



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-01-14
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7774-15

KLAGANDE

Otis AB, 556129-3803
Box 2163
600 02 Norrköping

Ombud: Lennart Stoltz
Med samma adress som ovan

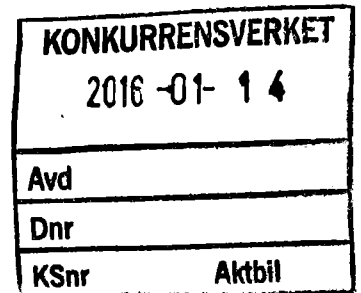
MOTPART

Nyköpingshem AB, 556450-9486
Box 1019
611 29 Nyköping

Ombud: advokaten Hampus Ek
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 236054

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nyköpingshem AB (Nyköpingshem) genomför en upphandling avseende *Årsavtal service-, underhålls- och ombyggnadsarbeten hissar*. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslutet meddelat den 10 november 2015 framgår att kontrakt i upphandlingen har tilldelats Nordisk hiss AB (Nordisk hiss) och att anbud från Otis AB (Otis) har förkastats med hänvisning att det inte uppfyller ställt krav vad gäller storleken på referensuppdrag samt att bolaget lagt för högt omkostnadspåslag.

Otis har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Nyköpingshem motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Otis

I anbudsförmuläret anges att övriga kostnader ska utgå med ett fast omkostnadspåslag på verifierad självkostnad inklusive rabatter och att omkostnadspåslag ska uppgå till maximalt 10 %. Texten i anbudsförmuläret kan tolkas felaktigt. Av förfrågningsunderlaget framgår att omkostnadspåslaget (administrationskostnader, fraktkostnader och lagerhantering) får uppgå till 10 % och det som efterfrågas är materialpåslag i procent utan tak. Deras tolkning ska därmed inte vara grund för uteslutning av anbud.

Referenser bolaget haft, som t.ex. Stångåstaden AB med 18 500 lägenheter, bör vara en referens som väl kan mätas med det krav som efterfrågas enligt de administrativa föreskrifterna under punkt AFB.52. Bolagets tolkning av

skall-kravet var att referenserna skulle vara av lokal karaktär och skulle skötas av det sökande regionkontoret. Bolagets referenser uppfyller väl det som efterfrågats och bör därmed inte leda till uteslutning av anbudet.

Nyköpingshem

Av punkten AFB.52 i de administrativa föreskrifterna kan utläsas att anbudsgivarna med två referenser skulle visa att de uppfyllde angivet krav. Referensprojektet som efterfrågades skulle avse *"löpande underhållsarbeten på hissar i byggnader med kvarboende hyresgäster och åt beställare som förvaltar minst 2 000 lägenheter"*. Kravets utformning var motiverad av att Nyköpingshem förvaltar och hyr ut ca 3 350 lägenheter och lokaler. Kravet har därmed varit rimligt och proportionerligt. Otis har i sitt anbud åberopat två referenser varav den ena gäller uppdrag för beställare som endast förvaltar 1 541 lägenheter. Det är uppenbart att Otis därmed inte uppfyllt uppställt skall-krav och förkastades därmed.

I sin ansökan om överprövning gör Otis gällande att referensprojektets omfattning i själva verket skulle varit 2 435 lägenheter och att anledningen till att lägre antal lägenheter angavs var att man angivit vad som skulle gälla lokalt. Nyköpingshem kan inte pröva anbudet på andra uppgifter än vad Otis uttryckligen angivit i sitt anbud och anbudstiden har nu löpt ut. Uppgiften kan inte heller betraktas som ett förtydligande av en redan lämnad uppgift eftersom det istället är en helt ny uppgift som har direkt bäring på ett skall-krav.

Enligt rättspraxis finns det ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten.

Det finns inget i förfrågningsunderlaget som antyder att begreppet omkostnadspåslag enbart skulle avse administration, tid, fraktkostnader och lagerhantering och att det beträffande materialpåslag saknades tak i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har inte heller varit otydligt i den delen. I anbudsformuläret, som är en del av förfrågningsunderlaget, anges tydligt och uttryckligt följande: "Obs! omkostnadspåslag ska uppgå till maximalt 10 %".

Vad Otis läser in i texten är något som en normalt informerad anbudsgivare bort förstå inte är en begränsning. En partiell begränsning som Otis föreslår skulle leda till att begränsningen blev helt tandlös och motverka dess syfte. När Otis anger ett kostnadspåslag om 35 % går man uppenbart utanför förfrågningsunderlagets angivna ramar.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

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.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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.

Förfrågningsunderlaget

Av de administrativa föreskrifterna, punkt AFB.52 *Krav på anbudsgivaren* vad gäller *teknisk förmåga*, framgår följande.

Anbudsgivaren ska de senaste tre (3) åren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses att utföra löpande underhållsarbeten på hissar i byggnader med kvarboende hyresgäster och åt beställare som förvaltar minst 2 000 lägenheter.

Av anbudsföreläret, under rubriken *Priser enligt AFB.53*, framgår bl.a. följande.

Övriga kostnader skall utgå med ett fast omkostnadspåslag på verifierad självkostnad inklusive rabatter. Obs! omkostnadspåslag ska uppgå till maximalt 10 %.

Litt 1. Material

1.0 Material, varor och transporter _____ % på netto

Litt 5. UNDERENTREPRENÖRER

5.0 Underentreprenörer _____ % på netto

[...]

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande 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 han eller hon grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Otis gör gällande att Nyköpingshems förfrågningsunderlag varit så otydligt formulerat att det har kunnat tolkas felaktigt. Otis har anfört att enligt deras tolkning av förfrågningsunderlaget får omkostnadspåslaget (administrations-tid, fraktkostnader och lagerhantering) uppgå till maximalt 10 % och det som efterfrågas är materialpåslag i procent utan tak. Otis har vidare anfört att de angett en av sina referenser utifrån vad som gällt lokalt istället för regionalt eftersom bolaget tolkade det som att referenserna skulle vara av lokal karaktär och skulle skötas av det sökande regionskontoret. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om förfrågningsunderlagets utformning uppvisat sådana brister att det strider mot LOU.

I kraven på transparens och likabehandling ligger att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). En upphandlande myndighet har således stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav i anbudsfrågan ska i princip uteslutas från anbudsutvärderingen. För åtgärd enligt 16 kap. LOU bör emellertid krävas att det är fråga om klara avvikelser från skall-kraven.

Referensobjekt

Beträffande punkt AFB.52 framgår att de referensobjekt som efterfrågas ska avse uppdrag med *"löpande underhållsarbeten på hissar i byggnader med kvarboende hyresgäster och åt beställare som förvaltar minst 2 000 lägenheter"*. Otis tolkade förfrågningsunderlaget som att kravet endast gäller referenser av lokal karaktär. Förvaltningsrätten kan dock inte finna att förfrågningsunderlaget kan misstolkas på så vis att det endast skulle gälla referenser av lokal karaktär. Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsun-

derlaget i denna del inte kan anses vara så otydligt formulerat eller annars uppvisa sådana brister att det finns anledning att göra bedömningen att förfrågningsunderlaget står i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU eller gemenskapsrätten i övrigt. Det står klart att det anbud som Otis lämnade under anbudstiden inte uppfyller det nu berörda kravet. Det bolaget uppgett under överprövningsprocessen påverkar inte bedömningen av denna fråga.

Omkostnadspåslag

I förfrågningsunderlaget anges att övriga kostnader ska utgå med ett fast omkostnadspåslag på verifierad självkostnad och att omkostnadspåslaget ska uppgå till maximalt 10 %. Det finns dock igen närmare beskrivning av vad som ska ingå i ”övriga kostnader”. Det framstår vidare som oklart dels varför Nyköpingshem kräver specificerad procentsats endast på kostnadsposterna material, varor och transporter samt underentreprenörer, dels om också dessa omfattas av den bestämda gränsen om 10 %. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget i denna del är otydligt och att det finns utrymme för olika tolkningar av vilka prisuppgifter som får lämnas. I denna del brister förfrågningsunderlaget därmed i transparens. Nyköpingshem har därför inte haft rätt att diskvalificera Otis anbud på denna grund.

Sammanfattning

Nyköpingshem har haft fog för sitt beslut att utesluta anbudet från OTIS på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet på referensobjekt. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Emelie Jönsson.



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.