



SÖKANDE

SBE Trädgårdsservice AB, 556409-2012
Box 90 101
120 21 Stockholm

Ombud: Advokat Jonas Edward
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

1. Gnesta Förvaltnings AB, 556633-9221
2. Gnestahem AB, 556559-6268
Box 52
646 21 Gnesta

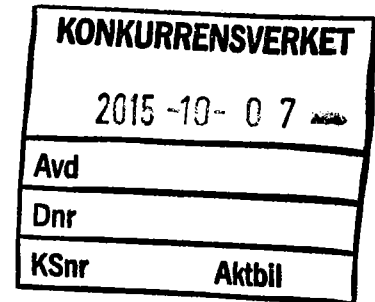
Ombud för 1–2: Advokat Johan Tollgerdt och jur.kand. Annika Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Gnesta Förvaltnings AB och Gnestahem AB (benämns nedan gemensamt som Gnestahem) genomför en upphandling av markskötsel. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Av tilldelningsbeslut den 13 juli 2015 framgår att annan leverantör än SBE Trädgårdsservice AB har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

SBE Trädgårdsservice AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från bolaget ska upptas till prövning samt anbuden från övriga tre anbudsgivare inte ska prövas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Gnestahem yrkar att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT

Bolaget

Referenstagning

Gnestahem har, i egenskap av referens, tilldelat bolagets anbud omotiverat låga poäng, vilket resulterat i att bolagets anbud inte kvalificerats i upphandlingen. Gnestahems poängsättning saknar helt grund och synes ha satts med enda syfte att bolagets anbud inte skulle kvalificeras till anbudsutvärderingen. Bolaget har sedan 2013 varit Gnestahems leverantör av de ifrågakvarande tjänsterna. Några klagomål mot hur bolaget har utfört tjänsterna har överhuvudtaget inte framförts av Gnestahem under denna tid. Det är orimligt att bolaget för någon delfråga skulle erhålla betyget 1,

dvs. mycket missnöjd. Rätteligen borde bolaget åtminstone ha erhållit en genomsnittlig poäng om 3,5 och hade då kvalificerat sig i upphandlingen.

Det uppställda kravet på att anbudsgivare inte får erhålla betyget 1 på någon delfråga är oproportionerligt. Det kan inte anses överensstämja med proportionalitetsprincipen att utesluta en anbudsgivare från en upphandling endast på den grunden att en referensperson givit anbudsgivaren ett visst betyg på en enskild fråga.

Bolaget har låtit utföra en kundundersökning i de områden som bolaget sedan 2013 har haft att sköta enligt avtalet med Gnestahem. Undersökningen visar en mycket stor kundnöjdhet och bolaget har av de intervjuade personerna erhållit ett snittvärde om 4,5 på en femgradig skala. Dessutom har Gnestahem varit referens åt bolaget två gånger tidigare och då, under sommaren 2014 och våren 2015, framkom inga klagomål utan bolaget fick då goda omdömen.

Bolaget har lämnat det lägsta anbudspriset och skulle ha vunnit upphandlingen för det fall att bolaget erhållit en rättvis poäng av Gnestahem.

Komplettering efter anbudstidens utgång

Anbuden för övriga tre anbudsgivare borde inte ha tagits upp till utvärdering eftersom de har tillåtits att efter anbudstidens utgång inge slutliga anbud. De anbud som har upptagits till anbudsutvärdering har tillkommit efter den otillåtna kompletteringen. I upphandlingen föreligger således inte något rent anbud att utvärdera. Förfarandet strider mot likabehandlingsprincipen. För det fall att förvaltningsrätten kommer till slutsatsen att villkoren i förfrågningsunderlaget i och för sig tillåter att de efter anbudstidens utgång lämnade anbuden upptas till utvärdering, strider förfarandet ändå mot transparensprincipen. Detta eftersom möjlighet att komplettera anbud

på det sätt som skett, inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget med erforderlig tydlighet. Upphandlingen ska i sådana fall göras om.

I punkten UF3.32 i upphandlingsföreskrifterna anges att "Anbud ska vara inkommit senast 2015-07-06. B är förhindrad att beakta för sent inkomna anbud." Gnestahem har, efter anbudstidens utgång, kontaktat de leverantörer som lämnat anbud i upphandlingen och erbjudit dem möjligheten att revidera sina anbud. Gnestahem har alltså beaktat anbud som inkommit efter den 6 juli 2015. Möjligheten att, jämlikt 9 kap. 8 § LOU, begära att anbudsgivarna förtydligar eller kompletterar sina anbud är mycket begränsad. Nya sakuppgifter får inte tillföras anbudet genom en komplettering då det skulle kunna leda till att likabehandlingsprincipen åsidosätts.

Genom att ge möjlighet att ändra anbudet har Gnestahem, efter anbudstidens utgång, väsentligt ändrat förutsättningarna för upphandlingen. Vid en jämförelse mellan de ursprungliga objektsbeskrivningarna och de efter anbudstiden upprättade objektsbeskrivningarna framgår att det tillkommit hela 53 970 kvm till den yta som markskötselentreprenaden omfattar. Kostnaden för att utföra markskötselentreprenad på en yta av den storleken uppskattas till åtminstone en miljon kronor per år.

Bolaget hade kunnat lämna anbud under andra förutsättningar om Gnestahems efter anbudstiden tillskapade villkor hade kunnat beaktas vid det ursprungliga anbudslämnandet. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget har medfört att bolaget nödgats iakttä försiktighet vid offererandet av priser. Det förhållandet att förfrågningsunderlaget varit otydligt har lett till att Bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada genom att inte kunna utforma sitt anbud på ett så konkurrenskraftigt sätt som möjligt. Detta fel hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede varför upphandlingen ska göras om.

Bolaget har till stöd för sin talan åberopat en kundundersökning daterad den 7 augusti 2015 samt referenssvar.

Gnestahem

Referenstagning

Av förfrågningsunderlaget framgår att för kvalificering krävs att det genomsnittliga betyget är minst 3,5 på en femgradig skala på de svar som lämnas på frågorna till referenten. Genomsnittligt betyg räknas på varje referens för sig. För kvalificering krävs vidare att anbudsgivaren inte erhåller betyget 1 på någon fråga.

Bolaget har förkastats på grund av de låga poäng som erhållits vid referenstagningen. Eftersom bolaget erhållit poängen 1 avseende fyra påståenden samt har erhållit en snittpoäng på 3 poäng, har Gnestahem förfarit helt i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU genom att förkasta bolagets anbud på denna grund. Gnestahems referensperson har behandlats på samma sätt som en utomstående referensperson och referenstagningen genomfördes av en extern konsult.

Gnestahem och bolaget har haft ett avtal om markskötsel sedan 2013. Av avtalet framgår att avtalstiden är två år med möjlighet för Gnestahem att förlänga avtalet med upp till ytterligare två år. På grund av ett växande antal klagomål avseende bolagets arbete valde Gnestahem att inte förlänga avtalet. Gnestahem har under avtalstiden framfört ett stort antal klagomål till bolaget avseende dess arbete. Mot bakgrund av omfattningen av fel och brister i bolagets arbete, det stora antalet klagomål Gnestahem mottagit och det i många fall tråkiga bemötande Gnestahem fått från bolaget när klagomålet har vidarebefordrats till bolaget, har Gnestahem inte haft någon annan möjlighet än att ge bolaget låga poäng vid referenstagningen. Mot bakgrund av detta kan det inte anses ogrundat att Gnestahem har givit bo-

laget 1 poäng på fyra av frågorna vid referenstagningen. Det kan under inga omständigheter anses oproportionerligt att ett anbud förkastas om betyget 1 ”mycket missnöjd” erhålls på fyra av åtta påståenden.

Komplettering efter anbudstidens utgång

Efter anbudstidens utgång kom det till Gnestahems kännedom att de objektsbeskrivningar som utgjort del av förfrågningsunderlaget hade förväxlats vid annonseringen. I ursprunglig *Objektsbeskrivning 1* angavs att de aktuella objekten avser entreprenadområde 1 och 2, samt vilka objekt som hör till vilket område. De objekt som anges utgöra del av entreprenadområde 1 skulle dock rätteligen ha angivits som tillhörande entreprenadområde 3, och de objekt som anges utgöra del av entreprenadområde 2 skulle rätteligen ha angivits som tillhörande entreprenadområde 1. I ursprunglig *Objektsbeskrivning 2* anges att de aktuella objekten utgör entreprenadområde 3. Dessa objekt skulle dock rätteligen ha angivits som tillhörande entreprenadområde 2. Genom meddelande om komplettering skickades korrekta objektsbeskrivningar till samtliga anbudsgivare och de fick skälig tid att inkomma med reviderade priser.

Eftersom anbud skulle lämnas separat för entreprenadområde 1 och 2, och eftersom entreprenadområde 3 endast avser snöröjning, är det givetvis av betydelse att de objekt som ingår i respektive entreprenadområde är korrekt angivna.

Eftersom samtliga anbudsgivare fick samma möjlighet att revidera lämnade priser har såväl likabehandlingsprincipen som principen om transparens upprätthållits. Oaktat ovanstående kan det dessutom konstateras att eftersom bolagets anbud rätteligen har förkastats har bolaget inte lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av Gnestahems förfarande. Det förefaller märkligt att Bolaget påstår att man tvingats iakta försiktighet vid offererandet av priser med tanke på att Bolaget av okänd anledning inte ens

inkom med någon komplettering av sitt anbud, vilket hade varit lämpligt om Bolaget känt att det tvingats iaktta någon form av försiktighet.

Gnestahem har till stöd för sin talan åberopat e-postmeddelanden, kreditfakturor, fotografier och kreditupplysning.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Utredning

I förfrågningsunderlagets del UF3.51 *prövning av anbudsgivare* framgår under punkten 5 bl.a. följande. För kvalificering krävs att det genomsnittliga betyget är minst 3,5 på en femgradig skala på de svar som lämnas på nedan angivna frågor. Genomsnittligt betyg räknas på varje referens för sig. För kvalificering krävs vidare att A inte erhåller betyget 1 (ett) på någon fråga. Anbudsgivare som erhåller betyg 1 (ett) på någon delfråga blir således ej kvalificerad, oavsett genomsnittligt betyg på övriga frågor.

Förvaltningsrättens bedömning

Referenstagning

Förvaltningsrätten konstaterat inledningsvis att Gnestahem får anses ha ett berättigat intresse av att upphandla en leverantör som inte fått betyget 1 ”mycket missnöjd” på någon delfråga. Kravet är därmed inte oproportionerligt.

Referenstagning ska ske på ett objektivt sätt och genomförandet får inte strida mot de principer som ligger till grund för LOU. Med hänsyn till de brister i bolagets utförda arbete som Gnestahem redogjort för i förvaltningsrätten framstår det inte som sannolikt att bolaget har blivit otillbörligt poängsatt vid referenstagningen. Det framgår inte heller att Gnestahem vid referenstagningen i övrigt skulle ha agerat i strid med kraven på objektivitet och likabehandling. Bolaget har således rätteligen uteslutits från fortsatt utvärdering i upphandlingen.

Komplettering efter anbudstidens utgång

För att ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU ska beslutas av rätten krävs, förutom att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU, att den leverantör som har ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida

av skada till följd härav. Bestämmelsen lämnar inte utrymme för rätten att beakta andra leverantörers intressen när den bedömer om skaderekvisitet är uppfyllt (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 213).

Som framgår ovan har bolaget rätteligen uteslutits från fortsatt utvärdering i upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar att orsaken till att bolaget uteslutits från fortsatt utvärdering saknar samband med de otydligheter i förfrågningsunderlaget samt kompletteringar som ifrågasätts av bolaget (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 4 oktober 2010 i mål 928-10). Bolaget anser sig till följd av otydligheterna inte ha kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud eftersom bolaget har varit tvunget att iaktta försiktighet vid offererandet av sina priser. Förvaltningsrätten finner att de otydligheter samt kompletteringar som bolaget riktar invändningar mot inte har medfört att bolaget, som inte uppfyller ställda krav på minsta godtagbara poäng från referens, har hamnat i en sämre position i förhållande till kontraktstilldelningen än vad som hade varit fallet om någon otydlighet respektive komplettering inte förekommit (jfr a.a.s. 214 f.). Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte har lidit skada på grund av de påtalade otydligheterna och kompletteringarna och att det således inte, på de av bolaget anförda skälen, har framkommit skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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


Kristina André Lilja

Föredragande i målet har varit Lovisa Forsblad.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.