



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2019-10-25
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1675-19 E

Sida 1 (5)

KLAGANDE

Ocab i Sundsvall Aktiebolag, 556250-5460
C A Svenssons väg 7
856 44 Sundsvall

Ombud: Advokaten Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

MOTPART

AB Timråbo, 556109-9572
Box 134
861 24 Timrå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 10 25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 170631

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

AB Timråbo (Timråbo) genomför upphandling av fastighetsjour. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande. Det anbud som uppfyller samtliga skallkrav och är mest fördelaktigt enligt en utvärderingsmodell kommer att antas. Vid beräkning enligt utvärderingsmodellen kommer respektive anbudsgivares anbud påföras ett påslag beroende på referenstagning.

Fem anbud lämnades in, varav samtliga ansågs uppfylla samtliga skallkrav. Anbudsgivaren som tilldelades kontraktet lämnade enligt utvärderingsmodellen det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Ocab i Sundsvall Aktiebolag tilldelades inte kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Ocab i Sundsvall Aktiebolag (Ocab) ansöker om överprövning och yrkar att utvärderingen ska göras om och att Ocabs åberopad referens från Pema Vakt KB (Pema) ska ersättas med egenreferens från Timråbo. Ocab anför i huvudsak följande. Timråbo har förbehållit sig rätten att ”söka upp annan referensperson”, vilket inte är förenligt med principen om transparens i LOU då det öppnar upp för rent godtycke.

Ocab angav bl.a. Pema som referens. Pema kom senare, utan Ocabs vetskap, att inkomma med ett eget anbud i upphandlingen. Om Ocab känt till detta hade de inte använt Pema som referens. Pema gav Ocab en dålig referens vilket gav ett påslag om 67.500 poäng, vilket medförde att ett annat anbud blev lägre än Ocabs. Timråbo har angett att det inte får förekomma jävshållanden mellan anbudsgivaren och referenten. Timråbo har för att komma tillrätta med detta förbehållit sig att använda en så kallad egenreferens, dvs. ersätta åberopad referens med en egen, givet att det fanns egen erfarenhet av anbudsgivaren i fråga. Timråbo borde ha noterat intressekonflikten mellan Ocab och Pema och ersatt Pema som referens med en egen referens. Pemas

referens stack ut negativt och skiljde sig väsentligt från andra åberopade referenser, vilket är en indikation på att Pemas omdöme inte är sakligt och korrekt. Timråbo hade rätt att använda en egen referens eftersom bolaget har tidigare erfarenhet av Ocab. Genom att inte eliminera intressekonflikten har Timråbo brutit mot LOU, primärt likabehandlingsprincipen. Ocab lider eller riskerar att lida skada eftersom Ocab hade tilldelats kontraktet om det inte vore för brottet mot LOU.

Timråbo anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och Ocab har inte lidit skada till följd av de påstådda bristerna. Att de ägt rätt att byta ut en referens innebär inte att Timråbo haft en skyldighet att göra det. Någon sådan skyldighet framgår varken av förfrågningsunderlaget i upphandlingen eller i LOU. Det är Ocabs ansvar att se till att välja ut lämpliga referenspersoner avseende sitt eget anbud. I entreprenadbeskrivningen anges att referenten inte får vara i jävsförhållande samt att beställaren har möjlighet att använda s.k. egenreferens. Syftet med detta är att undvika situationer där anbudsgivaren använder sig av en referensperson som är närstående anbudsgivaren och att det därför finns en risk för att referenspersonen ger ett överbetyg. Ansvaret för att en anbudsgivare inte väljer en referensperson som arbetar på möjliga konkurrenter ligger av rimlighets skäl på anbudsgivaren själv. Timråbo har alltså inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Det saknas stöd för att Ocab skulle ha fått en bättre poäng om en annan referens än Pema använts. Ocab har därför inte lidit skada eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av B.22 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Utvärderingskriterier är totalpris och arbetsledarens och även företags förmåga att genomföra entreprenaduppdrag. Vid beräkning av vilket anbud som antas kommer respektive anbudsgivares anbud påföras ett påslag beroende på referenstagning.

Vidare framgår bl.a. följande. Referenten får ej vara i jävsförhållande och ej heller referens från någon hos Beställaren eller från person inom gemensam koncern med anbudslämnaren. Beställaren har även möjlighet att utnyttja s.k. egenreferens. I det fall beställaren äger egen erfarenhet av det anbudslämnande företaget ersätts en referens med beställarens referens. Beställaren förbehåller sig också rätten att söka upp annan referensperson som äger kännedom om det anbudslämnande företaget.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen och att detta medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada. I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på

ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Förvaltningsrättens bedömning är begränsad till vad Ocab som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Ocab har anfört att det är oförenligt med principen om transparens att Timråbo har förbehållit sig rätten att söka upp annan referensperson. Ocab har dock inte gjort gällande att Ocab har eller kan komma att lida skada på grund av detta förbehåll. Redan med anledning av detta anser förvaltningsrätten att Ocab inte visat att det på denna grund föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Ocab har även anfört att Timråbo har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte byta ut Ocabs referens mot en egenreferens eftersom den referens som Ocabs hänvisat till också har lämnat ett eget anbud i upphandlingen. Ocab menar att den referensen lämnat ett i jämförelse med andra referenser dåligt betyg och att Timråbo borde ha förstått att det förelåg en jävssituation.

Det förhållande att Timråbo har använt sig av den referens Ocab själv har angett, oavsett om referensen själv har lagt ett anbud, kan inte i sig innebära att det föreligger ett jävförhållande i den mening som avses i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet på annat sätt kan anses strida mot likabehandlingsprincipen. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder Ocab anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Robert Dalman

Rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Daniel Carlstrand.



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, midsommarafteon, julafton eller nyårsafteon, 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.

