



SÖKANDE

AB Kompetensutveckla i Sundsvall, 559070-3913

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

Ombud: Juristen Jonas Köping
Ecenea Procurement AB
Nygatan 38
803 11 Gävle

KONKURRENSVERKET	
2019-04-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför en upphandling av Arbetsmiljöutbildning BAM (bättre arbetsmiljö) med diarienummer UH-2018-519.

YRKANDEN M.M.

AB Kompetensutveckla (bolaget) har ansökt om överprövning av kommunens tilldelningsbeslut och anför i huvudsak följande. Bolagets anbud förkastades då det saknades referenser för tidigare utförda arbeten. I upphandlingsportalen fanns det ingen möjlighet att ladda upp en referensförteckning. Det efterfrågades inte heller som en obligatorisk anbudsfil. Hälften av de företag som var med i upphandlingen missade att skicka in referensförteckning då det inte efterfrågades. I och med denna otydlighet överprövas tilldelningsbeslutet.

Kommunen yrkar, genom sitt ombud, att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning och anför följande. Som överklagan får förstås menar bolaget att kommunen inte agerat i linje med principen om transparens då bolaget uteslutits med anledning av att bolaget inte bifogat en förteckning efter efterfrågade referensuppdrag. Kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet uppställs i den Administrativa föreskriften avsnitt 3.6. Under punkten 3.6.1 "Erfarenhet" har kommunen uppställt krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha utfört två liknande uppdrag. Kravet framgår med tydlighet för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör förstå att det finns ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det har vidare inte inkommit några frågor till kommunen beträffande den Administrativa föreskriften i allmänhet eller punkten 3.6.1 i synnerhet under annonseringstiden. Det har inte heller påtalats av någon anbudsgivare att det föreligger någon problematik med att bifoga filer vid lämnande av anbud. Det elektroniska upphandlingsverktyget har varit inställt på att tillåta bifogande av filer. Därtill har två anbudsgivare bifogat filer med sitt anbud där de redogör för tidigare referensuppdrag i enlighet med kravet i punkten 3.6.1.

Sammanfattningsvis ska talan avslås med anledning av att kravet tydligt framgått, anbudsgivaren har haft möjlighet att bifoga filer och kommunen har agerat i enlighet med de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 4 kap. 1 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU följer att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Vidare följer av 14 kap. 1 § andra och tredje stycket LOU att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Ett krav enligt 1 § första stycket 3 får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard (14 kap. 5 § LOU).

Utredningen i målet

Av dokumentet Administrativa föreskrifter framgår bl.a. följande

3.6.1 Erfarenhet

Anbudsgivaren ska ha utfört minst två (2) liknande uppdrag som denna upphandling omfattar, där anbudsgivaren har tagit ett helhetsansvar för genomförande av uppdragen. Därutöver ska uppdragen:

- vara slutförda under de tre (3) senaste åren räknat från denna upphandlings sista anbudsdag,
- omfattat leveranser av liknande varor och/eller tjänster som denna upphandling avser, samt
- omfattat motsvarande volymer som denna upphandling avser.

Anbudsgivaren ska styrka kravet genom att minst två (2) referenser anges för uppdragen enligt ovan. Kommunen kan komma att kontakta angivna referenser för att verifiera lämnade uppgifter.

En anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag enligt ovan, exempelvis på grund av att verksamheten är nystartad, ska på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har tidigare erfarenhet av liknande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet under de tre (3) senaste åren.

Kravet bekräftas i Bilaga: Skallkrav/ESPD och referensuppdrag redovisas i Bilaga: Referensförteckning.

Av kommunens ska-kravformulär framgår bl.a. följande

6.1 Krav

Samtliga krav ställda i bilaga Administrativa föreskrifter UH-2018-519 uppfylls.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det var rätt av kommunen att förkasta bolagets anbud avseende upphandling av Arbetsmiljöutbildning BAM.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning

lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har anfört att det förelegat otydligheter beträffande kravet på referensförteckning i samband med lämnande av anbud. Det får således förstås som att bolaget yrkar att kommunen brutit mot den grundläggande principen om transparens.

Principen om transparens innebär att det ska vara möjligt för en anbudsgivare att från upphandlingsdokumentationen utläsa dels vad den upphandlande myndigheten efterfrågar såväl avseende själva upphandlingsföremålets krav och kriterier, som i formaliahänseende, och dels att hur anbudet kommer att hanteras, prövas och värderas. Vidare innebär transparensprincipen att det efter upphandlingens genomförande ska vara möjligt att säkerställa att den upphandlade myndigheten faktiskt agerade och genomförde upphandlingen på det sätt som angavs i förfrågningsunderlaget.

Av dokumentet Administrativa föreskrifter framgår bl.a. krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha utfört två liknande uppdrag som ska styrkas genom att minst två referenser anges för uppdragen och redovisas i bilaga: Referensförteckning. Av kommunens ska-kravformulär framgår inte ett direkt krav på att referensförteckning ska bifogas som bilaga men det framgår av punkten 6.1 att samtliga krav ställda i den Administrativa föreskriften ska uppfyllas. Den uppställda punkten 3.6.1 om krav på referensförteckning i den Administrativa förteckningen får med anledning av hänvisningarna mellan de båda dokumenten bedömas utgöra ett ska-krav. Även om hänvisningarna till viss del medför en viss otydlighet bör en normalt insatt anbudsgivare rimligen förstå vad ska-kravet innebär.

Mot bakgrund av vad som anförts i målet finner förvaltningsrätten att kravet på referensförteckning framgår av ska-kravformuläret på ett sådant sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör förstå vad som förväntas av anbudsgivarna. Förvaltningsrätten bedömer därför att det bolaget anført inte visar att den upphandlande myndigheten har brutit mot den grundläggande principen om transparens. Några skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Vad bolaget anført i övrigt gällande teknisk problematik vid bifogande av handlingar föranleder ingen annan bedömning. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Linn Melander.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 rättstillämpningen.
- 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.