på certifikat, se teknisk beskrivning för respektive hantverksområde.

Anbudsgivare och eventuella underentreprenörer skall ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll.

För att styrka anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kompetens ovan ska en förteckning på två (2) unika referensobjekt/referenskunder liknande det som efterfrågas i denna upphandling anges med namn på företag och kontaktuppgifter till kontaktperson. Referenspersonerna ska vara vidtalade. Referensuppdragen ska ha genomförts under de tre senaste åren. Melleruds kommun kan komma att tillfråga andra kunder än de i anbudet angivna. Följande frågor kommer att ställas till referenserna om referenstagning blir aktuell:

- 1. Tror du att E kommer vara tillgänglig enligt överenskommelse?*
- 2. Tror du att E kommer kunna hålla uppgjorda tider?*
- 3. Tror du att projekten kommer genomföras enligt överenskommen projektplan?*
- 4. Tror ni att E kommer vara lyhörd för Bs önskemål?*
- 5. Tror ni att kvalitén på de av E levererade tjänsterna kommer motsvara Bs förväntningar?*
- 6. Tror ni att kostnaderna för tillkommande arbeten kommer vara rimliga?*

Positiva svar (JA-svar) är en förutsättning för att yrkeskunnande ska anses tillräcklig för efterfrågat uppdrag. Lämnas negativa omdömen kommer Melleruds kommun att utreda om det negativa omdömet har skälig grund. Det är Melleruds kommun som avgör om det negativa omdömet har skälig grund eller inte.

Referensobjekten anges av E i ska-kraven där E också intygar sin lämplighet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet i en upphandling får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden. Kraven får enligt punkten 3 i bestämmelsens första stycke avse teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Av de administrativa föreskrifterna framgår vilka obligatoriska krav som ställts för upphandlingen. Det framgår att anbudsgivare och eventuella underentreprenörer ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Vidare framkommer att anbudsgivarna ska uppge två referenskunder och att den upphandlande myndigheten kan komma att tillfråga andra kunder än de i anbudet angivna.

Det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådan referenstagning måste dock framgå av förfrågningsunderlaget och ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds. Användning av egna referenser får dock inte ske på ett sätt som innebär att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås (jfr Kamrarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18).

Bolaget har lämnat två referenser och den upphandlande myndigheten har även gjort en egen referenstagning mot bakgrund av att den upphandlande myndigheten har egen erfarenhet av bolaget. Mot bakgrund av vad som kommit fram vid referenstagning avseende att bolaget fått nekande svar på vissa frågor, har den upphandlande myndigheten bedömt att det finns skälig grund att diskvalificera bolagets anbud. Det framgår även att den upphandlande myndigheten har gjort egen referenstagning på leverantören av det vinnande anbudet.

Utifrån vad som har framkommit bedömer förvaltningsrätten att referenstagningen har skett på ett objektivt sätt och det har inte framkommit att den upphandlande myndigheten har använt egna referenser för att

kringgå bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU. Bolaget har inte heller visat att den upphandlande myndigheten i övrigt har brutit mot någon av bestämmelserna i LOU. Vad bolaget har anfört om bakgrunden till referenskundernas svar och att det finns positiva svar från andra referenstagningar förändrar inte den bedömningen.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att den upphandlande myndigheten har överträtt någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Jolfors Detert
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Elisabeth Svedén.



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 nyårs-afton, 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 försörjningssektorerna, 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.