



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM

2017-06-09

Meddelad i Göteborg

1

Mål nr

12561-16, 12588-16,

12591-16, 12594-16,

12600-16 och 12601-16

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud: Advokaten Maria Pedersen och jur.kand. Åsa Fält
Advokatfirman Pedersen AB

Box 3462

103 69 Stockholm

MOTPARTER

1. Falkenbergs Kommun, 212000-1231
2. Falkenbergs Näringsliv AB, 556121-0278
3. Falkenberg Energi AB, 556461-4831
4. Falkenbergs Bostads AB, 556095-1245
5. Falkenbergs Vatten och renhållnings AB, 556560-8121
6. Vatten & Miljö i Väst AB, 556764-7606

Ombud för samtliga:

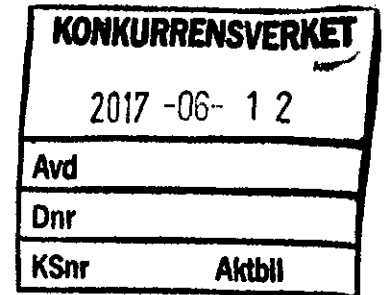
Kommunjuristen Lina Weetman

Falkenbergs kommun

311 80 Falkenberg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 471026

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00-16:00

BAKGRUND

Falkenbergs kommun m.fl. (kommunen) genomför en samordnad upphandling av ramavtal avseende underhålls- och reparationsarbeten/Måleri, dnr KS2016-296. Inom anbudstiden inkom två anbud.

Av tilldelningsbeslut den 16 november 2016 framgår att kommunen har tilldelat Stoby Måleri AB (Stoby) kontraktet för både zon 1 och zon 2. Sandå Sverige AB (Sandå) har rangordnats på andra plats i respektive zon.

YRKANDEN M.M.**Sandå**

Sandå yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen. Sandå anser att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Stobys anbud förkastas och att Sandås anbud i stället rangordnas först för båda zonerna. Sandå invänder mot upphandlingen i följande delar: referensuppdrag, fri från hinder enligt 10 kap. LOU, presentation av organisation och kreditvärdighet

Referensuppdrag

Enligt punkten A2.2 i anbudsformuläret ska anbudsgivaren ange "år-mån/år-mån" för de av anbudsgivarna åberopade referensuppdragen. Stoby har inte angett uppgifter om månad och har därför inte uppfyllt detta obligatoriska krav.

Stoby har för det första inte angett uppdragstiden på efterfrågat sätt. För det andra framgår det inte om referensuppdragen är avslutade eller inte då Stoby

inte angett vilken månad som uppdragen avslutats och om uppdragen då eventuellt inte är avslutade. I kravet anges att det är fråga om uppdrag som är utförda, inte pågående. Det har inte varit betungande för Stoby att ange uppgiften på ett korrekt sätt, se HFD 2016 ref. 37 I.

Fri från hinder enligt 10 kap. LOU

Enligt Administrativa föreskrifter kod AFB.51 ska anbudsgivaren intyga att han är fri från hinder för deltagande enligt 10 kap. 1–2 §§ LOU. Något sådant intygande går inte att återfinna i anbudet från Stoby och anbudet uppfyller därför inte detta obligatoriska skall-krav.

Skrivningen i AFB.51 att "(a)nbudsgivaren ska intyga att han är fri från hinder för deltagande i LOU kapitel 10 §§ 1,2" går inte att läsa på annat sätt än att anbudsgivarna i sina anbud ska intyga att de är fria från sådant hinder. Att något formaliakrav inte ställs upp angående hur den uppgiften ska lämnas betyder inte att kravet i sin helhet faller bort utan endast är upp till anbudsgivarna att lämna uppgiften på valfritt sätt.

Kommunen gör gällande att "anbudsgivare som har lämnat anbud i enlighet med anbudsformuläret har uppfyllt de krav som ställts på uppgiftslämnande". Om kommunen ställt upp krav i kvalificeringsfasen som sedan bortfaller, så utgör detta ett brott mot LOU och likabehandlingsprincipen. Detta då skall-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget kan ha inneburit att potentiella anbudsgivare valt att inte delta i upphandlingen, vilket kan ha inneburit skada för dessa anbudsgivare, se HFD 2016 ref. 37 II.

HFD:s praxis för skall-krav är hård; samtliga skall-krav ska vara uppfyllda för att anbudet ska gå vidare till utvärderingsfasen. I annat fall måste anbudet förkastas då det annars strider mot likabehandlingsprincipen.

Presentation av organisation

Enligt Administrativa föreskrifter kod AFC/D.32 ska anbudsgivaren presentera sin organisation för uppdraget. Någon presentation av organisationen finns inte i anbudet från Stoby och anbudet uppfyller därför inte detta obligatoriska skall-krav. – Ett skall-krav är ett obligatoriskt krav som måste uppfyllas oavsett var i förfrågningsunderlaget skall-kravet återfinns.

Något som talar för att Stoby har tolkat förfrågningsunderlaget på samma sätt som Sandå är att Stoby bifogat såväl kursintyg för BAS-P och BAS-U som information kring kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem. Dessa krav anges i förfrågningsunderlagets del AFC.

Kreditvärdighet

Enligt Administrativa föreskrifter kod AFB.52 ska anbudsgivaren ha minst ranking 40 enligt Creditsafe. Det angavs inte att kommunen skulle kontrollera detta själv vilket innebar att det ankom på anbudsgivarna att visa att kravet var uppfyllt. Någon ranking från Creditsafe eller annat kreditgivningsinstitut finns inte bifogat till anbudet från Stoby. Anbudet uppfyller därför inte heller detta obligatoriska skall-krav.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis är det således fyra skall-krav som inte Stobys anbud uppfyller och som, var för sig och tillsammans, skulle ha inneburit ett förkastande av anbudet från kommunen och Sandå skulle därför rätteligen ha vunnit upphandlingen. Sandå har därför lidit skada till följd av kommunens brott mot LOU.

Kommunen

Kommunen motsätter sig ansökan.

Referensuppdrag

I punkten A2.2 i anbudsformuläret ska anbudsgivaren ange ett antal uppgifter kopplade till referensuppdraget. En av dessa är uppdragstid. Syftet med uppdragstid (ange år-mån/år-mån) för referensuppdrag är att det ska gå att utläsa att referensuppdraget uppfyller kravet på att ha utförts inom den senaste treårsperioden.

Stoby har lämnat tre referensuppdrag: Brogripen Syd AB (uppdragstid 2009-2016), Malmö Stad (uppdragstid 2012-12- 2016) samt AB Bjuvbostäder (uppdragstid 2013-05-2016).

Av de uppgifter som Stoby lämnat framgår att samtliga referensuppdrag uppfyller kravet på att vara utförda inom den senaste treårsperioden. Att diskvalificera ett anbud är en mycket ingripande åtgärd. Att förkasta Stobys anbud med hänvisning till avsaknad av månad för vissa referensuppdrag är inte proportionerligt då det av lämnade uppgifter går att utläsa att kravet är uppfyllt.

Fri från hinder enligt 10 kap. LOU

Av punkten AFB.51 i anbudsformuläret framgår att anbudsgivare ska intyga att han är fri från hinder för deltagande enligt 10 kap. 1–2 §§ LOU. Vidare framgår av femte stycket i AFB.31 att "Anbud ska innehålla begärda uppgifter/intyg/handlingar enligt anbudsformulär (undvik att bifoga bokslut, broschyrer, reklam mm som inte efterfrågas i anbudsformulär)".

En anbudsgivare som lämnar anbud i en upphandling godkänner de krav som ställs och intygar därmed att dessa uppfylls. Något speciellt formalia-krav kring hur anbudsgivare ska intyga att han är fri från hinder ställs inte, vare sig i AF-delen eller i anbudsformuläret. Däremot framgår tydligt av AFB.31 att anbudsgivare ska undvika att bifoga handlingar som inte efterfrågas i anbudsformuläret. En anbudsgivare som har lämnat anbud i enlighet med anbudsformuläret har uppfyllt de krav som ställs på uppgiftslämnande. Det vore i strid med de upphandlingsrättsliga principerna att utesluta en anbudsgivare som har uppfyllt kommunens anvisningar.

Presentation av organisation

Upphandlingen avser ett ramavtal från vilket avrop kommer att ske successivt under avtalsperioden. Förfrågningsunderlagets AF-del är indelad i fyra delar.

Delarna AFC/D och AFG reglerar villkor som ska gälla under avtalsperioden. Kravet i AFC/D.32 på att E ska presentera sin organisation för uppdraget avser inte presentation i anbudet utan under avtalsperioden vid respektive avrop. Uppgifter som ska bifogas anbud framgår av AFB.31 samt anbudsformuläret. Observera att kravet ställs på E, dvs. entreprenören, och inte anbudsgivaren.

Kreditvärdighet

En anbudsgivare godkänner de krav som ställs i förfrågningsunderlaget genom att lämna anbud och intygar därmed att ställda krav uppfylls. En anbudsgivare har inte någon skyldighet att ge in bevisning för att ett krav uppfylls om inte den upphandlande myndigheten speciellt har efterfrågat sådan bevisning. I upphandlingen ställs inte något krav på att anbudsgivaren

ska bifoga bevisning avseende kreditvärdighet om att anbudsgivaren har minst ranking 40 enligt Creditsafe.

Sammanfattning

Kommunen har rätteligen kvalificerat Stobys anbud i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna och Sandå har således inte lidit sådan skada som avses i 16 kap. 6 § LOU.

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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (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).

Enligt rättspraxis får förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till utvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt (HFD 2016 ref. 37 I och II).

Förvaltningsrättens bedömning

Referensuppdrag

I punkten A2.2 i anbudsformuläret – Referensuppdrag för anbudsgivande företag – anges bl.a. följande. ”Anbudsgivare redovisar minst tre utförda bygguppdrag, med en total omsättning på minst 1Mkr under den senaste 3-årsperioden.”. Det anges vidare att uppdragstiden ska anges genom ”år-mån/år-mån”.

Stoby har som referensuppdrag redovisat tre ramavtal och får därmed anses ha åberopat bygguppdrag (avrop) utförda inom ramen för ramavtalens löptid. Uppdragstiden synes avse ramavtalens löptid och saknar i vissa fall månadsangivelse. Även om anbudet i denna del därför inte uppfyller ställt ska-krav avseende angivande av uppdragstid får i allt fall anses visat att åberopade referensuppdrag är utförda under den senaste treårsperioden. Syftet med kravet är därmed uppfyllt. Kravet har sålunda inte bortfallit. Kravet kan inte heller anses vara av sådan karaktär att den avhållit potentiella anbudsgivare från att delta i upphandlingen. Bristen i kommunens utvärdering är vidare inte av sådan art och omfattning att den har medfört att de grundläggande principerna i LOU trätts förnär. Tvärtom framstår det som oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av denna brist. Skäl för ingripande saknas därför i denna del.

Fri från hinder enligt 10 kap. LOU

I punkten AFB.51 i administrativa föreskrifter – Uteslutning av anbudsgivare – anges bl.a. följande. ”Anbudsgivaren ska intyga att han är fri från hinder för deltagande enligt LOU kapitel 10 1, 2.”

Något närmare anvisning om hur anbudsgivaren ska intyga att kravet är uppfyllt står inte att finna i vare sig förfrågningsunderlaget eller i anbudsformuläret. Den omständigheten att det inte särskilt anges i anbudet från Stoby att kravet är uppfyllt kan därför inte anses medföra att anbudet är orent och av den anledningen ska förkastas. Skäl för ingripande saknas därför i denna del.

Organisation för uppdraget

I punkten AFC/D.32 i de administrativa föreskrifter anges att entreprenören ska presentera sin organisation för uppdraget. Denna del (AFC/D) i förfrågningsunderlaget avser entreprenadföreskrifter vid utförande/totalentreprenad och reglerar de villkor som ska gälla under avtalsperioden. Någon presentation av organisationen för uppdraget behöver alltså inte anges i anbudet. Skäl för ingripande i denna del saknas därför. Det noteras vidare att uppfyllandet av kravet på kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret punkterna A3 och A4 visas genom att certifiering eller sammanfattning ges in som bilagor till anbudet.

Kreditvärdighet

I punkten AFB.51 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. att anbudsgivare ska ha minst ranking 40 enligt Creditsafe eller på annat sätt styrka företagets ekonomiska och finansiella ställning. I det fall lägre rating visas, ska anbudsgivare ändå anses uppfylla detta krav om anbudsgivaren lämnar sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Utformningen av det obligatoriska kravet innefattar inte något klart uttalat krav på anbudsgivaren att bifoga bevis på att kreditvärdighet om minst

ranking 40 enligt Creditsafe uppfylls. Skäl för ingripande i upphandlingen saknas därför även i denna del.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Sandå har anfört inte utgör tillräckliga skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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

Mattias Almqvist
Tf. chefsrådman

Föredragande i målen har varit föredragande juristen Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.