



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-10-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17627-11
Enhet 14

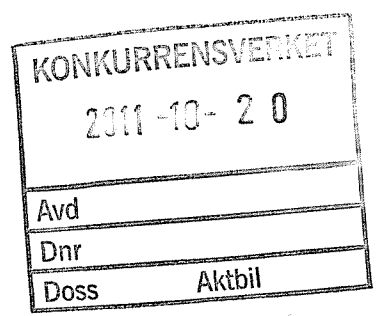
SÖKANDE

P-O Service Bygg & Måleri Ekonomisk förening, 556161-4206
Stallarholmen 27
124 59 Bandhagen

Ombud: Advokat Henrik Jacobsson
Advokatfirman W&Ö HB
Box 7387
103 91 Stockholm

MOTPART

Huge fastigheter AB
Box 1073
141 22 Huddinge



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Huge fastigheter AB (Huge) genomför upphandling av ”Ramavtal löpande byggtreprenadtjänster” (dnr HF 2011-004). Huge har enligt tilldelningsbeslut daterat den 23 augusti 2011 valt att tilldela andra leverantörer än P-O Service Bygg & Måleri Ekonomisk förening (P-O) kontrakt. Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU.

P-O ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför P-O bl.a. följande. P-O har i enlighet med förfrågningsunderlaget, Administrativa föreskrifter punkten AFB.52 angivit två personer som referenspersoner dels Peter Karlsson vid Huge och dels Mikael Andersson vid Stendörren. Vad gäller Peter Karlsson så har det har visat sig att denne inte har varit nåbar för dennes arbetsgivare. Det har vidare konstaterats att efter kontakt med Huge så har det enligt Huge skett ett utsändande till Peter Karlsson. Detta står i strid med förfrågningsunderlaget, där det av ordalydelsen framgår att Huge skall göra ett rimligt antal försök, enligt punkt AFB.52. Vid efterföljande kontakter med Peter Karlsson har denne förnekat att denne överhuvudtaget har mottagit något förfrågningsunderlag. Vid efterföljande kontakter mellan Huge och anbudsgivaren P-O så har Huge gjort gällande att Peter Karlsson har tillställts ett mail av den 14 juni 2011 kl. 13:29. Detta står i strid med förfrågningsunderlaget då utsändandet skulle ske först vecka 25. Vidare kan det konstateras att det torde ligga nära till hands att Huge i egenskap av arbetsgivare för Peter Karlsson utan en allt för stor omgång torde kunna ta reda på var denne befann sig eller i varje fall skicka ytterligare mail till denne i enlighet med bestämmelserna.

Vad gäller den av P-O angivna andra referenspersonen Mikael Andersson vid Stendörren som mottog denne från Huge enkäten 14 juni 2011 kl. 13:27 och svar avgavs samma dag kl. 14:42 av enkäten framgick vilket är

ägnat att förvåna att denna skulle vara returnerad senast onsdagen den 29 juni vilket ej stämde överens med det förtydligande vilken hade lämnats från Huga av innebörd av att enkäten skulle vara Huga tillhanda fredag vecka 26. Vad som är av särskild betydelse i det aktuella fallet är att enkäten på sätt ovan angivits utsändes och besvarades den 14 juni. dvs., under vecka 24. Mot bakgrund av lämnade instruktioner i förfrågningsunderlaget så skulle utsändandet ske under vecka 25 och att det ankom på anbudsgivarna att vidtala och tillse att deras referenspersoner var kontaktbara. För P-O:s del har detta inneburit att denne inte har haft skäl att söka kontakt med Mikael Andersson förrän i slutet av vecka 24 eller i början på vecka 25 för att orientera denne om det förväntade förfrågningsunderlaget. P-O har därför betagits möjligheten att instruera sina referenser och reda ut eventuella oklarheter. P-O:s uppfyller samtliga efterfrågade kriterier och att Mikael Andersson felaktigt har ifyllt den första frågedelens fråga 4, ett förhållande vilken skulle ha besvarats med ett ja.

Det ifrågasätts om kravet på referenserna kan anses tydliga och förutsägbara då det inte ankommer på anbudsgivaren att lämna in svaren utan denna uppgift övertas av upphandlaren. Detta får till följd att anbudsgivaren förlorar kontrollen över anbudets sammanställning och är utelämnad till upphandlarens relativa godtycke, vilket särskilt illustreras av att upphandlaren inte har iakttagit uppsatta tidsfrister samt inte heller i tillräcklig omfattning försökt upprätta kontakt med referenspersonerna.

Även likabehandlingsprincipen träds för när då ansvaret för inlämnande av uppgifter och för fullständigandet av anbudunderlaget flyttas från anbudsgivaren och till upphandlaren, anbudsgivarna kan därför sinsemellan ej bedöma huruvida dessa har kommit att behandlas likvärdigt av upphandlaren. Då bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd och P-O lider skada genom upphandlarens hantering och har förhindrats från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Huge bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att Huge via e-post skulle kontakta respektive kontaktperson och tillställa dessa ett svarsformulär innehållande ett antal frågor. De inkomna svaren skulle ligga till grund för utvärderingen av arbetssätt. Huge har vid utvärderingen av inkomna anbud förfarit på det sätt som redovisats i förfrågningsunderlaget, inte bara gällande P-O:s anbud utan avseende samtliga inkomna anbud som deltagit i utvärderingen.

Den tidsrymd som Huge givit kontaktpersonerna för att inkomma med svar överstiger den som meddelats genom förtydligandet. Vidare har inhämtandet av uppgifter skett i enlighet med vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget och samtliga anbudsgivare har behandlats på samma sätt i detta avseende och givits samma möjlighet att inkomma med svar. Ingen kontaktperson eller anbudsgivare har försatts i en situation där denne inte har haft möjlighet att lämna uppgifter och bedömningar i enlighet med förfrågningsunderlaget. Huge har angivit att om anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag motsvarande det nu aktuella, för Huge, skulle Huge anges som en av kontaktpersonerna vilket genom tidigare fastställd praxis är ett godtagbart förfarandesätt och villkor. Hanteringen har för P-O varit förutsebar då Huge på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget angivit hur hanteringen skulle komma att gå till och har, utan att beakta ovidkommande hänsyn, vid utvärderingen förfarit på redovisat sätt.

Huge har eftersökt Peter Karlsson för att erhålla svar på frågeformuläret från denne. Huge har per e-post utsänt frågeformuläret till denne samt vid ett senare tillfälle, i god tid före sista svarsdag, skickat en påminnelse om att svara på formuläret. Detta måste anses vara ett rimligt antal försök till att få svar i enlighet med vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Huge har givit samtliga kontaktpersoner tillräcklig tid för att inkomma med svar avseende de ställda frågorna.

Det har av e-postmeddelandena tydligt framgått vad ärendet gäller och vilka uppgifter som skulle insändas av kontaktpersonen. Såsom angivits i förfrågningsunderlaget svarar anbudsgivarna för att angivna kontaktpersoner är vidtalade och beredda att svara på de frågor som skulle komma att utsändas av Huce. Huce har i alla avseenden behandlat anbudsgivarna lika och att förfara på så sätt som P-O menar att Huce borde ha gjort, dvs., att Huce skulle agerat på ett annat sätt gentemot kontaktpersoner inom Huges egen organisation genom att företa fler kontaktförsök än för andra kontaktpersoner, är inte möjligt med hänsyn till principen om likabehandling av anbudsgivare. Det står utom Huges kontroll att tillse att skickade e-postmeddelanden inte raderas av mottagaren av misstag, att mottagaren inte är tillräckligt uppmärksam på inkommande e-postmeddelanden eller liknande omständighet. Att angivna kontaktpersoner underlåter att svara eller svarar på ett annat sätt än anbudsgivaren önskar, kan inte heller det tillmätas någon betydelse. Avseende utvärdering av arbetssätt framkom att ett av de av P-O redovisade uppdragen inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget angivna grundförutsättningar. Detta innebar att avdrag avseende arbetssätt inte kunde medges. Detta framgår genom svar från Mikael Andersson kontaktperson hos Stendörren. P-O anför vidare att en av kontaktpersonen svarat inkorrekt avseende den aktuella frågan i frågeformuläret. Det är ostridigt att den, av P-O angivna, kontaktpersonen Mikael Andersson mottagit och besvarat frågeformuläret. I förfrågningsunderlaget anges att det är anbudsgivarens skyldighet att vidtala kontaktpersonerna om den kommande processen och det faktum att frågeformuläret skickats ut till kontaktpersonerna vid en något tidigare tidpunkt har inte påverkat P-O:s möjlighet att fullgöra denna skyldighet. Vidare framgår, av Mikael Anderssons svar att en av de åberopade förutsättningarna inte var för handen. Svaret från Mikael Andersson gällde en sakomständighet och det fanns ingen anledning för Huce att ifrågasätta det inkomna svaret. Rimligtvis kunde inte heller en instruktion från P-O ha kunnat påverka den faktiska omfattningen av det redovisade uppdraget. Huce har vid utvärderingen av

anbud endast möjlighet att beakta lämnade uppgifter och kan inte ta ovidkommande hänsyn. Det faktum att Mikael Andersson svarade inom kort tid, samt att svaret gällde en sakomständighet, bekräftar att det inte funnits anledning för Huge att ifrågasätta svaret. Svaret är lämnat i enlighet med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget och det faktum att kontaktpersonen inte svarat såsom P-O önskat ska på intet sätt tas hänsyn till i detta avseende. Därmed hade P-O inte möjlighet att erhålla avdrag avseende en av de två möjliga bedömningarna vilket innebär att även om P-O hade erhållit fullt avdrag avseende kriteriet arbets sätt avseende bedömningen av den andra kontaktpersonen, Peter Karlsson kontaktperson hos Huge, hade P-O inte placerat sig så att denne varit aktuell att ingå ramavtal med Huge. P-O hade i sådant fall placerat sig på nionde plats i rangordningen och det var endast aktuellt att ingå ramavtal med fem entreprenörer. P-O kan därför inte i något avseende anses ha lidit skada.

Förvaltningsrätten har i ett beslut den 29 september 2011 avslagit ett yrkande om att hålla muntlig förhandling i målet.

P-O har därefter yttrat följande. Förvaltningsrätten har funnit att det inte finns behov för upptagande av muntlig bevisning. Detta är ett förhållande som P-O inte delar. Enligt P-O:s uppfattning som framgått tidigare är det ett märkligt förhållande att Huge föreskriver att i vissa förekommande fall ska Huge anges som referens och att Huge i nu aktuellt fall inte lyckats få kontakt med sin egen anställda. Det är även märkligt att den egna anställda gör gällande att han aldrig har fått del av förfrågningsunderlaget. Enligt P-O:s uppfattning kan konsekvensen av den uteblivna bevisupptagningen/utredningen i denna del inte tolkas på annat sätt än till P-O:s fördel dvs. att den av P-O redovisade inställningen ska läggas till grund för förvaltningsrättens bedömning i denna del.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 5 § stadgas att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

P-O har gjort gällande att P-O i sitt anbud uppfyller samtliga efterfrågade kriterier och att referenten Mikael Andersson lämnat en felaktig referens.

Vid överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att det inte ankommer på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller att i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Parterna har i målet redogjort för sina ståndpunkter och motiveringar vad avser poängsättning av referenser. Förvaltningsrätten har inte funnit anledning att ifrågasätta den av Huga företagna utvärderingen. Huruvida en referent gynnar eller missgynnar viss anbudsgivare beror på vad denne referent säger och själva valet att åberopa en viss referent har gjorts i förväg och lämnats som uppgift i anbudet. P-O har i förväg haft möjlighet att få kunskap om vad referent Mikael Andersson skulle ge för referens i fråga om betyg. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

P-O har anfört att förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens och likabehandling då det ankommer på upphandlaren att inhämta referenser. Vidare anför P-O att eftersom ansvaret för inhämtande av uppgifter åligger upphandlaren kan anbudsgivarna därför inte bedöma om anbuderna behandlas lika i utvärderingen.

De skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet medför att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds förnär (jmf RÅ 2002 ref 50). Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget och den därtill bifogade kompletterandet "Frågor och svar" har varit tydlig på så sätt att det framgår att på vilket sätt referenstagning kommer att ske och att referenspersonerna kommer att tillfrågas under vecka 25 och vecka 26. Av handlingarna i målet framgår att Huge genom referenstagning via mail till Peter Karlsson gjorts den 14 juni 2011 och att en påminnelse till Peter Karlsson gjorts den 27 juni 2011. Förvaltningsrätten konstaterar att Huge påbörjat referenstagningen i vecka 24 och därmed före den tidpunkt som angivits i förfrågningsunderlaget. Omständigheten att referenstagningen påbörjats före den i förfrågningsunderlaget angivna tidpunkten, kan knappast i sig anses strida mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling särskilt som anbudsgivarna har behandlats lika.

Förvaltningsrätten konstaterar att leverantören kan sägas förlora kontrollen över anbudets sammanställning genom att upphandlande myndighet inhämtar referenser, men att det inte innebär att leverantörerna därmed behandlas godtyckligt.

Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av samtliga omständigheter att Huge inte brutit mot någon bestämmelse i LOU under upphandlingen. P-O har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada. Då

förutsättningar för ett ingripande enligt LOU således inte föreligger ska ansökan avslås.

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

Mats Clémentz

Rådman

Föredragande har varit Josephine Wilson



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