



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-05-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5580-16

SÖKANDE

AB Wikner & Co QM, 556714-0826
Anders Carlssons gata 11
417 55 Göteborg

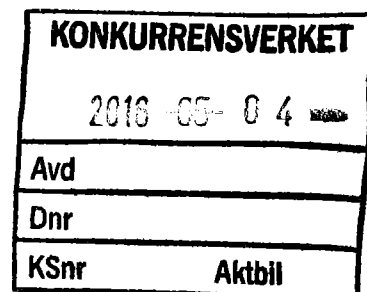
MOTPARTER

1. AB Stockholmshem, 556035-9555
2. AB Familjebostäder, 556035-0067
3. AB Svenska Bostäder, 556043-6429
4. AB Stadsholmen, 556035-1511
5. Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870

Ombud för 1–5: Tammie Simpson
AB Stockholmshem
Box 9003
102 71 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 714894

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

AB Stockholmshem (Stockholmshem) har genomfört upphandlingen Hyresgästenkät (dnr 2015:10111) för Stockholms stads bostadsföretags räkning. Stockholms stads bostadsföretag (i det följande benämnda Stockholmshem) består av Stockholmshem, AB Familjebostäder, AB Svenska bostäder, AB Stadsholmen och Micasa Fastigheter i Stockholm AB. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Genom beslut den 7 mars 2016 tilldelades Aktiv Bo AB kontraktet. Av utvärderingsrapporten framgår att även AB Wikner & Co QM (QM) har kommit in med anbud, men att bolaget inte har ansetts uppfylla ställda krav på kapacitet och erfarenhet i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget. Anbudet har därför uteslutits.

QM har den 17 mars 2016 ansökt om överprövning av upphandlingen. Därefter har Stockholmshem den 1 april 2016 beslutat att avbryta upphandlingen. I beslutet anges att detta bara gäller under förutsättning att annan anbudsgivares begäran om överprövning av Stockholmshems upphandlingsbeslut i alla delar avslagits i förvaltningsdomstol. Den 11 april 2016 har QM inkommit med en skrivelse med rubriken "Begäran om överprövning av avbrytandebeslut" där QM bl.a. påpekar att QM:s begäran om överprövning inte har avslagits.

YRKANDEN M.M.

QM yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats på så sätt att QM:s anbud godkänns och utvärderas samt att förvaltningsrätten noterar för upphandlaren att LOU:s principer om likabehandling av leverantörer ska upprätthållas vid utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. QM anför i huvudsak följande.

I punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget uppställs ett krav på att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha erfarenhet av att ha genomfört fyra parallella undersökningar – tre liknande en omfattning på 8 000–9 000 enkäter och en liknande en omfattning på 1 000 enkäter. Det uppställs även ett krav på att ha gjort enkäter med postalt utskick omfattande 80–90 gemensamma frågor, varav 10 eller färre öppna frågor och 10 egna unika frågor för vardera beställare. Dessa båda krav är fristående från varandra. Sedan QM lämnat sitt anbud har Stockholmshem begärt ett förtydligande av QM. I samband med detta har Stockholmshem förklarat att de samtidigt pågående undersökningarna ska avse enkäter med 80–90 gemensamma frågor inklusive delfrågor. Vidare anges att exakt 10 frågor ska vara öppna. Kraven har alltså skärpts. När kravet på volym kombineras med kravet på antalet frågor i enkäterna blir det oproportionerligt. Det kan då endast uppfyllas av den vinnande leverantören Aktiv Bo, som kan hänvisa till tidigare projekt för Stockholmsbolagen. De storbolagskunder som QM har refererat till för att visa kravuppfyllnad har valt att ha färre än 80 frågor i sina projekt, bl.a. eftersom man når en högre svarsfrekvens med mindre enkäter. QM uppfyller kraven så som de ursprungligen var formulerade. Förtydligandet av punkten 3.6 har inte drabbat någon annan tänkbar leverantör än QM eftersom det endast har gjorts till QM. Det finns därmed inte skäl att avbryta upphandlingen och göra en ny upphandling, utan det räcker med att rätta upphandlingen. Om upphandlingen hade gjorts korrekt hade QM sannolikt vunnit.

Stockholmsbolagen uppger att de inte har någonting emot att avbryta upphandlingen och göra om den.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma 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

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att avbrytandebeslutet är villkorat av att annan anbudsgivares begäran om överprövning har avslagits. Förvaltningsrätten måste alltså börja med att pröva om det finns grund för att bifalla QM:s ansökan om överprövning av upphandlingen och förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Om så är fallet föranleder inte QM:s begäran om överprövning av avbrytandebeslutet någon åtgärd från förvaltningsrättens sida.

I punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kapacitet av uppdrag med liknande omfattning. Anbudsgivaren ska de tre (3) senaste åren ha erfarenhet av att ha genomfört parallella (dvs samtidigt pågående) undersökningar liknande en omfattning på 8 000-9 000 enkäter x3 + 1 000 enkäter xl (vilket liknar de upphandlande bolagens behov av samtidiga mätningar). Enkäter med postalt utskick omfattande 80-90 stycken gemensamma frågor inklusive delfrågor varav 10 (eller färre) öppna frågor och 10 egna frågor unika för vardera beställare. Med en total genomförandetid på 15 veckor från uppstart (första möte med beställaren) till levererat resultat i applikation inkl skrivna svar (inkl 2 påminnelser).

QM har gjort gällande att det som anges i den andra respektive i den tredje meningen i den aktuella punkten ska uppfattas som två skilda krav. Enligt förvaltningsrättens mening måste dock det som anges i punkten tolkas på så sätt att det är de enkäter som nämns i den andra meningen som ska ha varit

beskaffade på det sätt som anges i tredje meningen och som ska ha genomförts på den tid som anges i fjärde meningen. I målet är ostridigt att de samtidigt pågående undersökningar som QM har angett som referensuppdrag har omfattat färre än 80 frågor. QM har således inte uppfyllt kravet i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget. Frågan är då om det aktuella kravet står i strid med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132).

Det får antas att kravet på att anbudsgivaren ska ha utfört fyra parallella enkätundersökningar av den omfattning som anges i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget och med 80–90 frågor i varje enkät har ställts upp i syfte att säkerställa att leverantören har tillräcklig erfarenhet och kapacitet för att utföra den typ av uppdrag som upphandlingen avser. Enligt förvaltningsrättens mening framstår kravet i och för sig som effektivt för att uppnå detta syfte. I målet har dock inte framkommit någonting som tyder på att det inte finns någon mindre ingripande åtgärd för att uppnå detta syfte än att kräva att de enkätundersökningar som anbudsgivaren tidigare har genomfört har haft just den omfattning som anges i punkten 3.6 och avsett enkäter med just 80–90 frågor. Det uppställda kravet kan, enligt förvaltningsrättens mening, leda till att leverantörer som skulle ha förmåga att utföra uppdraget inte kvalificerar sig eller avstår från att lämna anbud i upphandlingen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Stockholmsbolagen, genom att ställa upp det aktuella kravet, har brutit mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört skada för QM eftersom bolagets anbud har diskvalificerats på den grunden kravet inte är uppfyllt. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU.

Av praxis följer att domstolen, i mål om offentlig upphandling, är obunden av parts yrkanden när det gäller frågan om en upphandling ska göras om eller rättas. Domstolen kan alltså, oberoende av hur yrkandena har utformats, välja att bifalla en ansökan om överprövning genom att besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Av praxis framgår också att det med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. Om ett fel är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26).

Förvaltningsrätten har i detta mål kommit fram till att ett av kraven i förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen. Denna brist är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet och det kan inte uteslutas att det har medfört att leverantörer har avstått från att lämna anbud. Förvaltningsrätten anser därför att ingen annan åtgärd kan komma i fråga än att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas det anledning för förvaltningsrätten att pröva om det även på annan grund finns skäl för ett ingripande enligt LOU. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten alltså att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Linnea Svenander
Förvaltningsrättsfiskal

Susanna Ewerlöf har föredragit målet.



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. 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.