

KLAGANDE

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

Ombud: Advokat Nicklas Hansson och bitr. jurist Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

2. Sandå Sverige AB, 556467-7119
3. Sandå Halmstad AB, 556586-0367

Ombud för 2 och 3: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 mars 2017 i mål nr 11250-16
och 11252-16, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målen åter till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

YRKANDEN M.M.

Stoby Måleri AB (Stoby) yrkar i första hand att kammarrätten avslår Sandå Halmstad AB:s och Sandå Sverige AB:s (Sandå) begäran om överprövning och i andra hand att kammarrätten återförvisar målen till förvaltningsrätten för ny prövning. Stoby anför sammanfattningsvis följande. Stobys anbud uppfyller samtliga ställda krav även utan bekräftelsen och kryss i rutan i förfrågningsunderlaget. I vart fall är Stobys bekräftelse i efterhand en tillåten rättelse eller komplettering, eller ett tillåtet förtydligande. Förvaltningsrätten har inte berett Stoby möjlighet att yttra sig i målen, vilket borde ha skett enligt HFD 2011 ref. 29 eftersom det som Sandå menar utgör brister i Stobys anbud ligger till grund för förvaltningsrättens beslut om att en ny utvärdering ska ske varvid Stoby ska uteslutas. Att det inte framgår av förvaltningsrättens domslut att Stobys anbud ska uteslutas från utvärderingen saknar betydelse eftersom det framgår av domen i sin helhet. Om inte kammarrätten anser att bristen kan läkas i kammarrätten, bör målen visas åter till förvaltningsrätten i enlighet med instansordningens princip.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl för att meddela prövningstillstånd.

Av 10 § förvaltningsprocesslagen (1972:291), förkortad FPL, framgår att en ansökan, ett överklagande eller en annan handling som inleder ett mål och det som hör till handlingen ska skickas till motparten. Han eller hon ska föreläggas att svara inom viss tid.

I rättsfallet HFD 2011 ref. 29 fann Högsta förvaltningsdomstolen att förvaltningsrätten, när den övervägde att förordna att en leverantörs anbud inte fick beaktas vid en ny utvärdering, borde ha berett leverantören tillfälle enligt 10 § FPL att yttra sig över uppgifterna i ansökan om överprövning.

När förvaltningsrättens dom innebar att leverantören uteslöts från att delta i upphandlingen ansågs leverantören vidare ha rätt att överklaga domen.

I de nu aktuella målen har förvaltningsrätten, efter att Sandå har ansökt om överprövning, i sitt avgörande beslutat om rättelse på så sätt att upphandlingen beträffande fastighetsgrupperna A, B och C av Ramavtal 2017 Fastighetsunderhåll Målning inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering. I domskälen anför förvaltningsrätten att anbudet från Stoby inte uppfyller uppställda ska-krav och att regionen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera anbudet. Förvaltningsrättens avgörande innebär således att Stoby utesluts från det vidare upphandlingsförfarandet.

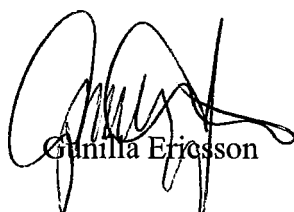
Mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens uttalande i HFD 2011 ref. 29 borde förvaltningsrätten ha kommunicerat ansökan om överprövning med Stoby. Denna brist är av sådant slag att den inte bör läkas under handläggningen i kammarrätten. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och målen visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Kammarrättens beslut att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket FPL inte överklagas.


HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 9).



Åsa Ståhl



Gunilla Ericsson



Eva Römbo
referent



SÖKANDE

1. Sandå Sverige AB, 556467-7119 (mål nr 11250-16)
 2. Sandå Halmstad AB, 556586-0367 (mål nr 11252-16)
- Box 732
182 17 Danderyd

Ombud: Advokaten Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Hallands upphandling beträffande fastighetsgrupperna A,B och C av Ramavtal 2017 Fastighetsunderhåll - Målning, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering.

BAKGRUND

Region Halland (Regionen) genomför en upphandling rubricerad Ramavtal 2017 fastighetsunderhåll med målningsarbeten avseende tre fastighetsgrupper - A, B och C.

Av tilldelningsbeslut den 14 oktober 2016, dnr DNRGS160330, framgår att Regionfastigheter efter prövning och utvärdering av anbuden har för avsikt att teckna avtal med tre leverantörer i följande rangordning.

1. Lindmarks Måleri AB (för samtliga fastighetsgrupper)
2. Stoby Måleri AB (för samtliga fastighetsgrupper)
3. Sandå Halmstad AB (för fastighetsgrupperna A-B)
3. Sandå Sverige AB (för fastighetsgrupp C)

YRKANDEN M.M.

Sandå Sverige AB:s och Sandå Halmstad AB:s talan (Sandå)

Sandå yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att upphandlande myndighet ska genomföra ny kvalificering samt utvärdering och utesluta anbuden från Lindmarks måleri AB (Lindmarks) och Stoby Måleri AB (Stoby). Till stöd för sin talan anför Sandå i huvudsak följande. Regionen har i strid mot 16 kap. LOU kvalificerat och utvärderat anbuden från Lindmarks och Stoby trots att anbuden inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Lindmarks och Stoby har tillåtits komplettera sina anbud på ett otillåtet sätt. Lindmarks har även använt annat företags kapacitet på ett felaktigt sätt. Sandå utvecklar därefter sin talan beträffande de respektive anbuden enligt vad som framgår nedan.

Anbudet från Lindmarks

Den upphandlande myndigheten har, i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget, uppställt ett antal ska-krav beträffande anbudsgivarens lämplighet. I anbudsformuläret anges att uppdragsbeskrivning, typ, storlek mm ska anges. I anbudet från Lindmarks anges ett flertal referensobjekt för nyckelperson ett respektive nyckelperson två. Samtliga referensobjekt saknar uppgifter om uppdragsbeskrivning, typ, storlek mm. Enligt administrativa föreskrifter ska uppdragen vara slutförda mellan åren 2009-2016 samt ha omfattat minst 30 000 SEK. Även dessa uppgifter saknas. Eftersom Lindmarks inte angett samtliga obligatoriska krav har den upphandlande myndigheten begärt att Lindmarks ska inkomma med de uppgifter som saknas. På begäran, och efter anbudstidens utgång, har Lindmarks på ett otillåtet sätt kompletterat sitt anbud för att uppfylla samtliga ska-krav. Kompletteringen har medfört att Lindmarks tilldelats kontrakt och därmed har den haft en direkt betydelse för utfallet av utvärderingen.

Vidare har den upphandlande myndigheten ställt krav på att anbudsgivarna i upphandlingen ska offerera två nyckelpersoner. En av de nyckelpersoner som Lindmarks offererat är [REDACTED]. Han är dock inte anställd av Lindmarks utan VD, kalkylator och arbetsledare i Smålands Måleri AB. De referensprojekt som [REDACTED] utfört är arbeten där Smålands Måleri AB har varit entreprenör. Det har inte bifogats något åtagande från Smålands Måleri AB innebärande att det ställer sina resurser till förfogande för att Lindmarks ska kunna fullfölja kontraktet. Lindmarks anbud borde således ha förkastats även eftersom bolaget åberopat ett annat företags kapacitet på ett felaktigt sätt i strid mot LOU.

Anbudet från Stoby

I anbudsformuläret anges beträffande "Företagets erfarenhet och förutsättningar" att företaget ska besvara "Vi förbinder oss att leverera

offererad arbetsledning (nyckelpersoner) enligt AFC.342” genom att kryssa i en av de två rutorna Ja eller Nej. Det framgår av Stobys anbud att bolaget inte har uppfyllt dessa obligatoriska krav eftersom bolaget inte angett det i anbudet. Den upphandlande myndigheten har begärt att Stoby i efterhand skulle intyga att bolaget uppfyller samtliga ska-krav.

Sandå har lidit skada

Genom att Lindmarks och Stobys anbud felaktigt kvalificerats har Sandå inte tilldelats kontrakt respektive tilldelats en sämre rangordning. Sandå har därför lidit skada.

Regionens talan

Regionen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Det är riktigt att kompletteringar gjorts av båda anbuderna men dessa strider inte mot LOU. Regionens utvecklar sin talan avseende respektive anbud enligt vad som framgår nedan.

Anbudet från Lindmarks

Lindmarks har tolkat regionens svarsmall på ett annorlunda vis än Sandå. Enligt regionen var det inte osannolikt att Lindmarks fått uppfattningen att ingiven redovisning var tillräcklig. Att diskvalificera anbudet skulle då strida mot principen om transparens. Det finns, på grund av kompletteringarna, ingen risk för konkurrensbegränsning eller brott mot lika-behandlingsprincipen eftersom vad som begärts in är förtydliganden av uppgifter och inte nya sådana.

Vad som anförts om Lindmarks nyckelperson bestrids. Lindmarks har angivit nyckelpersonerna i ett offentligt anbudsdokument och någon ytterligare utredning om anställningsförhållanden ankommer inte på regionen.

Anbudet från Stoby

Kompletteringen av Stobys anbud är i enlighet med LOU. Det framkommer av Sandås inlaga att Stoby underlåtit att sätta ett kryss i en ruta som ska styrka att leverantören förbinder sig att leverera arbetsledning. Stoby har i samma formulär redovisat att man har tillgång till 245 stycken yrkesarbetare. Arbetsledarna som ska utgöra den arbetsledning som skulle styrkas av krysset finns också redovisade i dokumenten. Stobys misstag att inte sätta kryss i rutan kan likställas med en uppenbar felskrivning. Genom att signera anbudet har Stoby också accepterat preambeln som föreskriver att uppdraget ska genomföras i överensstämmelse med administrativa föreskrifter.

SKÅLEN 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 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 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 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 (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlaget

Av punkten AFB.52 framgår, såvitt nu är relevant, följande:

Anbudsgivare ska

- *Förbinda sig att leverera offererad arbetsledning (2 st. nyckelpersoner) enligt nedan.*

Med "nyckelperson" avses person som kommer att vara verksam som arbetsledare eller liknande och som är anställd hos anbudsgivaren.

Nyckelperson ska

- *Ha minst 10 års yrkeserfarenhet från målningssentreprenader.*
- *Ha minst 3 års erfarenhet av arbetsledning.*

Av meritförteckningen ska framgå (se anbudsformulär):

- *Yrkesverksamhet samt nuvarande och tidigare anställningar.*
- *Exempel på genomförda referensobjekt som "nyckelperson". Fem objekt ska anges per nyckelperson. För referensobjekten gäller följande:*
 - *Objektet ska vara slutfört (ej pågående) under åren 2009-2016. För etappuppdelade objekt får genomförd etapp åberopas som referensobjekt.*
 - *Objekt ska ha omfattat minst 30 000 SEK fakturerat arbete (material ingår ej i summan).*
 - *Max 1 referensobjekt/nyckelperson får avse uppdrag utföra åt Region Halland*
 - *Beställaren förbehåller sig rätten att kontakta angiven referensperson för att kontrollera riktigheten i lämnade uppgifter.*

Av punkten AFC 342- Arbetsledning framgår följande:

Arbetena ska bedrivas under sakkunnig arbetsledning.

Bemanning ska ske med personal angiven i anbud.

*Eventuella förändringar i entreprenörens organisation relativt anbudet (text nya personer) skall godkännas av beställaren före genomförande.
Beställaren förbehåller sig rätten att avgöra likvärdig kompetensnivå.*

Anbudet från Lindmarks

I förfrågningsunderlaget anges, som ovan redovisats, att fem referensobjekt ska anges för varje nyckelperson. För referensobjekten gäller att dessa ska ha omfattat minst 30 000 SEK. Vidare anges att objektet ska vara slutfört (ej pågående) under åren 2009-2016. Av handlingarna i målet framgår att Lindmarks anbud, såvitt avser referensuppgifterna som enligt punkten AFB.52 ska anges, inledningsvis saknar uppgifter om omfattning. Sandå har därutöver påstått att datum för slutförandet saknas. Såvitt förvaltningsrätten kan utläsa finns dessa tider dock angivna i det ursprungliga anbudet. Den påstådda avsaknaden av angiven slutförandetid utgör därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Med hänsyn till dess formulering anser förvaltningsrätten att kravet på omfattning om minst 30 000 SEK utgör ett sådant obligatoriskt krav som ska vara uppfyllt för att ett anbud ska kunna tas upp till utvärdering. Regionens agerande ger också stöd för en sådan bedömning eftersom en komplettering av denna uppgift har begärts in.

Det är inte möjligt att läka ett otydligt förfrågningsunderlag genom att tillåta kompletteringar av obligatoriska krav. Kompletteringen har avsett uppgifter om omfattning, vilka saknades i anbudet. En sådan komplettering kan inte sägas vara enbart ett förtydligande eftersom den innehåller uppgifter som tidigare helt saknats. Den har inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den är därmed att betrakta som en otillåten komplettering. Anbudet från Lindmarks uppfyller därmed inte ställda skalkrav. Genom att trots detta utvärdera anbudet har regionen brutit mot

likabehandlingsprincipen. Eftersom Sandå rankats efter Lindmarks är det visat att Sandå har lidit skada av bristen. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras.

Med angiven utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva om anbudet från Lindmarks haft brister även på grund av att bolaget angett en nyckelperson som inte varit anställd i bolaget.

Anbudet från Stoby

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. I ordet uppenbar bör ligga inte endast att felet vanligen bör vara av sådan karaktär att det för var och en framstår som felaktigt utan även att det är fråga om ett uppenbart förbiseende och inte något mera kvalificerat misstag eller missförstånd av anbudsgivaren. Det bör därför utan större svårigheter kunna förstås vad som rätteligen skulle ha angivits (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom, mål nr. 3234-11).

Av Stobys anbudsformulär framgår att det inte finns någon kryssmarkering i vare sig ja- eller nej-rutan på sid. 2 efter frågan ” *Vi förbinder oss att leverera offererad arbetsledning enligt AFC.342*”. Frågan har alltså inledningsvis inte besvarats av Stoby. På grund av hur AFC.342 är utformad medför ett jakande svar att anbudsgivaren uppfyller bland annat de obligatoriska kraven att ” *arbetena ska bedrivas under sakkunnig arbetsledning och att bemanning ska ske med personal angiven i anbud*”. Ett nekande, eller uteblivet, svar hade följaktligen inneburit att ska-kravet inte uppfyllts. Begärd komplettering har således fått till följd att Stoby uppfyller angivna ska-krav. Det går inte av anbudet i övrigt att utläsa att angivna ska-krav redan utan krysset var uppfyllda. Att Stoby angett hur många yrkesarbetare som finns att tillgå eller vilka som skulle utgöra arbetsledning

medför inte att bolaget förbinder sig att leverera just den arbetsledningen. Vidare kan anmärkas att om ett ska-krav kunde uppfyllas genom att signera anbudet och därmed acceptera de administrativa föreskrifterna hade ytterligare frågor framstått som tämligen överflödiga. Om så hade varit fallet hade det, i nu aktuellt fall, inte heller varit nödvändigt för regionen att begära en komplettering.

Mot bakgrund av det ovan anförda har det inte varit fråga om en uppenbar felskrivning. Stoby har ursprungligen inte skrivit något alls i aktuella rutor och det har därmed inte utan svårighet gått att förstå vad som rätteligen skulle ha angivits. Det har däremot varit fråga om en komplettering som inneburit att ett obligatoriskt krav kommit att uppfyllas. Genom kompletteringen har en helt ny uppgift tillförts anbudet. En sådan komplettering har inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och har därmed varit otillåten. Anbudet från Stoby uppfyller därmed inte ställda ska-krav. Genom att trots detta utvärdera anbudet har regionen brutit mot likabehandlingsprincipen. Eftersom Sandå rankats efter Stoby är det visat att Sandå har lidit skada av bristen. Upphandlingen ska därför även av detta skäl rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Anna Carlson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitat ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.