



SÖKANDE

Gnosjö-Värnamo Sotnings- och Ventilationsrensings AB, 556593-9104
Tråddragargatan 22
335 32 Gnosjö

MOTPARTER

1. Gislaveds kommun
332 80 Gislaved

2. Gnosjö kommun
335 80 Gnosjö

KONKURRENSVERKET	
2019-08-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Gislaveds och Gnosjö kommuner (kommunerna) har inlett ett upphandlingsförfarande enligt reglerna i 15 kap. LUK, d.v.s. reglerna för upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3. Upphandlingen benämns "Tjänstekoncession Sotning och brandskyddskontroll" (dnr: 19-210-94). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Gnosjö-Värnamo Sotnings- och Ventilationsrensings AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats.

Koncessionsdokumenten

Upphandlingen avser lagstadgad rengöring/sotning och brandskyddskontroll inom kommunerna. Ett av kraven som ställs i upphandlingen är att anbudsgivare ska ange en kontaktperson vid ansvarig politisk nämnd som referens.

Dok.Id 302736

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax -	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	---	---------------------	---

Referensen ska vara vidtalad och uppdraget ska ha utförts de senaste tre åren. Uppdraget ska ha omfattat både sotning och brandskyddskontroll. Kommunerna kommer att kontakta referensen och ställa frågor om hur uppdraget utförts, avvikelser rapporterats m.m. Referensen ska innehålla uppgift om kommun/förbund, kontaktperson och telefonnummer.

Referenstagningen

Vid referenstagningen har referenserna fått besvara frågor om bl.a. hur avtalet med anbudsgivaren har varit konstruerat, om det har förekommit klagomål på fakturering, om leverantören har följt den fastställda taxan samt om sotning har utförts inom gällande frister.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Tre leverantörer har lämnat anbud. En av dessa har ansetts kvalificerad. Beslutet att förkasta bolagets anbud motiverades enligt följande. Angiven referens är referens i egenskap av privatkund till bolaget och inte som kontaktperson vid ansvarig politisk nämnd. Referensen har därför inte kunnat besvara frågorna.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid ny referenstagning ska göras.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Referenstagningen har utförts på ett felaktigt sätt vilket medfört att bolagets anbud felaktigt har kommit att förkastas. I koncessionsdokumenten angavs att referensen skulle vara en ”kontaktperson vid ansvarig politisk nämnd”. En sådan nämnd består enbart av förtroendevalda politiker och bolaget tillfrågade därför en förtroendevald som bolaget bedömde skulle kunna svara på frågor om “hur uppdraget slutförts, avvikelser rapporterats m.m.”. Den person som angavs som referens i bolagets anbud var ledamot i en räddningsnämnd.

I samband med referenstagningen har den person som ställde referensfrågorna varit otydlig och inte kunnat ge referensen förutsättningar att svara på frågorna. Eftersom det i upphandlingen ställdes krav på att angiven referens skulle vara från ansvarig politisk nämnd, borde frågorna ha utformats utifrån en sådan persons uppdrag. För det fall svar önskades som en förtroendevald rimligen inte kunde ha besvarat oförberedd, borde referensen ha getts skälig tid för att förbereda sådana svar. Mot bakgrund härav har referenstagningen inte utförts på ett rättvist sätt.

Om bolaget hade fått se frågeformuläret före anbudsinslämningen hade bolaget kunnat ställa en fråga till kommunerna huruvida de önskade en tjänstemannareferens för att få svar på sina frågor. Alternativt hade bolaget kunnat lämna över frågeformuläret till den förtroendevalda politiker bolaget hade angett som referens, så att denne skulle få möjlighet att förbereda sig.

Kommunerna

Referenstagningen är korrekt utförd och det har funnits grund för att förkasta bolagets anbud. Vid kontakt med bolagets referens uppgav denne att

han trodde att han tillfrågades som privatperson när han tackade ja till att ställa upp som referens. Med beaktande av att referensen var ledamot i kommunernas räddningsnämnd under den relevanta tidsperioden ställdes trots detta referensfrågorna till honom. Då han inte kunde besvara alla frågor som ställdes till honom angående hur uppdraget hade utförts åt nämnden ansågs bolaget inte ha lämnat en godkänd referens, vilket i sin tur låg till grund för att bolagets anbud förkastades.

En kontaktperson är inte detsamma som en politiker. Att det aktuella kravet i koncessionsdokumenten var formulerat som det var beror på att det är nämnden som är ytterst ansvarig i en kommun, inte förvaltningen. Syftet var att anbudsgivarna själva skulle kunna välja en lämplig person ifrån den kommun eller kommunalförbund där de har haft uppdrag. Alla kommuner/kommunalförbund är olika. Inom vissa har politikerna bäst kunskaper, medan det i andra fall har varit nödvändigt att ange en chef eller en handläggare som referens. Mot bakgrund av att det i koncessionsdokumenten varit tydligt angivet vilken sorts frågor som skulle ställas vid referenstagningen, har det varit upp till leverantören att kontrollera vem som är mest lämpad att ställa upp som referens.

Alla referenser har fått svara på samma frågor. Det förhållandet att en person ingår i den ansvariga politiska nämnden innebär inte automatiskt att denna person också har insikt i dessa frågor. Istället har det ankommit på leverantören att säkerställa att den person som angavs som referens hade tillräcklig kunskap för att kunna besvara frågorna.

Referensen uppgav på förfrågan att han hade tid att besvara frågorna. Han kunde ha sagt att han ville skjuta på samtalet, men det gjorde han inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Av 15 kap. 2 § LUK framgår att vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 16 kap. 6 § första stycket LUK framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 15 kap. 2 § eller någon annan bestämmelse i nämnd 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Det finns inget hinder mot att använda referenser vid anbudsprövning. För att uppfylla de krav som följer av de grundläggande principerna i 15 kap.

2 § LUK måste dock den upphandlande myndigheten lämna sådan tydlig information att varje normalt omsorgsfull och informerad leverantör kan förstå vad som krävs för att uppfylla kraven.

I det aktuella kravets första mening anges att leverantören ska ange en kontaktperson vid ansvarig politisk nämnd som referens. Bolaget har uppfattat detta krav som att den referens som efterfrågades skulle vara en förtroendevald från en ansvarig politisk nämnd. Kommunerna gör dock gällande att så inte krävs och att en kontaktperson inte är detsamma som en politiker.

En kommunal nämnd kan inte utan vidare förutsättas vara ett självständigt subjekt, skild från den kommun där den är inrättad. Det kan heller inte förutsättas att politiska nämnder i allmänhet har utsett en viss person att vara kontaktperson för nämnden som sådan. Det specificeras inte heller i koncessionsdokumenten vem som kan anses vara ”kontaktperson vid ansvarig politisk nämnd”. Till detta kommer att för det fall leverantören utfört ett uppdrag åt en kommun är det sannolikt inte en politisk nämnd som varit leverantörens motpart, utan kommunen som sådan och/eller ett eller flera kommunala bolag.

Frågan om vem som kan godtas som referens och vilka frågor som kan förväntas ställas har betydelse för och är ägnad att påverka vem anbudsgivaren tillfrågar och vilken information anbudsgivaren lämnar till denne. Enligt förvaltningsrättens bedömning är det oklart vilka personer som kan godtas som referenser enligt det aktuella kravet. Inte heller utformningen av frågorna till referenserna så som de anges i koncessionsdokumenten ger någon ledning i frågan om vem som kan godtas som referens. Det finns därmed inte stöd i koncessionsdokumenten att ge företräde åt varken bolagets eller kommunens tolkning av kravet. Kommunen har mot denna bakgrund inte

uppfyllt det tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 15 kap. 2 § LUK i detta avseende.

Då kommunerna uppställt ett krav avseende referenser som inte följer de krav på tydlighet och förutsägbarhet som följer av de grundläggande principerna i 15 kap. 2 § LUK och då bolagets anbud förkastats med tillämpning av detta krav, finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att kommunerna brutit mot LUK på sätt som medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i LUK:s mening. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Håkan Jöngren

Tf. rådman Håkan Jöngren har avgjort målet. Föredragande juristen Ulf Nordberg har varit föredragande.



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 nyårs-afton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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 försörjningssektorena, 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.

