



SÖKANDE

Landskrona Tandtekniker Team AB, 556255-0961
Box 25
261 22 Landskrona

MOTPART

Malmö högskola
205 06 Malmö

Ombud: advokaten Malin Wallin och jur.kand. Anna Blomgren
MAQS Advokatbyrå Stockholm AB
Box 7009
103 86 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Landskrona Tandtekniker Team AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Malmö högskola genomför en upphandling av Tandtekniska tjänster II, Mahr 24-2013/643. Upphandlingen är uppdelad i tre områden, och ramavtal kommer att tecknas med fem leverantörer för område 1, oral protetik, med tre leverantörer för område 2, bettfysiologi, och med tre leverantörer för område 3, ortodonti. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Landskrona Tandtekniker Team AB (nedan Bolaget) har inte lämnat anbud i upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande.

För område 1, oral protetik, har ska-krav uppställts att minst ett av referensuppgifterna ska uppgå till 300 000 kr. Detta ska-krav ger inte lika möjlighet för alla. Bolaget, som saknar denna typ av större kunder, har inte kunnat delta i anbudsprocessen och har därmed lidit skada. Malmö högskola har vidare endast fått in ett mindre antal anbud vilket kan bero på detta starkt begränsande krav. Flertalet av företagen inom branschen är små och har oftast inte dessa förutsättningar. Upphandlingen ska därför göras om så att alla företag ges en likvärdig chans att lämna anbud.

Bolaget gör också gällande att handlingen benämnd "Förtydligande avseende Malmö högskolas upphandling av Tandtekniska tjänster Mahr 24-2013/643" inte ingår i anbudsfrågan. Handlingen finns inte i utannonserat anbudsunderlag. Om förändringar/förutsättningar eller kompletteringar görs ska detta framgå tydligt av anbudsfrågan vilket inte är fallet. Inte

heller har anbudsunderlaget uppdaterats eller det klart och tydligt meddelats att förändring skett, detta har enbart skett i frågor och svar.

Malmö högskola anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Bolaget har, som det får förstås, anfört att ska-kravet i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget är oproportionerligt och strider mot likabehandlingsprincipen. Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera det behov som upphandlingen ska svara mot. De krav som uppställs ska vara proportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet och kraven som uppställs får inte medföra en särbehandling av potentiella anbudsgivare.

Malmö högskola har i referensblanketten uppställt som ska-krav att minst ett av uppdragen ska uppgå till 300 000 kr om referensen avser område 1. Som framgår av förtydligandet till referensblanketten har kravet ställts för att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att leverera i enlighet med Malmö högskolas behov och att leveranskapaciteten inte påverkas av uppdrag från andra än Malmö högskola. För nystartade anbudsgivare har det dessutom funnits en möjlighet att inkomma med alternativa bevis eller referenser, t.ex. uppdrag som utförts av annan juridisk person men med tydlig knytning till den nystartade anbudsgivaren på så sätt att detta ändå kan bedömas ge en garanti för anbudsgivarens förmåga att leverera i enlighet med Malmö högskolas behov. Det har dessutom varit möjligt för en anbudsgivare som inte uppfyller kravet att använda sig av en underleverantör enligt punkten 4.6 i förfrågningsunderlaget. Sju av de nio anbudsgivare som lämnat anbud i upphandlingen har valt att lämna anbud för detta område samt har uppfyllt det uppställda kravet. Det kan inte anses vara ett mindre antal såsom Bolaget gör gällande. Kravet är således proportionerligt utifrån Malmö högskolas behov och kan inte heller i övrigt

anses strida mot någon av de grundläggande principerna. Bolaget har således inte lidit eller riskerat att lida skada varför Bolagets talan ska avslås.

Vad gäller förtydligandet av referensblanketten har detta publicerats i "Frågor och svar" den 22 augusti 2014, vilket har varit i god tid innan anbuderna skulle ges in. Det ankommer på potentiella anbudsgivare att inför lämnande av anbud hålla sig uppdaterade om eventuella förändringar eller förtydliganden av förfrågningsunderlaget. Svar på frågor samt förtydliganden av anbud ska komma samtliga potentiella anbudsgivare till del på samma sätt så att likabehandlingsprincipen och transparensprincipen uppfylls. Olika typer av förtydliganden som annonseras i "Frågor och svar" utgör del av det förfrågningsunderlag som gäller som utgångspunkt vid anbudsgivning. Malmö högskola har därför inte heller i detta avseende agerat felaktigt eller i strid med LOU utan det har ankommit på Bolaget att kontrollera vad Malmö högskola angett i "Frågor och svar".

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Utredningen i målet

Av 2.12, Frågor och kompletterande upplysningar, framgår bl.a. följande. Inkomna frågor kommer att besvaras i ”Tendsign frågor- och svar-funktion”. Eventuella frågor ska vara inkomna senast 2014-08-27. Inkomna frågor kommer att besvaras senast 2014-08-29. Om förfrågningsunderlaget behöver kompletteras med anledning av frågor från leverantör eller av annan anledning, kommer skriftlig komplettering att sändas till samtliga kända underlagshämtare. Om underlaget hämtas anonymt är det leverantörens skyldighet att själv hålla sig informerad om eventuella kompletteringar. Endast skriftligt kompletterande uppgift lämnad av Malmö högskola eller dennes ombud under anbudstiden är bindande för både Malmö högskola och anbudsgivare/leverantör.

Av punkten 4.8, Teknisk och yrkesmässig kapacitet, i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. För att visa att anbudsgivaren besitter den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten som efterfrågas i denna upphandling ska anbudsgivaren ange två referenser. Referensblankett ska användas.

Av referensblanketten framgår bl.a. följande. Referensuppgifter från tidigare/nuvarande uppdragsgivare ska ge Malmö högskola en uppfattning om anbudsgivarens förmåga att leverera efterfrågade tandtekniska arbeten. Referensuppdrag ska avse uppdrag av liknande karaktär som det Malmö högskola efterfrågar. Lämnade referenser ska avse det/de områden (1-3) som anbudsgivaren offererar. Minst två referensuppdrag ska lämnas för varje offererat område (1-3). Referensuppdrag ska vara utförda under 2012-2013. Minst ett av referensuppdragen ska uppgå till 300 000 om referensen avser område 1, oral protetik.

Av förtydligande avseende Malmö högskolas upphandling av Tandtekniska tjänster Mahr 24-2013/643 framgår följande tillägg avseende kravet på att minst en av referenserna för område 1, oral protetik, ska uppgå till 300 000 kr. ”Kravet ställs för att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att leverera i enlighet med högskolans behov och att leveranskapaciteten inte påverkas av uppdrag från andra än Malmö högskola. För nystartade anbudsgivare finns möjlighet att inkomma med alternativa bevis eller referenser, t.ex. uppdrag som utförts av annan juridisk person men med tydlig knytning till den nystartade anbudsgivaren på så sätt att detta ändå kan bedömas ge en garanti för anbudsgivarens förmåga att leverera i enlighet med Malmö högskolas behov. Malmö högskola kommer att göra en självständig bedömning av om de aktuella referenserna är likvärdiga med det ställda kravet.”

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis har förvaltningsrätten att ta ställning till om ska-kravet avseende att minst en referens ska uppgå till 300 000 kr för område 1, oral protetik, är förenligt med bestämmelserna i LOU.

Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskrav som uppställs i en upphandling måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara relevanta, vara av inte oväsentlig betydelse och får inte vara diskriminerande. En upphandlande myndighet har, så länge det inte strider mot proportionalitetsprincipen, stor frihet att i förfrågningsunderlaget ställa ska-krav. De krav som ställs på tidigare erfarenhet bör dock inte vara mer långtgående än vad som är motiverat av uppdraget och ska ha ett samband med kontraktsföremålet.

Malmö högskola har anfört att det i målet aktuella kravet uppställts för att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att leverera i enlighet med Malmö högskolas behov och att leveranskapaciteten inte påverkas av uppdrag från andra än Malmö högskola. Det är enligt förvaltningsrättens mening inte visat annat än att det uppställda kravet är relevant och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Det finns vidare flera leverantörer som kan tillhandahålla det Malmö högskola efterfrågar inom ramen för område 1, oral protetik. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att kravet är oproportionerligt eller att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Den negativa effekt som kravet kan antas ha för mindre leverantörer kan vidare inte heller anses oproportionerlig. Vad Bolaget gör gällande angående aktuellt krav utgör därmed inte grund för ingripande enligt LOU.

Bolaget har vidare gjort gällande att Malmö högskolas förtydligande avseende referensblanketten inte ingår i förfrågningsunderlaget. Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att även om möjligheten att förtydliga och komplettera ett förfrågningsunderlag som utgångspunkt är begränsad finns det inga hinder för detta så länge sådana förtydliganden eller kompletteringar inte strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna som bl.a. kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Det framgår också av förfrågningsunderlaget att förtydliganden kan komma att ske, hur detta i så fall kommer att kommuniceras samt inom vilka tidsramar. Bolaget har inte gjort gällande att innehållet i förtydligandet skulle strida mot någon av de grundläggande EU-rättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU eller ens påstått att förtydligandet påverkat Bolagets möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Det saknas således även i denna del anledning till ingripande enligt LOU.

Vad Bolaget anfört utgör således inte grund för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska alltså avslås.

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



Anders Mattsson

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

