



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2017-03-01
Meddelad i Göteborg

Mål nr
11250-16
11252-16

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.

Dok.Id 448340

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
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

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 anbudet 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 anbudet 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 anbudet från Lindmarks och Stoby trots att anbudet 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 anbudet 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 anbudsföreläggandet 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 anbudsföreläggandet 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. Regionen 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 anbudsdocument 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 preamblen 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 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).

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 referensuppdragen som enligt punkten AFB.52 ska anges, inledningsvis saknat uppgifter om omfattning. Sandå har därutöver påstått att datum för slutförandetid 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.