



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 2

DOM

2012-01-17
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2585-11

KLAGANDE

Sävebo AB, 556375-5668
576 80 Sävsjö

MOTPART

Rödja Bygg AB, 556626-6945
Förrådsgatan 10
571 39 Nässjö

KONKURRENSVERKET	
2012-01-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 4 juli 2011 i mål nr 1338-11,
bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Rödja Bygg AB:s
ansökan om överprövning.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrens-
Verket
- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

Dok.Id 112645

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 65 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Jönköpings avgörande den 3 mars 2011 i mål 458-11

Sävebo AB (Sävebo) meddelade i tilldelningsbeslut den 27 januari 2011 gällande ombyggnad av flerbostadshus till elevboende kv. Ripan, Sävsjö (totalentreprenad) Rödja Bygg AB (bolaget) att bolagets anbud inte antagits. Bolaget ansökte om överprövning och yrkade att rättelse skulle vidtas på så sätt att utvärderingen skulle göras om. Sävebo medgav att utvärderingen av inkomna anbud inte genomförts på ett korrekt sätt. Förvaltningsrätten förordnande i rubricerade avgörande att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett i form av ny utvärdering. Förvaltningsrätten motiverade sitt avgörande med att Sävebo gjort prispåslag respektive prisavdrag på vissa anbud i syfte att åstadkomma en s.k. nollställning av anbuden. Förvaltningsrätten fann att anbuden således hade ändrats av Sävebo efter anbudstidens utgång och att de priser som utvärderats inte härrörde från anbudsgivarna. Det framgick inte av förfrågningsunderlaget att Sävebo avsåg att nollställa anbuden på så sätt som skett. Enligt förvaltningsrätten stred förfarandet därmed mot principerna om förutsebarhet och transparens. Förvaltningsrätten ansåg att bristen var hänförlig till utvärderingen av anbuden. Under sådana förhållanden var det enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättades på så sätt att utvärderingen gjordes om.

Sävebos förnyade prövning m.m.

Vid förnyad prövning har Sävebo förkastat bolagets anbud med motiveringen att bolaget inte uppfyllt ställt skall-krav om angivande av referensuppdrag, där kontraktssumman uppgått till minst tio miljoner kronor.

Bolaget har därefter återigen ansökt om överprövning. Bolaget har anfört att kravet är för högt ställt i förhållande till kontraktssumman och att det därför missgynnar mindre företag. Bolaget har vidare ställt sig frågande till varför bolagets anbud förkastats genom det nya tilldelningsbeslutet när bolaget ansågs kvalificerat för anbudsutvärdering vid den första anbudsutvärderingen.

I det överklagade avgörandet (bilaga A) har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering, varvid bolagets anbud ska prövas i sak.

YRKANDEN

Sävebo yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och avslår bolagets ansökan om överprövning.

Bolaget bestrider bifall till Sävebos yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Sävebo

Förvaltningsrätten har i den överklagade domen gått utöver vad bolaget åberopat i målet. Prövningen ska begränsas till de grunder som den klagande parten åberopat (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69). Bolaget har åberopat att aktuellt skall-krav beträffande referenser var för högt ställt samt har ifrågasatt hur Sävebo kunnat anse att kravet uppfyllts vid första utvärderingen men inte vid den andra. Bolaget har inte gjort någon formell invändning om att prövning av uppfyllelse av skall-krav inte får ske vid förnyad utvärdering. Förvaltningsrätten har ex officio prövat frågan om Sävebo har rätt att göra en förnyad prövning av

skall-krav i strid med de dispositiva principer som ska gälla i förvaltningsprocesser av förevarande slag.

Förvaltningsrättens prövning av frågan är därtill fel i sak. Sävebo har inte i överprövningsprocessen framställt en invändning, med innebörden att bolaget inte uppfyller ställda skall-krav. Sävebo har gjort en helt ny utvärdering och därvid provat skall-kravet vid den förnyade utvärderingen. En upphandlande enhet har inte rätt att anta anbud som inte uppfyller ställda skall-krav. Sävebo gjorde fel vid den första utvärderingen.

I förvaltningsrättens dom den 3 mars 2011 har inte förordnats att rättelse ska ske på ett begränsat sätt, t.ex. att rättelse ska ske genom ny utvärdering där visst anbud ska förkastas eller att rättelse ska ske genom en ny utvärdering där visst anbud ska prövas i sak. Sävebo har därmed både rätt och skyldighet att ta hänsyn till samtliga felaktigheter som kan upptäckas så att utvärderingen blir riktig från grunden. Begreppet utvärdering omfattar prövning av anbuden i tre steg; kvalificering, kontroll av skall-krav och prövning av anbuden utifrån uppställda kriterier.

Bolaget

Sävebo har inte haft rätt att utesluta bolaget från en andra utvärdering. Förvaltningsrätten fastslog i sin dom den 3 mars 2011 att bristen var hänförlig till utvärderingen av anbuden. Under sådana förhållanden är det tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om på de punkter som hänförs till nollställandet av anbuden.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget har i sin ansökan om överprövning ifrågasatt om Sävebo har haft rätt att förkasta bolagets anbud vid en ny utvärdering när anbudet tidigare faktiskt har utvärderats. Bolaget får enligt kammarrättens mening i och

med detta anses ha gett uttryck för en grund till stöd för sin talan. Förvaltningsrätten har i sin bedömning således inte gått utöver vad bolaget åberopat.

Varje beslut om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse i något avseende skett, är ägnat att påverka presumtiva leverantörer positivt eller negativt (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 5). För det fall att brist påvisas som innebär att leverantör har lidit skada eller kan komma att lida skada har domstolen, oavsett hur yrkandet utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47). En följd av detta är enligt kammarrättens mening att en upphandlande myndighet som regel är oförhindrad att vid en ny utvärdering göra en annan bedömning av i vilken mån anbuden uppfyller skall-kraven än den som gjorts vid en tidigare utvärdering (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 mars 2006 i mål nr 1093-06)

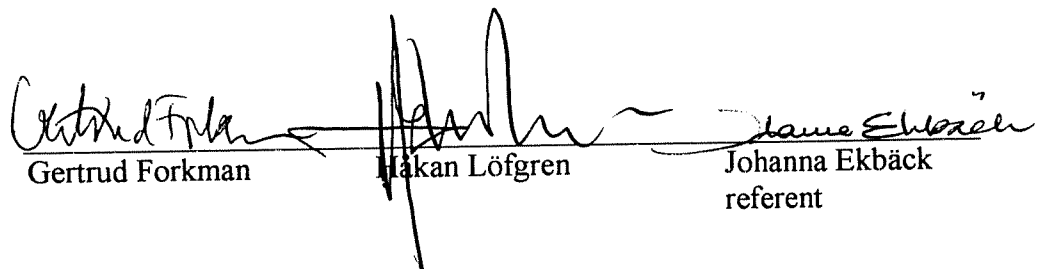
Av aktuellt förfrågningsunderlag (AFB. 5, 51 och 52) framgår bl.a. att anbuden utvärderas i två steg, prövning av anbudsgivare och utvärdering av anbud mot i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsgrunder. Vad gäller prövning av anbudsgivare stadgas att de som inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav kommer att uteslutas från vidare deltagande. Under rubriken *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* framgår att av de anbud som uppfyller kvalificeringskraven kommer det som för beställaren är mest ekonomiskt med hänsyn till vissa angivna kriterier, pris, utförandetid och referenser, att antas. Vidare framgår att anbudsgivaren ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av aktuell art och storlek. Anbudsgivaren ska redovisa minst fem tidigare utförda referensobjekt, minst ett av dem ska vara av likande typ och storlek som aktuellt projekt. Kontraktssumman för minst ett av uppdragen ska ha uppgått till minst 10 miljoner kronor. Referensobjekten ska ha utförts under de senaste fem åren.

Förvaltningsrätten har i dom den 3 mars 2011 beslutat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett i form av ny anbudsutvärdering. Förvaltningsrätten har inte närmare specificerat vad den förnyade utvärderingen ska omfatta. Med hänsyn till att referensuppdrag och kapacitet finns angivna i förfrågningsunderlaget som delar av anbudsutvärderingen, anser kammarrätten därför att Sävebo inte gått utöver ramen för förvaltningsrättens förordnande genom att göra om hela utvärderingen på så sätt som gjorts.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att kravet avseende referensuppdrag varken kan anses olämpligt eller uppställt i strid med proportionalitetsprincipen.

Överklagandet ska således bifallas.

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


Gertrud Forkman Mikael Löfgren Johanna Ekbäck
referent

Föredragande: Hanna Shev



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2011-07-04
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1338-11 E
Domare 2:1

SÖKANDE

Rödja Bygg AB, 556626-6945
Förrådsgatan 10
571 39 Nässjö

MOTPART

Sävebo AB, 556375-5668
576 80 Sävsjö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering, varvid bolagets anbud ska prövas i sak.

YRKANDEN M.M.

Det kommunala bolaget Sävebo AB (Sävebo) genomför en upphandling benämnd Ombyggnad av flerbostadshus till elevboende, Kv. Ripan 14. Upphandlingen omfattar en totalentreprenad avseende elevboende för Riksidrottsgymnasiet för skytte i Sävsjö tätort. Genom tilldelningsbeslut har Sävebo förkastat Rödja Bygg AB:s (bolaget) anbud, samt antagit annan leverantör. Beslutet att förkasta bolagets anbud motiverades med att bolaget inte uppfyllt ställt ska-krav om angivande av referensuppdrag där kontraktssumman uppgått till minst tio miljoner kronor. Bolaget har därefter ansökt om överprövning.

Den nu aktuella upphandlingen har tidigare varit föremål för överprövning efter ansökan från bolaget. Förvaltningsrätten fann i dom den 3 mars 2011 i mål nr 458-11 att upphandlingsförfarandet varit bristfälligt då det inte

Dok.Id 41578

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

angetts i förfrågningsunderlaget att offererade anbudspriser skulle komma att ändras på visst sätt i nollställningssyfte innan de blev föremål för utvärdering. Då bolaget ansågs kunna lida eller kunna komma att lida skada till följd av bristen i upphandlingen beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny utvärdering, varvid bolagets anbud ska prövas i sak. Ska-kravet om angivande av referensuppdrag där kontraktssumman uppgått till minst tio miljoner kronor är inte förenligt med LOU. Kravet är för högt ställt i förhållande till kontraktssumman i upphandlingen och missgynnar mindre företag. Bristande uppfyllelse det aktuella kravet medför därför inte att det funnits grund för att förkasta bolagets anbud. Vidare ställer sig bolaget frågande till varför det förkastats genom det nu aktuella tilldelningsbeslutet när det ansågs kvalificerat för anbudsutvärdering vid den första anbudsutvärderingen.

Sävebo anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan. Ett krav på att tidigare ha genomfört ett projekt där kontraktssumman uppgått till minst tio miljoner kronor är rimligt med hänsyn till objektets karaktär samt då offererade priser uppgick till cirka sju miljoner kronor. Bolaget har inte förfördelats genom att det ställts krav på tidigare genomförande av en större ombyggnad.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel 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 gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande 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).

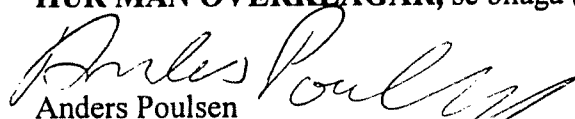
Bolaget har i första hand gjort gällande att Sävebo brutit mot LOU genom att uppställa ett ska-krav om angivande av referensuppdrag där kontraktssumman uppgått till minst tio miljoner kronor. En upphandlande myndighet har dock rätt att kräva att en leverantör visar att han har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för uppdraget. Detta kan bl.a. ske genom krav på angivande av referensuppdrag av viss art och omfattning. Att bestämma omfattningen genom angivande av en minsta kontraktssumma strider inte i sig mot LOU. Samtliga krav som uppställs måste dock vara förenliga med de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Vad bolaget anför ger inte vid handen att kravet avseende referensuppdrag är olämpligt eller brister i ändamålsenlighet. Således kan kravet varken anses otillåtet eller uppställt i strid med proportionalitetsprincipen. Bolagets ansökan kan därför inte vinna bifall på denna grund.

Bolaget har vidare ifrågasatt om Sævebo haft rätt att förkasta dess anbud vid en ny anbudsutvärdering när anbudet inte förkastats inom ramen för tidigare anbudsutvärdering. Enligt förvaltningsrättens mening får bolagets ifrågasättande anses utgöra en grund som har angivits till stöd för dess talan.

Av flera kammarrättsavgöranden följer att invändningar som den upphandlande myndigheten framför först i en överprövningsprocess om att den leverantör som begär överprövning inte uppfyller samtliga ska-krav, när den upphandlande myndigheten tidigare ansett att leverantören uppfyller samtliga ska-krav, inte kan prövas inom ramen för ett mål där leverantören har ansökt om överprövning. Förvaltningsrätten kan därför inte pröva vad Sævebo anført om att Rödja Bygg AB:s anbud inte uppfyller samtliga ska-krav, varken vid prövning av om det finns grund för ingripande med stöd av LOU eller vid ett eventuellt val av åtgärd för det fall sådan grund skulle föreligga (Kammarrättens i Göteborg domar den 18 december 2009 och den 20 oktober 2010 i mål nr 4904-09 respektive 3764-10 samt Kammarrettens i Stockholm dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10).

Enligt förvaltningsrättens mening kan en leverantör inte hamna i ett sämre läge än innan genom ansökan om överprövning. Mot bakgrund härav samt ovan redovisad praxis måste förvaltningsrättens beslut den 3 mars 2011 i mål nr 458-11 att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering anses innebära att endast själva anbudsutvärderingen skulle göras om. Då så inte skett finns grund för att besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering, varvid bolagets anbud ska prövas i sak.

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


Anders Poulsen

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.