



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 82-12
 Enhet 15

SÖKANDE

Vivaldi AB, 556319-0890

Ombud: Advokaten Nicklas Rydberg
 Box 171
 186 23 Vallentuna

MOTPART

Aktiebolaget Svenska Bostäder, 556043-6429

Ombud: Advokaten Pehr Jacobson
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar Vivaldi AB:s yrkande om att upphandlingen ska avbrytas samt avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 205566

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Aktiebolaget Svenska Bostäder (hädanefter Svenska Bostäder) har genomfört en öppen upphandling av ramavtal för avrop av mark- och anläggningsarbeten. Genom tilldelningsbeslut den 22 december 2011 har Svenska Bostäder uteslutit fyra anbudsgivare från utvärderingsfasen, däribland Vivaldi AB.

I anbudsutvärdering avseende mark och anläggningsarbeten ställt till Vivaldi AB, daterat den 22 december 2011, anges bl.a. följande. Vivaldi AB:s anbud inte gick vidare till utvärdering eftersom krav på referenser enligt de administrativa föreskrifterna, AFB.51 inte var uppfyllt. Vivaldi AB:s tredje referens kunde inte bekräfta att det var bolagets offererade arbetsledare som varit arbetsledare i de referensuppdrag som Vivaldi AB angav. Referensen vidhöll att han varit i kontakt med en annan av Vivaldi AB:s arbetsledare i uppdraget.

YRKANDEN

Vivaldi AB (hädanefter bolaget) har ansökt om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen, i första hand, rättas på så vis att bolagets anbud beaktas som det är avgivet och att bolaget därmed tilldelas ramavtal för mark och anläggningsarbeten, i andra hand, rättas på så vis att prövningen av om bolaget kvalificerar sig som leverantör ska göras om, eller, i tredje hand, avbryts.

Svenska Bostäder har bestritt bolagets yrkanden och hemställt att förvaltningsrätten avslår ansökan.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin ansökan genom att anföra i huvudsak följande. Svenska Bostäder har vid sin prövning, sin utvärdering och sitt tilldelningsbeslut åsidosatt reglerna i LOU, varför upphandlingen ska rättas eller avbrytas. Svenska Bostäders åsidosättande av LOU har vållat, eller riskerar att vålla bolaget skada. Som prövningskriterier i förfrågningsunderlag den 25 oktober 2011 angavs bl.a. att anbudslämnarna skulle ange referensobjekt och att uppdragsgivarna från dessa referensobjekt skulle lämna positiva svar på frågan om uppdragsgivaren totalt sett varit nöjd med anbudslämnarens insatser. Minst fem av de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuderna skulle antas. I tilldelningsbeslut den 22 december 2011 antogs 12 anbudslämnare inom prisintervallet 129 107 kr – 193 216 kr. Bolagets pris i anbudet uppgick till 149 020 kr och låg således väl inom det antagna intervallet. Svenska Bostäder beslutade i samband med tilldelningen att utesluta bolaget från utvärderingen dels, på den grunden att en referenslämnare uppgivit att denne varit i kontakt med en annan befattningshavare på bolaget än den som i anbudet angivits som arbetsledare (Giuseppe Genovese) dels, på den grunden att två namngivna referenser inom Svenska Bostäder som bolaget inte själva hade lämnat skulle ha svarat nej på frågan om uppdragsgivaren varit nöjd med bolaget. Enligt 9 kap. 8 § LOU får den upphandlande myndigheten tillåta en anbudsgivare att rätta en uppenbart felaktig uppgift. Har den upphandlande myndigheten skäl att anta att det förekommer en felskrivning i anbudet, påbjuder likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten frågar anbudslämnaren om uppgiften är felaktig, innan frågan om uteslutande av anbudet prövas. Svenska Bostäder har haft anledning att anta att bolagets uppgift om arbetsledare var en felskrivning om referensen uppgav sig inte känna till arbetsledaren i fråga. För att efterkomma reglerna i LOU hade det då ankommit på Svenska Bostäder att fråga bolaget om namngivandet av arbetsledaren var en felskrivning eller ej. I

stället har Svenska Bostäder uteslutit bolagets anbud, vilket således strider mot LOU. Vid prövning och utvärdering enligt LOU får den upphandlande myndigheten inte ta ovidkommande hänsyn (jfr den s.k. proportionalitetsprincipen). Vid prövning och utvärdering ska endast hänsyn tas till sådant som är relevant för uppdraget i fråga. Av Svenska Bostäders beslut att utesluta bolaget från utvärderingen framgår inte vilka hänsyn som tagits eller på vilka grunder, de interna referenserna Patricia Vinkka eller Lars Tengbjörk har besvarat frågan om nöjdheten med bolaget nekande. Det måste minst prövas om dessa hänsyn är proportionerliga och relevanta, varför Svenska Bostäder måste redogöra för dessa hänsyn. Intill så skett får antas att hänsynen inte är relevant eller proportionerliga. Genom Svenska Bostäders åtgärder har bolaget förlorat uppdraget och därmed lidit, eller riskerar att lida skada. Svenska Bostäder åtgärder vid prövningen strider mot principen om affärsmässighet eftersom åtgärden inneburit att minst ett anbud som antogs var mindre ekonomiskt fördelaktigt än bolagets. Svenska Bostäders åtgärder strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling. Detta eftersom Svenska Bostäder inte tillfrågat bolaget om de som rimligen måste varit en uppenbar felskrivning, och inte heller tagit proportionerliga eller vidkommande hänsyn vid uteslutningen av bolaget. Svenska Bostäders åtgärder strider mot principen om likabehandling eftersom den explicit har försatt bolaget i ett sämre läge än var bolaget varit i innan åtgärden vidtogs. Eftersom Svenska Bostäders åtgärder strider mot LOU föreligger förutsättningar för att förvaltningsrätten ska rätta tilldelningen eller avbryta upphandlingen.

Svenska Bostäder har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. Bolagets anbud har inte kvalificerat sig till utvärderingsfasen eftersom anbudet inte uppfyllde uppställt kvalificeringskrav avseende tre referensobjekt för arbetsledaren. Förfarandet har därvid varit förenligt med såväl förfrågningsunderlaget

som LOU. Bolagets uppgifter i sak vitsordas. Vid kontroll av de angivna referensobjekten visade det sig att den av bolaget föreslagna arbetsledaren, Giuseppe Genovese, inte hade varit arbetsledare i ett av de tre referensobjekt som bolaget redovisat i sitt anbud. På grund av detta samt att två interna referenser inte lämnat positivt svar på fråga om uppdragsgivaren totalt sett varit nöjd med anbudsgivarens insatser kvalificerade sig inte bolaget till utvärderingsfasen. Det är ostridigt att den av bolaget föreslagna arbetsledaren inte har varit arbetsledare i ett av de tre referensobjekten. Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta en anbudslämnare att rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning eller annat uppenbart fel i anbudet. Någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att begära en sådan rättelse finns dock inte. Redan av den anledningen saknar bolaget stöd för sin talan. Därtill måste konstateras att fråga inte är om ett sådant uppenbart fel som avses i bestämmelsen. För att det ska vara fråga om ett uppenbart fel krävs att det redan av anbudet framgår att fråga är om en felskrivning eller liknande. För att det ska vara fråga om ett sådant fel att den upphandlande myndigheten har möjlighet att begära rättelse krävs det enligt Svenska Bostäders uppfattning också att det av anbudet går att utläsa vad ”rätt” uppgift skulle vara (eller att det i vart fall går att dra slutsats om vad ”rätt” uppgift skulle vara). Att det vid kontroll framgår att den föreslagna arbetsledaren inte utfört påstått uppdrag är inte ett sådant fel som avses i bestämmelsen. Svenska Bostäder har inte haft stöd i 9 kap. 8 § första stycket LOU för att begära att bolaget skulle inkomma med en ny uppgift om referensuppdrag. Inte heller har Svenska Bostäder haft något stöd i andra stycket nämnda bestämmelse för att tillåta bolaget att inkomma med några nya uppgifter i denna del. Såväl svenska domstolar som EU-domstolen har varit mycket restriktiva med att tillåta kompletteringar. En ”rättelse” skulle i detta fall innebära att bolaget skulle tillåtas att ändra en uppgift i anbudet och ersätta en uppgift om ett referensuppdrag med en ny uppgift om ett annat referensuppdrag. Detta går uppenbart utöver vad

som är tillåtet enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Eftersom det redan av vad som nu anförts följer att bolaget inte uppfyllde de i upphandlingen uppställda kvalificeringskraven saknar det som bolaget anført om Svenska Bostäders egna referenser egentlig betydelse.

Bolaget har genmält i huvudsak följande. Det är inte ostridigt att Giuseppe Genovese inte har varit arbetsledare på de tre referensuppdrag som bolaget angivit i sitt anbud. Svenska Bostäder påstår att en av referenterna inte kunnat bekräfta att Giuseppe Genovese varit arbetsledare vid angivet uppdrag utan att det istället skulle ha varit en annan (sannolikt namngiven) person. Svenska Bostäder uppger således att de bibringats uppfattningen i anbudet att namngiven person var en uppenbar felskrivning och att det i stället skulle stå en annan person i anbudet. Det hade vid ett namnbyte varit fråga om just ett sådant byte av information som Svenska Bostäder anför vore tillåtet, inte om att införa någon kompletterande eller ny uppgift. Den omständigheten att referenten inte kunnat bekräfta att en namngiven person inte varit arbetsledare saknar dessutom betydelse. Under ABF.51 punkt 4 i AF-delen anges att det är fråga om arbetsgivaren totalt sett varit nöjd med bolaget som ska kontrolleras med referenspersonerna, inte något annat. Vad gäller den interna referenstagningen har Svenska Bostäder inte redogjort för vad det möjligen var som de interna referenserna anförde. Att hemlighålla avgörande information på det sättet innebär i praktiken Svenska Bostäder har förbehållit sig en helt fri prövningsrätt vilket är uppenbart i strid mot LOU.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsgivare eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår dock att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Av 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 framgår följande. 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.

För ingripande enligt LOU räcker alltså att den leverantör som söker överprövning kan komma att lida skada. Därmed behöver det inte vara säkert att sökande leverantör skulle ha fått kontraktet om angripna brister inte förelegat, utan det räcker att sökanden skulle ha haft möjlighet att tilldelas kontraktet (jfr t.ex. dom av Kammarrätten i Sundsvall den 8 november 2010, mål 2086-10).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att domstolen, vad gäller rättsmedel som kan tillgripas enligt 16 kap. 5 § LOU, endast kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse

har gjorts. Förvaltningsrätten har således ingen möjlighet att förordna att upphandlingen ska avbrytas. Yrkandet därom ska följaktligen avvisas.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. skall-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

De i målet aktuella administrativa föreskrifterna (förfrågningsunderlaget), Teknisk förmåga och kapacitet, 4.2 Referensprojekt lyder enligt följande:

”Anbudsgivaren redovisar tre utförda uppdrag (liknande de uppdrag som är föremål för upphandlingen) med omsättning om minst 1 Mkr vardera, under den senaste 3-årsperioden. I de redovisade uppdragen ska namngiven arbetsledare från punkt 4.1 ha varit arbetsledare. Med andra ord arbetsledarens tidigare erfarenheter räknas som anbudsgivares. Anbudsgivare ska ange referenspersoner med kontaktuppgifter vilka kan komma att kontaktas av B (se anbudsformuläret A2.2).”

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Svenska Bostäder uppställda kvalificeringskravet, att anbudsgivaren ska redovisa tre utförda uppdrag där namngiven arbetsledare från punkt 4.1 ska ha varit arbetsledare, är klart och tydligt formulerat. Det uppställda kravet har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Det framstår inte heller som oförutsägbart eller oproportionerligt.

Enligt Svenska Bostäder har en tredje referens uppgivit att denne varit i kontakt med en annan befattningshavare på bolaget än den som bolaget namngett som arbetsledare i sitt anbud. Bolaget har emellertid påstått att

namngiven arbetsledare, som överrensstämmer med namngiven arbetsledare från punkt 4.1, varit en felskrivning och att Svenska Bostäder har haft anledning att anta att bolagets uppgift om arbetsledare var en felskrivning då referensen uppgav sig inte känna till arbetsledaren i fråga och att bolaget därför borde getts tillfälle att enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU rätta uppgiften. Av 9 kap. 8 § LOU framgår att upphandlande myndighet får tillåta rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning samt att myndigheten under vissa förutsättningar får begära förtydligande eller komplettering av en anbudsansökan. Av bestämmelsens ordalydelse framgår således att upphandlande myndighet inte är skyldig att tillåta rättelse eller begära förtydligande och komplettering. Förvaltningsrätten anser inte att angivandet av fel uppgift om arbetsledare kan ses som en uppenbar felskrivning. Lagliga förutsättningar har därmed inte funnits att tillämpa bestämmelserna om rättelse, förtydligande och komplettering i 9 kap. 8 § LOU.

Bolaget har i målet inte lyckats visa att deras anbud levt upp till förfrågningsunderlagets uppställda skall-krav. Eftersom domstolen nyss funnit att förutsättningar för rättelse inte har varit för handen, har det varit riktigt av Svenska Bostäder att inte låta bolaget gå vidare till utvärdering. Någon möjlighet för ingripande enligt LOU finns därmed inte, varför bolagets ansökan därom ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se domsbilaga (DV 3109/1A LOU)

Szilárd Rado
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Maja Löfgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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.

DV 3109/1A LOU

