



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2020-03-10
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1110-20 E

Sida 1 (6)

SÖKANDE

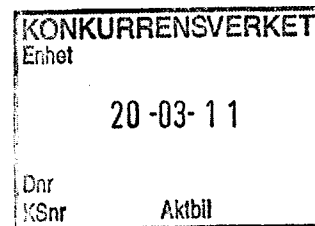
Bromma Fönsterputs AB, 556616-7952
Box 42116
126 14 Stockholm

MOTPART

TioHundra AB, 556595-7395
Box 905
761 29 Norrtälje

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 310720

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Smedsgränd 22

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

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

TioHundra AB (TioHundra) genomför en upphandling avseende fönsterputs med dnr XC 1909-1118. I tilldelningsbeslut den 7 februari 2020 har anbud från Tomina AB antagits.

Bromma Fönsterputs AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen rättas genom att anbud från Tomina AB förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Tomina AB uppfyller inte kraven 2.11 i upphandlingen och borde därför ha blivit förkastat. TioHundra hävdar att 36-månadersregeln även gäller för så kallad intern referens. Det vill säga att om ett företag varit leverantör de senaste tre åren, så ska man ange Tiohundra som en av två referenser. Skrivningen i upphandlingsunderlaget specificerar dock inte 36 månader gällande den punkten då det står att "om man tidigare varit leverantör" så ska man ange Tiohundra som en av de två referenserna. Detta innebär att Tomina AB, som tidigare har vunnit en tilldelning 2009, också skulle ha angett TioHundra som referens.

Om 36 månader även ska gälla för intern referens har likabehandlingsprincipen åsidosatts. Det senaste avtalet har varat längre än 36 månader, vilket innebär att det bara är bolaget som ska ange Tiohundra som referens. I praktiken innebär detta att Tiohundra begär en intern referens i sitt upphandlingsunderlag.

TioHundra bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Enligt punkt 2.11 i upphandlingsdokumentet ska två referenser lämnas. Referensuppdragen får inte vara äldre än tre år räknat från sista anbudsdag. Vidare anges i samma punkt att i de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag åt Tiohundra, ska Tiohundra anges som en av referenterna.

Tomina AB har lämnat uppgifter som uppfyller kravet i punkt 2.11. Tomina AB har inte varit leverantör hos Tiohundra under de senaste tre åren.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Den som ansöker om överprövning ska på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69). Den som ansöker om överprövning ska också visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sitt förfrågningsunderlag och det ankommer på myndigheten att avgöra vilket behov den har och vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har i första hand gjort gällande att Tomina AB inte uppfyller krav i upphandlingen på att ange Tiohundra som referens.

I relevanta delar av upphandlingsunderlaget anges följande.

2.11 Referenser

I upphandlingsdokumentet efterfrågas två (2) referenser för kvalificeringen. För att kvalificeras och gå vidare till utvärderingen av tjänsten samt utvärderingen av anbudet, ska referenten intyga att tidigare utförda uppdrag har uppnått god kvalitet och vitsordas.

Referensuppdragen får inte vara äldre än tre (3) år räknat från sista anbudsdag. Observera att tidpunkten ska anges. Referensuppdragen ska således innehållsmässigt motsvara den tjänst som efterfrågas i denna upphandling.

All referenstagning kommer att dokumenteras skriftligt av upphandlaren. Referent får inte tillhöra leverantörens egna organisation. Referent får inte vara i beroendeförhållande eller uppdragsförhållande till den referensen avser. I de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag åt Tiohundra, ska Tiohundra anges som en av referenterna.

Förvaltningsrätten anser att det klart framgår av upphandlingsunderlaget att referensuppdragen inte får vara äldre än tre år. Det framgår också med tydlighet att TioHundra kommer att använda egna referenser. Enligt förvaltningsrättens mening har det utifrån formuleringarna i punkten 2.11 inte funnits anledning att anta något annat än att även TioHundras egenreferenser får vara högst tre år gamla. Tomina AB, som ostridigt inte utfört arbete för den upphandlande myndigheten sedan 2012, har därmed inte behövt åberopa TioHundra som referens. Eftersom Tomina AB därmed har uppfyllt de krav som uppställts angående referenser har TioHundra således kunnat utvärdera och anta anbudet utan att handla i strid med LOU.

Bolaget har som alternativ grund anfört att det strider mot likabehandlingsprincipen att TioHundra ställer krav på en egenreferens som enbart kan beröra en enda anbudsgivare, i detta fall bolaget.

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Avsikten är inte att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av denne som ska visas. En generell möjlighet för TioHundra att utvärdera och poängsätta leverantörer som tidigare har utfört uppdrag för myndigheten måste i sig anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utröna vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig. En sådan referenstagning måste dock framgå av upphandlingsdokumentet och ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18).

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har invänt mot utformningen av referensbedömningen i sig eller haft invändningar mot de frågor som har ställts däri. Bolaget har inte närmare utvecklat på vilket sätt TioHundras agerande strider mot likabehandlingsprincipen. Den omständigheten att TioHundra rent faktiskt har agerat egenreferens för endast en av anbudsgivarna ger enligt förvaltningsrätten inte anledning till att ifrågasätta upphandlingen. En generell möjlighet för TioHundra att beakta sin egen erfarenhet i de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag av liknande art för myndigheten måste enligt förvaltningsrättens mening anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav. Inte heller framstår begränsningen att referensuppdragen får vara högst tre år gamla som oproportionerlig. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller i denna del.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Sofia Sjögren
förvaltningsrättsfiskal

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.