



KLAGANDE

Falck Healthcare AB, 556577-1259

Ombud: Jesper Burman
JB Juridik AB
Box 109
121 22 Johanneshov

KONKURRENSVERKET	
2015-04-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg, 222000-2311
826 80 Söderhamn

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 26 januari 2015 i
mål nr 5610-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och bestämmer att
upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Falck Healthcare AB (nedan bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (nedan kommunalförbundet) motsätter sig bifall till bolagets överklagande.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Upphandlande myndighet meddelade sitt tilldelningsbeslut den 7 november 2014 och antog anbudet från Mertid AB. Eftersom den upphandlande myndigheten tilldelat anbudsgivaren kontrakt innan samtliga kvalificeringskrav prövats ansökte bolaget om överprövning. Förvaltningsrätten har inte beaktat samtliga omständigheter vid sin prövning. Det är av stor betydelse att kammarrätten prövar om svävande villkor för när ett kvalificeringskrav ska vara uppfyllt är förenligt med de EU-rättsliga principerna och om prövning av ett kvalificeringskrav kan ske efter tilldelning av kontrakt.

Förvaltningsrätten anser att det finns en oklarhet om när det aktuella kravet skulle vara uppfyllt, men att oklarheten är begränsad då det i vart fall skulle vara uppfyllt inom ett tidsspänn om drygt två månader (tiden mellan sista anbudsdag den 23 oktober 2014 och avtalsstarten den 1 januari 2015). Detta innebär att upphandlande myndighet ger sig själv friheten att bedöma när kvalificeringskravet ska vara uppfyllt. Beroende på när avtalskrivning sker ändras villkoret.

Villkoren för prövning av anbuderna var tydligt angivna i förfrågningsunderlaget. Under punkt 3 i förfrågningsunderlaget, under rubriken ”Bedömning av anbud”, har följande angetts.

Anbudet kommer att bedömas i tre steg enligt följande:

1. Kvalificering (krav på företaget)
2. Prövning (krav på varan eller tjänsten)
3. Utvärdering (bedömning av angivna kriterier).

Anbud måste klara kraven i steg 1 för att gå vidare till steg 2 osv.

Det måste utifrån detta ha stått klart för anbudsgivare att kvalificeringskrav ska prövas innan man går vidare till nästa fas. Det måste också vara utan tvekan att myndigheten har ändrat ett väsentligt ska-krav.

Tilldelning av kontrakt sker innan parterna tecknar avtal. Upphandlande myndighet har i detta fall inte prövat samtliga lämplighetskrav i anbuden innan kontrakt tilldelats, utan har velat använda ett svävande villkor först efter tilldelning. Det är inte riktigt att det skulle vara just den 1 januari 2015 som villkoret skulle vara uppfyllt. Varken av förfrågningsunderlaget eller av den upphandlande myndighetens svar framgår att referensuppdragen måste ha påbörjats senast den 1 juni 2014.

Ett meddelande om tilldelning av kontrakt kan enligt bolagets mening inte ske innan alla kvalificeringskrav i anbudet prövats. Bolagets tolkning att villkor ska vara uppfyllda vid anbudstidens utgång baseras dels på lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), dels på vad som är brukligt i upphandlingar avseende styrkande av erfarenhetskrav. Kravet var att referensuppdraget skulle ha pågått minst sex månader, vilket innebär att uppdraget senast måste ha påbörjats den 23 april 2014.

Myndighetens förklaring under "Frågor och svar" är en väsentlig ändring av ett kvalificeringskrav. Att kontrakt ska vara tecknat före avtalsstart säger ingenting om när det ska undertecknas. Därmed säger det inte heller någonting om när villkoret ska vara uppfyllt. Myndigheten har handlat i strid med likabehandlingsprincipen, principerna om förutsägbarhet och transparens och därmed i strid med LOU. Att svaret kom endast åtta dagar före sista anbudsdag borde ha föranlett att anbudstidens förlängdes.

Hade myndigheten inte ändrat villkoret hade bolaget tilldelats kontraktet eftersom Mertid AB i sitt anbud inte uppfyllde de ursprungliga villkoren. Därmed har bolaget lidit en definitiv skada i och med att myndigheten fränfallit ett ursprungligt ska-krav. Det är tillräckligt att det föreligger risk för skada.

Ändringen har påverkat upphandlingen redan i det konkurrensuppsökande skedet och är till skada för samtliga anbudsgivare, även presumtiva. Anbudsgivare kan ha avstått från att lämna anbud för att de inte har haft uppdrag som pågått i sex månader före sista anbudsdag. Upphandlingen ska därför göras om.

Kommunalförbundet anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

I 11 kap. 1 § LOU anges att prövning av leverantörens lämplighet ska ske innan kontrakt tilldelas, men det anges inte att uppdragen som det hänvisas till ska vara uppfyllda före sista anbudsdag. I den nu aktuella upphandlingen skulle referensuppdragen ha pågått i sex månader före den 1 januari 2015, vilket betyder att uppdragen skulle ha påbörjats senast den 1 juni 2014. Detta innebär att det är möjligt att pröva kvalificeringskraven i upphandlingen och att så har skett före tilldelning av kontrakt.

Bolaget tolkar förfrågningsunderlaget på så sätt att kravet skulle vara uppfyllt senast på anbudsdagen. Det kommunalförbundet gjorde var att åtta dagar före sista anbudsdag tala om hur förbundet ville att anbudsgivarna skulle tolka det aktuella kravet. Förtydligandet gjordes via "Frågor och svar", så samtliga anbudsgivare hade möjlighet att ta del av förändringen och anpassa anbudet utifrån tolkningen av kravet på referenser. Eftersom ett lämnat referensuppdrag skulle ha påbörjats senast den 1 juni 2014 och upphandlingen annonserades den 11 september 2014, med sista anbudsdag den 23 oktober 2014, hade de tänkbara anbudsgivarna antingen ett uppdrag

som påbörjats den 1 juni 2014 eller inte. Detta hade anbudsgivarna inte kunnat åtgärda även om kravet varit tolkat i förfrågningsunderlaget.

Det går inte att bevisa att bolaget lidit skada. Mertid AB har haft möjlighet att välja en annan referens som passar för tolkningen om pågående sex månader före sista anbudsdag och blivit den som tilldelats kontrakt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet som regel inte får frångå ett uppställt ska-krav under pågående upphandling. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva och utvärdera anbudet.

Utformningen av kravet på referensuppdrag

Innan ett kontrakt tilldelas ska den upphandlande myndigheten, enligt 11 kap. 1 § LOU, kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1-2 §§.

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna enligt 11 kap. 10 § LOU kontrolleras och bedömas enligt bl.a. 11 kap. 11 § LOU.

I 11 kap. 11 § LOU anges på vilka sätt som leverantörernas tekniska kapacitet får styrkas.

Syftet med de aktuella bestämmelserna är att ge upphandlande myndighet möjlighet att innan anbuden utvärderas försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har kapacitet att utföra uppdraget. För att tillgodose lagens huvudsyfte att främja konkurrensen, har dock de sätt på vilka teknisk kapacitet kan styrkas begränsats genom att uppräknningen i 11 kap. 11 § LOU har gjorts uttömmande. När fråga är om varuleveranser och tjänster har dessutom den begränsningen gjorts att upphandlande myndighet inte får begära in uppgifter som är mer än tre år gamla.

Av avgöranden från EU-domstolen (dom den 20 september 1988 i mål nr 31/87, Beentjes, och dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis) framgår bl.a. följande. Kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet utgör två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. En sammanblandning av urvalskriterier och tilldelningskriterier får således inte ske. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan inte utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör inte kriterier för tilldelning (jfr även dom den 12 november 2009 i mål C-199/07 Kommissionen mot Republiken Grekland).

I förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen har kravet på referensuppdrag angetts under rubriken 3.1 Kvalificering – steg 1 (krav på företaget). Referensuppdragen har begärts i syfte att bedöma leverantörernas förmåga att utföra uppdraget och är därmed att hänföra till kraven på anbudsgivarnas kvalifikationer. Kommunalförbundets förfarande att låta referensuppdragen ingå i utvärderingsfasen och att

beakta och bedöma referensuppdrag som uppfyllde uppställda krav först efter det att tilldelningsbeslutet meddelades strider därför mot LOU.

Kommunalförbundet har inte motsagt bolagets uppgifter om att anbudet från Mertid AB inte uppfyllde kraven på referensuppdrag vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Kammarrätten har därför att utgå från att det förhållit sig på det sätt som bolaget anger. Anbudet från Mertid AB borde därmed inte ha utvärderats.


Skada

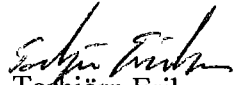
För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av de fel som begåtts under upphandlingen.

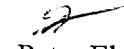
Bolaget har vid utvärderingen placerats på andra plats. Som kammarrätten konstaterat i det föregående borde anbudet från Mertid AB inte ha utvärderats. Om så inte hade skett skulle bolaget ha placerats på första plats och tilldelats kontraktet.

Kammarrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att bolaget lidit eller riskerat att lida skada och att förutsättningar för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU därmed föreligger. Eftersom det fel som har begåtts i upphandlingen har påverkat den konkurrensuppsökande fasen, och kanske även medfört att leverantörer avstått från att lämna anbud, kan någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte komma ifråga. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd


Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Förvaltningsrättsnotarien
Mikaela Johansson

DOM
2015-01-26
Meddelad i
Falun

Mål nr
5610-14
Enhet 2

Sida 1 (5)

Bilaga A

SÖKANDE

Falck Healthcare AB, 556577-1259
Sveavägen 17
103 61 Stockholm

Ombud: Jesper Burman
JB Juridik AB
Box 109
121 22 Johanneshov

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
826 80 Söderhamn

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Falck Healthcare AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 129350

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00
---	---------------------------------	---	---------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (Inköp Gävleborg) genomför en upphandling av personalstödjtjänster (diarienummer 5104). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 7 november 2014 varvid Mertid AB:s anbud antogs.

Falck Healtcare AB (Falck) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till grund för sin talan anför Falck i korthet följande. Inköp Gävleborg har brutit mot likabehandlingsprincipen och förutsebarhetsprincipen då man inte bestämt villkoren för när kvalificeringskravet för styrkande av erfarenhet ska vara uppfyllt. Därtill har kvalificeringskraven ändrats till väsentlig del mycket snart inpå sista anbudsdag.

Inköp Gävleborg motsätter sig bifall till ansökan och anför att Falck inte lidit skada av förtydligandet eftersom upphandlingen inte brutit mot principerna om likabehandling och transparens.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på. Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Falck anført är visat att Inköp Gävleborg brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Falck lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principer om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU). Enligt 11 kap. 1 § LOU ska den upphandlande

myndigheten innan kontrakt tilldelas kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits.

I förfrågningsunderlaget framkommer under rubriken ”3.1.2 Teknisk förmåga och kapacitet”, som är underrubrik till ”3.1 Kvalificering – steg 1 (krav på företaget)”, bl.a. följande vad avser kvalificeringskrav. Företaget eller de personer som anlitas för utförandet ska genom minst tre års dokumenterad erfarenhet av liknande uppdrag ha kunnande och kompetens inom området. Bevis på detta är referenser från tre olika uppdrag med likartad inriktning under de tre senaste åren. Referensuppdragen ska ha utförts inom den senaste treårsperioden räknat från sista anbudsdag. Även pågående uppdrag som pågått minst sex månader godtas. Av ”frågor och svar” framgår att det räcker att ett uppdrag har pågått i minst sex månader vid avtalsskrivningen för att referensen ska godkännas enligt kravet i punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget.

Falck har anfört bl.a. följande. Kravet under punkt 3.1.2 måste tolkas i enlighet med vad som är vanligt vid upphandlingar nämligen att kvalificeringskravet ska vara uppfyllt vid sista anbudsdagen för att villkoret ska kunna prövas. Vid kvalificeringsprövningen ska nämligen anbudet antingen förkastas eller utvärderas. Det har skett en utvärdering och fattats ett tilldelningsbeslut när de facto prövning av kvalificeringskraven i princip inte ens kunnat göras eftersom det först kan ske vid tidpunkten för avtalsskrivningen som ännu inte skett. Prövningen av leverantörers lämplighet ska dessutom ske innan kontraktet tilldelas. Kvalificeringskravet är inte förutsebart eftersom det endast är angivet ”vid avtalsskrivningen”. Det finns därmed ingen definierad tidpunkt vilket innebär att anbudsgivare vid anbudets lämnande inte kan veta om eller när kravet ska vara uppfyllt. Svaret under ”frågor och svar” gavs dessutom endast åtta dagar före sista anbudsdag. Prövningen av kravet är godtyckligt då myndigheten själv kan välja när kravet ska vara uppfyllt. Villkoret har ändrats i så väsentlig del att upphandlingen borde göras om. Ändringen kan nämligen inte ses som ett

rent förtydligande och det kan antas att skada uppstått redan i det konkurrensuppsökande skedet.

Inköp Gävleborg har anfört bl.a. följande. Svaret under ”frågor och svar” är inte en väsentlig förändring av kraven eftersom texten inte har ändrats, utan det har enbart skett ett förtydligande av hur kravet ska tolkas. Förtydligandet publicerades åtta dagar innan sista anbudsdag och försvårade inte arbetet för de potentiella anbudsgivarna att ta fram efterfrågade referenser varför förlängd anbudstid inte var nödvändig. Det framgår inte av LOU att samtliga skallkrav ska vara uppfyllda vid anbudstidens utgång. Dock kan praxis vara så att om inget annat anges i förfrågningsunderlaget och/eller ”frågor och svar” ska kvalificeringskravet vara uppfyllt innan sista anbudsdag. Villkoret för när kravet ska vara uppfyllt – vid avtalsskrivningen – är inte svävande eftersom avtal ska vara tecknas innan avtalsstarten den 1 januari 2015 vilket framgår i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbuderna ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte vid vilken tidpunkt ett uppdrag ska anses ha pågått minst sex månader för att godtas som referensuppdrag. Detta förtydligas först under ”frågor och svar” där det framgår att ett uppdrag som har pågått i minst sex månader vid avtalsskrivningen godtas. Förvaltningsrätten instämmer i Falcks påpekanden att förtydligandet gjordes i ett sent skede samt att det finns en oklarhet kring vilken tidpunkt kra-

vet på referensuppdrag ska vara uppfyllt. Då det framgår av förfrågningsunderlaget att beräknad avtalsstart är den 1 januari 2015 är dock oklarheten begränsad och en bedömning av anbudsgivarna är därför möjlig att göra i kvalificeringsfasen utifrån förväntad avtalsskrivningstidpunkt.

En begäran om överprövning kan endast bifallas om den leverantör som begärt överprövningen lider eller kan komma att lida skada. Falck anför att det lidit skada då det hade tilldelats kontraktet om tolkningen av skallkraven hade varit att kravet skulle vara uppfyllt sista anbudsdagen, eftersom Mertid AB då inte hade uppfyllt skallkraven. Förvaltningsrätten kan inte omformulera ett skallkrav och tidpunkten för uppfyllandet utan detta framgår av förfrågningsunderlaget och "frågor och svar". Även om det redan i förfrågningsunderlaget hade angivits att det aktuella kravet behövde vara uppfyllt först i och med avtalsskrivningen finns det inte anledning att anta att Falck hade utformat sitt anbud annorlunda, eftersom det oavsett tidpunkt uppfyllde kravet. Förvaltningsrätten anser därför att otydligheten i förfrågningsunderlaget och "frågor och svar" inte har medfört att Falck har lidit eller kunnat komma att lida skada varför det inte finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Forslund Johansson

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.