



SÖKANDE

Nordsvenska Tak AB, 556634-0401
Herman Kreftings gata 5
462 56 Vänersborg

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

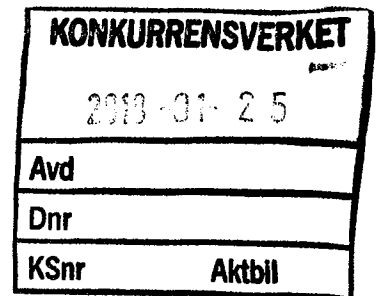
MOTPARTER

1. Uddevalla Hamnterminal Aktiebolag, 556064-2745
c/o Box 543
451 21 Uddevalla

2. Uddevalla kommun
451 81 Uddevalla

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbuderna genomförs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uddevalla kommun och Uddevalla Hamnterminal Aktiebolag (härefter gemensamt benämnda Kommunen) har genomfört en upphandling av Ramavtal hantverkartjänst takarbeten Uddevalla, dnr KS 2016/513. Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

Genom tilldelningsbeslut den 3 januari 2017 rangordnades anbudet från Patrick Jernbergs Plåtslageri AB (Jernbergs) som nummer ett. Nordsvenska Tak AB ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten i Göteborg beslutade genom dom den 31 maj 2017 (mål nr 540-17, 548-17) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny anbudsutvärdering. Av domskälen framgår att Jernbergs inte bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav avseende referensuppdrag, kvalitetsledningssystem respektive miljöledningssystem. Kommunen överklagade förvaltningsrättens avgörande till Kammarrätten i Göteborg som genom dom den 17 juli 2017 (mål nr 3062-17, 3351-17) avslog överklagandet. Kammarrätten, som hade tagit del även av de av Kommunen sekretessbelagda delarna av Jernbergs anbud, uttalade i domskälen att Jernbergs i sitt anbud inte angett avtalsperiod för angivna referensuppdrag varför anbudet redan med anledning därav inte uppfyllt samtliga ställda krav i upphandlingen.

Kommunen har därefter, den 29 augusti 2017, tagit ett nytt tilldelningsbeslut. I beslutet anges att det uppdagats att samtliga tre tilldelade leverantörer (Jernbergs, Nordsvenska Tak AB och Takorama AB) hade missat när det gäller angivande av avtalsperiod för angivna referensuppdrag. Vidare anges att då detta delvis kan härledas till ett otydligt anbudsformulär har samtliga leverantörer ombetts att komplettera sina anbud med denna information. Efter komplettering har en ny utvärdering gjorts och den har gett resultatet att Jernbergs rangordnas som nummer ett, Nordsvenska Tak AB som nummer två och Takorama AB som nummer tre.

Nordsvenska Tak AB (NTAB) har återigen ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i förvaltningsrätten i första hand att utvärderingen av anbuderna ska göras om utan beaktande av anbudet från Jernbergs och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

NTAB anför bl.a. följande.

Förutom avtalsperiod för referensuppdrag var anbudet från Jernbergs behäftat med ett stort antal andra brister, både brister hänförliga till angivande av referensuppdrag och brister hänförliga till redovisning av kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem. Dessa brister har redan konstaterats föreliggande i Förvaltningsrätten i Göteborgs (mål nr 540-17, 548-17) och Kamrarrätten i Göteborgs (mål nr 3062-17, 3351-17) domar, vilka vunnit laga kraft. Därmed föreligger negativ rättskraft så till vida att dessa omständigheter inte ens kan prövas i sak på nytt.

Grunderna för ansökan är sammanfattningsvis följande. Anbudet från Jernbergs har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav och skulle rätteligen ha diskvalificerats. Anbudet uppfyller inte i upphandlingen ställda krav avseende a) angivande av referensuppdrag, b) referensuppdragens innehåll, c) kvalitetsledningssystem, d) miljöledningssystem och e) underentreprenörer. Vidare har Kommunen använt sig av referenser som utvärderingskriterium, vilket inte är tillåtet. Förfarandet kring referensutvärderingen har också varit oklart.

Vad gäller kvalitetsledningssystem kan konstateras att anbudet, i det skick NTAB erhållit det, saknar i princip all begärd information i kravet.

NTAB har lidit skada av att anbudet från Jernbergs antagits trots dess brister då NTAB:s anbud skulle ha rangordnats högst om anbudet från Jernbergs rätteligen hade diskvalificerats.

Vid Kommunens begäran om komplettering efter kammarrättens dom uppgavs att man vid förnyad granskning upptäckt att samtliga anbudsgivare missat att ange avtalsperiod för uppdragen. Detta påstående är inte korrekt.

NTAB har i anbudet angett ”med början 2012 enligt ramavtal”. Två av avtalen är och var vid tidpunkten för ingivande av anbud fortfarande pågående varför något slutdatum ej fanns. Då kravet enligt AFB.52 är två referenser är kravet redan härvid uppfyllt. I kravet saknas helt krav på volym i tid eller omfattning av referensuppdragen. Även ett uppdrag som varat en dag skulle således vara godkänt med den aktuella skrivningen.

Kommunens begäran om komplettering är varken relevant i förhållande till NTAB då kravet redan var uppfyllt eller laglig i förhållande till Jernbergs i det att en komplettering aldrig får läka en brist i ett anbud. Därtill var anbudet från Jernbergs behäftat med ett stort antal andra brister.

Vidare är referenser olagliga som utvärderingskriterium. Referensomdömen avseende anbudsgivare är inte lagliga att använda som utvärderingskriterium då de rätteligen, om de ska vara med i upphandlingen, hör hemma i kvalificeringsfasen. Detta då kriteriet de facto är ägnat att bedöma anbudsgivarnas förmåga att utföra kontraktet och inte att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriteriet brister också i transparens och likabehandling.

Maximalt prisavdrag för referensomdömen är 150 000 kr. Av tilldelningsbeslutet framgår att skillnaden i pris mellan Jernbergs och NTAB exklusive avdrag från referensomdömen endast var 43 000 kr. Om utvärderingskrite-

riet referensomdömen hade utformats på ett lagligt sätt alternativt ersatts av något annat kriterium med motsvarande vikt i utvärderingen hade utfallet av upphandlingen kunnat bli annorlunda. NTAB har därmed lidit skada av det faktum att Kommunen använt sig av ett både olagligt och icke-transparent utvärderingskriterium.

Kommunen anför bl.a. följande

Efter kontroll mot alla anbud gällande den uppgift Kammarrätten i Göteborg avgjort mål nr 3062-17 och 3351-17 på kunde Kommunen konstatera att samtliga anbud brast i redovisningen av uppgift om tidsram för angivna referensuppdrag. Kommunen valde då att begära in komplettering av lämnade uppgifter så att samtliga anbud uppfyllt kravet på redovisning av tidsramar för återopade referensuppdrag. Det var fullt möjligt eftersom kravet gäller kvalificering av anbud och ingen anbudsgivare har i detta fall lidit skada av kompletteringen då alla fått samma möjlighet.

Eftersom anbudet från Jernbergs är kvalificerat sett till de punkter NTAB anger i såväl ansökan efter tidigare tilldelningsbeslut som enligt föreliggande ansökan har Kommunen inte kunnat utesluta anbudet i upphandlingen. Kommunen skulle då ha brutit mot likabehandlingsprincipen.

Jernbergs har för att visa uppfyllnad av de krav på ledningssystem gällande kvalitet och miljö, som anges i AFD.221 och AFD.222, till sitt anbud bifogat ett flertal bilagor – innehållande bl.a. dokument med rubrikerna Miljöutredning, Miljöplan, Rutin för systematiskt arbetsmiljöarbete, Kursintyg för Byggarbetsmiljösamordnare (BAS-U/BAS-P) och Arbetsmiljö (BAM), Rutinhandbok respektive Manual för ledningssystem gällande ekonomi, kvalitet, miljö och arbetsmiljö. Tillsammans utgör dessa dokument över 100 sidor med omfattande information om hur företagets ledningssystem avseende kvalitet och miljö är uppbyggda.

De kvalitets- och miljöledningssystem som redovisas i Jernbergs anbud uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. NTAB har dock utan att ha tillgång till dokumentationen i sin helhet anfört att beskrivningarna av Jernbergs miljö- och kvalitetssystem är bristfälliga och därmed inte uppfyller ställda krav. Utifrån den information som NTAB har kan en sådan bedömning inte göras.

Då Förvaltningsrätten i Göteborg i målen 540-17 och 548-17 inte begärde att få ta del av Jernbergs redovisade ledningssystem i sin helhet kunde domstolen inte heller utläsa att kvalitetsledningssystemet innehåller den information om marknad och försäljning, produktutveckling, distribution och leverans samt installation och montage som efterfrågas. Om förvaltningsrätten hade haft tillgång till samtlig dokumentation hade domstolen kunnat se att Jernbergs redovisade ledningssystem klart och tydligt innehåller efterfrågad information i de punkter domstolen ansåg att det fanns brister. Tabeller (ej återgivna i domen – *förvaltningsrättens kommentar*) visar exempel på var i Jernbergs bifogade ledningssystem som informationen återfinns.

Varje i AFD.221 och AFD.222 efterfrågad punkt är i Jernbergs ledningssystem inte redovisad som en identisk rubrik, utan informationen framgår av underlaget i sin helhet. Det hade varit orimligt att begära att anbudsgivarna, för att uppfylla de aktuella kraven, skulle anpassa rubriksättningen i respektive ledningssystem till de punkter som anges i förfrågningsunderlaget. De avsnitt som redovisas i ovan angivna tabeller är *exempel* på var efterfrågad information finns. Tabellerna omfattar enbart de delar där Förvaltningsrätten i Göteborg ansåg att Jernbergs anbud inte uppfyllde ställda krav. Kommunen har valt att inte lägga tid på att beröra övriga punkter då förvaltningsrätten inte konstaterat några brister i de delarna.

Användningen av referenser som utvärderingskriterium strider inte mot LOU på ett generellt plan. Det finns inget uttryckligt förbud mot att utvärdera referenser generellt och i synnerhet inte så länge som referenserna tas i

akt och mening att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av de frågor som anges i förfrågningsunderlaget är det tydligt att Kommunen är ute efter reliabiliteten hos anbudsgivaren som leverantör. Detta är i hög grad avgörande för hur avtalet och därmed uppdragen kommer att skötas.

Vidare har meritvärdet från referenser inte påverkat utgången i upphandlingen. Även utan nämnda kriterium hade Jernbergs rangordnats som nummer ett. Det NTAB anför saknar därför betydelse för målet, då användande av referensuppdrag som kriterium inte fått till följd att sökanden lidit skada, vilket också Förvaltningsrätten i Göteborg kommit fram till i mål nr 540-17 och 548-17 gällande samma upphandling.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och därigenom upphävdes lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet och är därför tillämplig i förevarande mål.

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 iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om rättskraft

En förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling vinner enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen, se HFD 2013 ref. 36. Den omständigheten att aktuell upphandling, innan Kommunens tilldelningsbeslut den 29 augusti 2017, varit föremål för prövning i såväl förvaltningsrätt som kammarrätt påverkar enligt förvaltningsrättens mening därför inte prövningsramen i förevarande mål.

Bedömning av behov av komplettering

Utifrån talan i målet är fråga enbart om kommunen haft fog för sin bedömning att anbudet från NTAB inte uppfyllt det i de administrativa föreskrifterna (punkt AFB.52) angivna kravet att redovisa avtalsperiod för angivna referensuppdrag

Det kan noteras att NTAB i sitt anbud angett ”olika tak med början 2012 enligt ramavtal” för samtliga tre angivna referensuppdrag. Det har inte angetts att uppdragen var pågående. Med hänsyn till att sista dag för att inkomma med anbud i upphandlingen var den 6 december 2016 skulle det också ha varit ovanligt långa avtalsperioder. Offentligt upphandlade ramavtal (vilket samtliga tre synes vara) får enligt 5 kap 3 § LOU normalt inte löpa längre än fyra år. Det fanns därför anledning anta att avtalen inte var gällande vid anbudstidens utgång varför slutdatum, eller att avtalen faktiskt var pågående, borde ha angetts. Genom att inte göra det kan anbudet från NTAB inte anses ha uppfyllt kravet på att ange avtalsperiod. Bristen ifråga är dock numera läkt.

Referenser som utvärderingskriterium

NTAB menar att det strider mot LOU att i en upphandling av aktuell typ använda referenser som utvärderingskriterium samt att det finns brister i utformningen av kriteriet.

Förvaltningsrätten noterar att det ankommer på den sökande att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av den brist som påtalats (jfr HFD ref. 53). Den sökande måste kunna konkretisera eller klargöra skadan eller risken för skadan.

Förvaltningsrätten noterar vidare att utfallet av referenskriteriet inte inverkat på hur NTAB rangordnats i förhållande till Jernbergs. Även utan nämnda kriterium skulle Jernbergs ha rangordnats som nummer ett. NTAB har därmed inte visat att man lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av användningen av referenskriteriet. Vad NTAB anfört om att utfallet hade kunnat bli annorlunda om referenskriteriet hade ersatts med ett annat utvärderingskriterium föranleder inte någon annan bedömning.

På grund av det anförda saknas anledning att göra någon närmare prövning av påtalade brister avseende referenskriteriet.

Fråga om anbudet från Jernbergs uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen

För att kunna pröva dessa frågor har förvaltningsrätten tagit del av härför relevanta delar av Jernbergs anbud vilka av Kommunen sekretessbelagts gentemot NTAB (jfr 8 § första stycket förvaltningsprocesslagen, EU-domstolens avgörande i mål C-450/06 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2015 ref. 55).

Förvaltningsrätten noterar att det av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget.

NTAB menar att anbudet från Jernbergs inte uppfyller i upphandlingen ställda krav avseende bl.a. kvalitetsledningssystem, varför anbudet rätteligen skulle ha diskvalificerats.

Vad gäller kvalitetsledningssystem är kravet (punkt AFD.221 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter) utformat enligt följande:

AFD.221 Kvalitetsledning

Entreprenören ska ha ett kvalitetsledningssystem lägst FR 2000 eller likvärdigt. Det ska minst innehålla:

* Ledningen

Affärsidé, riktlinjer, mål, organisation, riskhantering, förbättringsarbete, kompetensförsörjning, miljöutredning samt hälsa och säkerhet.

* Marknadsföring och försäljning

Marknad, hantering av order och reklamationer, uppföljning av levererade produkter samt kundtillfredsställelse.

* Produktutveckling

Styrning, genomgång, utprovning och dokumentation av produktutvecklingsarbetet.

* Inköp

Leverantörsbedömning, produktval och mottagningskontroll.

* Produktion

Planering och styrning av arbetet, kontroll samt underhåll av fordon och utrustning.

* Distribution och leverans

Godsmottagning, leveransgenomgång, emballering, märkning, förvaring och distribution.

* Installation och montage

Val av personal, planering av utrustning och resurser, arbete hos kund och information till kund.

* Service

Service till kunder, underhåll och hantering av reservdelar etc.

* Dokumentstyrning

Styrning och förvaring av dokument samt informationssäkerhet.

* Verksamhetsbeskrivning

En översikt över systemet som visar hur organisationen och dess verksamhet ser ut.

För att kunna utvärdera ovanstående bifogas till anbudsformuläret:

Beskrivning av egenkontroll, kvalitetssäkring, certifikat etc. där ovanstående ska kunna utläsas.

Hur revision görs och av vem samt ledningens genomgång och åtgärder.

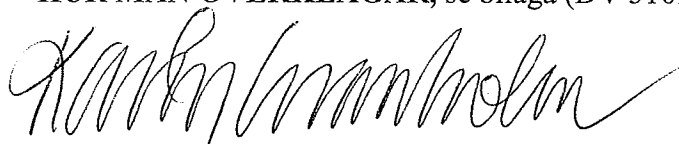
Verifieras med certifikat eller beskrivning enl. ovan uppställda punkter. (Bifogat dokument)

Kommunen har i förevarande mål hänvisat till delar i Jernbergs anbud (avsnitt i Rutinhandbok respektive Manual för ledningssystem) för att visa var

den efterfrågade informationen återfinns. Beträffande Produktutveckling har Kommunen hänvisat till avsnitt 4 och avsnitt 7 i Rutinhandboken samt till avsnitt 4.2, 5.3.1, 5.5, 7 och 8 i Manual för ledningssystem. Förvaltningsrätten har gått igenom materialet, som är relativt omfattande, men finner inte att det innehåller vad som enligt förfrågningsunderlaget krävs avseende produktutveckling. Överlag lämnas en beskrivning om hur man arbetar på ett kvalitetssäkrat sätt. Det avsnitt som kommer närmast är avsnitt 8 i Manualen, men processen är alltför överskådligt beskriven enligt förvaltningsrättens bedömning för att anse att anbudet från Jernbergs uppfyller det obligatoriska kravet avseende Kvalitetsledningssystem. Redan av denna anledning borde anbudet rätteligen inte ha utvärderats eftersom inte samtliga obligatoriska krav uppfyllts. Genom att ändå godta och utvärdera anbudet har Kommunen handlat i strid mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. NTAB, vars anbud rangordnats som nummer två i upphandlingen, har lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av den konstaterade felaktigheten.

Grund för åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därför. Med hänsyn till att den i målet konstaterade felaktigheten hänför sig till prövningen av anbudena finner förvaltningsrätten det tillräckligt med rättelse på så sätt att anbudsprövningen görs om.

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



Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

