



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-02-28
Meddelad i Uppsala

Mål nr
5711-16 E

SÖKANDE

Maskinringen Mälardalen Ekonomisk förening, 716422-5786
Åkerbygatan 1
745 37 Enköping

MOTPART

AB Enköpings Hyresbostäder, 556054-7050
Box 3051
745 03 Enköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2017 -03- 0 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 202164

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

AB Enköpings Hyresbostäder (Hyresbostäder) genomförde en upphandling av skötsel av vinterväghållning. Förfrågningsunderlaget är daterat till den 9 augusti 2016. I ursprungligt tilldelningsbeslut den 21 oktober 2016 tilldelades Maskinringen Mälardalen ekonomisk förening (bolaget) kontraktet. I rättat tilldelningsbeslut den 27 oktober 2016 tilldelades istället Markona AB (Markona) kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget tilldelas kontrakt i enlighet med det första tilldelningsbeslutet fattat den 21 oktober 2016. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar om lämplig rättelse så som att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har företagits, alternativt att upphandlingen ska göras om i dess helhet.

Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget UF3.52 anges vad som ska beaktas vid anbudsprövningen. Under utvärderingskriterium fem och sex anges vilka frågor som ska ställas till återopade referenser, samtliga dessa tar sikte på kvalitet. Ingen av dessa frågor rör jour och beredskap. Hyresbostäder menar felaktigt att lämnade uppgifter om omfattningen av referensuppdragen inte kan styrkas av referenspersonerna och har därför felaktigt gjort ett påslag på utvärderingspriset. Bolaget har inte gällande referensuppdragen lämnat uppgifter om jour och beredskap varför detta inte ska ge ett påslag. Anbudssumman skulle därmed varit den som angavs i det första tilldelningsbeslutet, varmed bolagets anbudspris var lägre än Markonas och bolaget ska därför erhålla upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår att återopade referensuppdrag ska innefatta samtliga skötseltyper för utemiljö, inte att de ska vara identiska med aktuell upphandling. Eftersom att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att frågor skulle ställas om jour och beredskap ska dessa inte beaktas gällande

utvärderingskriterium fem och sex. Kriterium fem och sex handlar enbart om hur väl referensuppdraget utförts, hur man hållit tider m.m.

Bolaget har uppgett Hyresbostäder själva som referens. Jour och beredskap har ingått i uppdraget och det är märkligt att inte Hyresbostäder kan bekräfta det. Även uppdraget för Uppsala kommun har innefattat jour och beredskap.

Hyresbostäder har hanterat upphandlingen felaktigt genom att i första tilldelningsbeslutet tilldela bolaget kontraktet, för att sedan efter klagomål av Markona ändra tilldelningsbeslutet och tilldela Markona kontraktet, utan att bolaget fått bemöta vad Markona anfört. Hyresbostäder har därmed agerat godtyckligt.

Hyresbostäder bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar i första hand att utvärderingskraven i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet inte uppfyllts och i andra hand att utvärderingen ska göras om.

Till stöd för sin inställning anför de bl.a. följande. Bolaget har i sitt anbud lämnat inaktuella kontaktuppgifter till både huvudreferens och reservreferens. Båda dessa personer har slutat sedan två år tillbaka, vilket anbudsgivaren uppmärksammades om i samband med utvärderingen. Av anbudsformuläret framgår tydligt att anbudsgivaren svarar för att referenten är kontaktbar och anbudsgivaren ansvarar även för att ange en reservkontakt om huvudreferenten inte går att nå. För att kunna utvärdera referenserna ifråga begärde Hyresbostäder in kompletterande kontaktuppgifter för båda referenspersonerna. Bolaget valde istället att lämna in två andra referenser.

Vid utvärdering av riktigheten av respektive referens framgick bl.a. att då bolaget inte inkommit med kompletterande kontaktuppgifter avseende inlämnade referenser kan inte de i första läget inlämnade referenserna utvärderas. Bolagets byte av referensuppdrag efter sista anbudsdag är att betrakta som tillförande av ny information och en otillåten komplettering. Inget av de otillåtet kompletterade referensuppdragen har omfattat skötseluppdraget

jour och beredskap, vilket upptäcktes vid en senare kontroll av referensuppdragens omfattning. Omfattningen har således inte kunnat bekräftas vilket inneburit ett automatiskt påslag med 10 procent per referens på anbudspriset. Detta ledde till det rättade tilldelningsbeslutet.

I upphandlingsföreskrifterna framgår det klart och tydligt att referenserna sammantaget ska innefatta samtliga skötseltyper i bilagan ”teknisk beskrivning och gränsdragningslista”. I bilagan framgår att funktionskravet på jour och beredskap är en skötseltyp. Det framgår även av de frågor som ställs till referenspersonerna att jour och beredskap ingår. Bolagets uppfattning att åberopade referensuppdrag inte ska omfatta jour och beredskap är direkt felaktigt.

Hysesbostäder har behandlat samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt med välavvägda krav mot objektet för upphandlingen.

Bolaget tillade i yttrande bl.a. följande. Bolaget finner det anmärkningsvärt att Hysesbostäder under överprövningstiden kontrollerat huruvida kravet på jour och beredskap uppfyllts när detta krav borde kontrollerats innan tilldelningen. Det är inte rimligt att referenser ska vara tillgängliga efter tilldelningsbeslutet.

Bolaget uppfattade Hysesbostäder som att de ville ha ett nytt referensuppdrag. Detta godkändes i första tilldelningen. Om Hysesbostäder vid tiden för ny tilldelning efterfrågat referenser från bolagets tidigare uppdrag hos Hysesbostäder hade bolaget tillhandahållit det.

Enligt anbudsformuläret SF3.422 ska resurs och beredskapsjour redovisas efter att kontrakt slutits. Vill Hysesbostäder ha in handlingarna innan utsatt tidsfrist ska detta meddelas bolaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna 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. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna bär själva ansvaret för utredningen (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling som ska påvisa bristerna i upphandlingen samt orsakssambandet mellan dessa och åberopad skada. För att rätten ska finna grund för ingripande är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så har varit fallet på grund av de brister som har påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om det finns skäl för ingripande enligt LOU med stöd av de omständigheter som bolaget har åberopat. Bolaget anser dels att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att referenserna ska kunna bekräfta jour och beredskap och dels att Hyresbostäder agerat felaktigt när de ändrat det första tilldelningsbeslutet utan att bolaget fått bemöta vad Markona anfört. Hyresbostäder har bl.a. anfört att bolaget gjort en otillåten komplettering.

Omfattar referensuppdragen jour och beredskap?

Under utvärderingskriterium fem och sex i upphandlingsföreskrifterna UF3.52 anges bl.a. att anbudsgivaren redovisar två av varandra oberoende referensuppdrag. Sammantaget ska de bägge referensuppdragen gemensamt innefatta samtliga skötseltyper för utemiljö som ingår i bilagan "Tekniska arbetsuppgifter och gränsdragningslista". Lämnade uppgifter avseende omfattning på referensuppdragen som inte kan bekräftas av referenspersonen ger ett påslag på utvärderingspriset med 10 procent.

I bilagan tekniska arbetsuppgifter och gränsdragningslista framgår att frekvenser, funktions- och andra kvalitetskrav på skötseln anges i bilagan. Vidare i bilagan anges vad som menas med jour och beredskap och vilka funktionskrav som ställs på denna. Mot bakgrund av att krav i bilagan ska anges för skötsel, och att funktionskrav anges för jour och beredskap, framstår det för förvaltningsrätten som att jour och beredskap är en typ av skötsel. Även om detta inte är helt tydligt, kan förfrågningsunderlaget i denna del inte anses vara så pass otydligt att det strider mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna (jfr RÅ 2002 ref. 50). Därmed omfattas jour och beredskap av det som anges under kriterium fem och sex i upphandlingsföreskrifterna UF3.52 om att de bägge referensuppdragen gemensamt ska innefatta samtliga skötseltyper för utemiljö. Det har således i förfrågningsunderlaget funnits utrymme för Hyresbostäder att ställa frågor till referenterna om anbudsgivaren har utfört jour- och beredskapsarbeten.

Mot bakgrund av att jour och beredskap är en sköseltyp, och att referenserna gemensamt ska innefatta samtliga sköseltyper, samt att bolagets referenter inte kunnat verifiera att bolaget utfört jour och beredskap åt dem har bolagets referenser inte sammantaget innefattat samtliga sköseltyper. Hyresbostäder har således agerat korrekt när de i enlighet med upphandlingsföreskrifterna UF3.52 påfört bolagets anbud ett prispåslag.

Bolaget har anfört att deras referensuppdrag för Uppsala kommun och Hyresbostäder innefattade jour och beredskap och således borde ha kunnat bekräftas. Bolaget har dock inte visat på vilket sätt uppdragen innefattade jour och beredskap, eller hur referenspersonerna borde ha kunnat verifiera detta. I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på vad parterna anför och parterna bär själva ansvaret för utredningen. Eftersom bolaget inte har visat på vilket sätt de återopade referensuppdragen har innefattat jour och beredskap, eller hur referenspersonerna skulle kunna ha bekräftat detta, finns inte skäl att förordna om ingripande enligt LOU på denna grund.

Var ändringen av tilldelningsbeslutet förenlig med LOU?

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till är om Hyresbostäder agerat i strid med LOU när Hyresbostäder ändrade det första tilldelningsbeslutet på så sätt som bolaget gör gällande. Bolaget gör gällande att Hyresbostädernas agerande var godtyckligt och i strid med LOU och anser att de borde ha beretts möjlighet att bemöta vad Markona anfört.

Av praxis framgår att det inte föreligger något formellt hinder för en upphandlande myndighet att självmant, eller på initiativ av en annan anbudsgivare, ompröva sin utvärdering av inkomna anbud eller sitt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger. Möjligheten får inte utnyttjas i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU, eller i övrigt träda gemenskapsrättsliga principerna för när och gynna en viss leverantör (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 6 februari 2004 i mål nr 2831-03 och Nämnden för offentlig upphandlings yttrande i samma mål samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06).

Mot bakgrund av ovannämnd praxis, och att förvaltningsrätten konstaterat att bolagets anbud rätteligen påförts ett prispåslag vilket ändrat resultatet av anbudsutvärderingen, gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte varit i

strid med LOU att Hyresbostäder ändrade sitt tidigare tilldelningsbeslut, även om innebörden av det ändrade beslutet var att bolaget inte längre tilldelades kontrakt. Vid en sådan ändring av tilldelningsbeslutet kan det inte anses föreligga någon allmän skyldighet för den upphandlande myndigheten att inhämta yttrande från berörd part (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 6 februari 2004 i mål nr 2831-03). Det har således inte förelegat någon skyldighet för Hyresbostäder att låta bolaget bemöta vad Markona anfört inför det ändrade tilldelningsbeslutet. Vad bolaget anfört i denna del utgör därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen.

Har bolaget gjort en otillåten komplettering?

Slutligen har förvaltningsrätten att bedöma om bolaget agerat i strid med LOU när de efter begäran om kompletterande kontaktuppgifter från Hyresbostäder valt att istället ersätta befintliga referenser med nya sådana.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får myndigheten 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. Bestämmelsen ska enligt förarbetena tillämpas restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377).

Hyresbostäder har anfört att bolaget gjort en otillåten komplettering när de inte inkom med uppdaterade kontaktuppgifter utan istället inkom med helt nya referenser. Bolaget har anfört att de uppfattade det som att Hyresbostäder önskade ett nytt referensuppdrag.

Enligt förvaltningsrättens mening innebär kompletteringen med nya referenser att helt nya sakuppgifter som inte tidigare var tillgängliga tillförs anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 26 september 2014 i mål nr 2494-14). Även om inte kompletteringen har gjorts i syfte att uppfylla ett ska-krav anser förvaltningsrätten att kompletteringen väsentligen

påverkade anbudsutvärderingen och vilken poäng anbudsgivaren slutligen erhöll. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att kompletteringen på ett otillbörligt sätt gynnat bolaget (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 30 april 2014 i mål nr 1183-14 samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 14 juni 2012 i mål nr 802-12).

Eftersom kompletteringen har skett i strid mot LOU hade Hyresbostäder inte kunnat beakta de nya referenserna.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget mot bakgrund av det ovan anförda inte kan anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada på så sätt som krävs för ingripande enligt LOU. Vad bolaget anfört i övrigt föranleder ingen annan bedömning. Det saknas således skäl för förvaltningsrätten att förordna om ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska på dessa grunder avslås i sin helhet.

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


Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Wille Steinert.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.