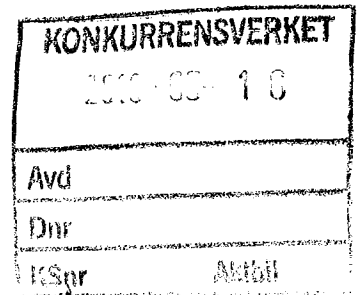




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-05-16
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 1899-18



SÖKANDE

MSW Service AB, 556656-5403
 Bintjevägen 2
 244 93 Kävlinge

MOTPARTER

1. Lunds kommuns Fastighets AB, 556050-4341
 Box 1675
 221 01 Lund

2. ThyssenKrupp Elevator Sverige AB, 556192-7525
 Ystadvägen 22
 214 30 Malmö

Ombud: advokat Liselott Fröstad och biträdande jurist Anna Englund
 AG Advokat KB
 Box 312
 103 62 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Lunds kommuns fastighets AB:s upphandling ”Modernisering 7 st hissar inom Lunds kommuns Fastighets AB”, projektnr 2018-01-02-03-04-05-06-07, ska göras om.

Dok.Id 425406

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Lunds kommuns fastighets AB (LKF) genomför upphandling avseende Modernisering av sju stycken hissar. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har LKF beslutat att anta anbudet från ThyssenKrupp Elevator Sverige AB (ThyssenKrupp). Av upphandlingsprotokollet framgår att anbud inkom från tre leverantörer, men att de övriga två, däribland MSW Service AB:s (MSW) anbud förkastats eftersom de inte uppfyllde samtliga krav.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

MSW ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför *MSW* i huvudsak följande.

I upphandlingsprotokollet står att *MSW* inte uppfyller kvalificeringskraven eftersom kraven på referensuppdrag inte uppfylls. *MSW* har lämnat tre referenser på sammanlagt 35 hissar. Dock har bolaget inte angett tre referenser med minst tre moderniserade hissar per referens. ThyssenKrupp har lämnat tre referenser. Den första referensen omfattar 11 hissar och i de två andra referenserna anges ytterligare ”hissar” utan att ange antalet. Det framgår därför inte om ThyssenKrupp har angivit rätt antal hissar i sina referenser. I referensangivningen har ingen av anbudslämnarna angivit ett korrekt antal hissar.

Vidare nämns inte i upphandlingsprotokollet att anbudet från ThyssenKrupp inte har undertecknats i enlighet med skallkraven. Det finns inte en underskrift av en person som är behörig att företräda företaget och eventuell fullmakt för undertecknaren. Namnet som står under rubriken *namnteckning*

är inte en egenhändig namnteckning. Trots denna brist mot skallkraven har LKF godkänt anbudet från ThyssenKrupp.

Enligt LOU skall alla anbudslämnare hanteras lika. Det har inte skett i förevarande upphandling. En av tre anbudsgivare har godkänts trots bristen mot skallkraven. De två anbud som förkastades pga. brister i referenserna fick inte möjlighet att komplettera sitt anbud. Utvärderingen av priserna visar att om samtliga anbudsgivare hade hanterats på samma sätt hade MSW:s anbud vunnit.

LKF bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Vad avser bedömningen av referenser kan följande nämnas. I ett dokument benämnt Anbudsformulär Hiss Modernisering skulle anbudsgivare markera genom kryss när de uppfyllde samtliga krav och förutsättningar i förfrågningsunderlaget. När LKF kontrollerade kravet visade det sig att två av anbudsgivarna inte uppfyllde kravet. Av punkten AFB.52 framgick att referensprojekten skulle ha slutförts under de senaste fem åren och vara likvärdiga förfrågan och att varje projekt skulle omfatta minst tre hissar. Det fanns emellertid inget krav i anbudsformuläret att ange antalet hissar utan detta har LKF undersökt när referensuppdragen kontrollerats. LKF har alltså tillämpat kontroll av anbudet i enlighet med 19 kap. 20 § LOU. MSW har själva angivit att de inte uppfyller detta krav. Detta innebär att MSW:s anbud inte kunnat antas. Inte heller anbudsgivare nummer ett uppfyllde kravet på tre hissar per projekt vilket innebär att inte heller det anbudet kunde antas.

Beträffande undertecknande framgår som MSW rätteligen påpekat att anbud ska vara undertecknat av person behörig att för företaget lämna anbud. Det står emellertid inte något om egenhändig namnteckning. LOU saknar bestämmelser om hur eller om anbud ska vara undertecknade. Den upphand-

lande myndigheten väljer således om anbudet ska vara undertecknat och i så fall av vem det ska ske. Efter kontroll och inhämtande av fullmakt bedömer LKF att anbudet från ThyssenKrupp är undertecknat av behörig person.

Det finns begränsade möjligheter för en upphandlande myndighet att begära in kompletteringar av anbud. En upphandlande myndighet får tillåta eller begära rättelse av mindre formella fel, någon felskrivning, felräkning eller dylikt, men det är det inte fråga om i detta fall. Om anbud genom att kompletteras tillförs nya uppgifter har principen om likabehandling inte följts eftersom en anbudsgivare då fått mer tid än andra till sitt förfogande. Om MSW hade ett annat referensprojekt som uppfyllde kravet på tre hissar borde MSW ha angivit det i sitt inlämnade anbud.

ThyssenKrupp anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

ThyssenKrupp uppfyller kravet på referensprojekt. Av kravet på referensprojekt i AFB.52 följer i och för sig att projekten ska ha innefattat minst tre hydraulhissar. Det finns dock inte något krav på att anbudsgivarna ska redovisa hur många hissar projekten har omfattat i sina anbud. Av AFB.31 följer att det tillhandahållna anbudsformuläret ska användas vid anbudsgivning och att anbuderna ska innehålla samtliga i anbudsformuläret angivna uppgifter. I anbudsformuläret har det inte funnits något svarsfält som varit avsett för att anbudsgivarna ska ange antalet hissar som ingått i projektet. Det har därför inte varit nödvändigt att ange antalet hissar. LKF har kontrollerat hur många hissar som ingått i anbudsgivarnas referensprojekt genom att kontakta de referenter som angetts i anbudsformulären. ThyssenKrupps referenter har kunnat bekräfta att respektive projekt har innefattat fler än tre hissar. Därigenom har ThyssenKrupp kunnat visa att kravet på att referensprojekten ska innefatta minst tre hissar är uppfyllt.

ThyssenKrupp uppfyller kravet på att underteckna anbudet. MSW verkar mena att det för att uppfylla kravet på att anbudet ska vara undertecknat krävts en egenhändig namnteckning. Det har dock inte funnits något krav på att anbudet ska vara egenhändigt undertecknat. ”Undertecknat” kan inte heller förstås som ”egenhändigt undertecknat”. Det finns ett etablerat bruk av ”egenhändigt undertecknat” när det krävs att någon fattar en penna och signerar något. Begreppet ”egenhändigt undertecknat” används exempelvis i rättegångsbalken. Eftersom LKF inte har använt sig av begreppet ”egenhändigt undertecknat” har LKF markerat att det inte krävs att anbudet skrivs under för hand. ThyssenKrupp har därför utgått från att det varit tillräckligt att underteckna anbudet på maskinell väg. En underskrift kan i anbuds-sammanhang närmast betraktas som ett bevismedel för att ett anbud har lämnats av en behörig person och att anbudet därför är giltigt. Att ett anbud undertecknats egenhändigt kan i och för sig ge underskriften högre bevisvärde än om anbudet undertecknats genom datorskrift. Att ThyssenKrupp har använt dator för att underteckna sitt anbud innebär dock inte att anbudet inte kan betraktas som undertecknat. Om det hade uppstått tvivel om anbudets giltighet skulle det ha varit möjligt för LKF att kontakta ThyssenKrupp för att få bekräftat att bolaget står för sitt anbud.

Personen som har undertecknat ThyssenKrupps anbud har varit behörig att lämna anbud. Det följer av den fullmakt som ThyssenKrupp har gett in på LKF:s begäran. ThyssenKrupp noterar att det är ostridigt att personen som undertecknat ThyssenKrupps anbud har varit behörig att göra det. Det MSW opponerat sig mot är att ThyssenKrupp inte har styrkt behörigheten i samband med att anbudet gavs in. Det har dock inte funnits något krav på att ge in fullmakt eller på annat sätt styrka behörigheten hos den som undertecknat anbudet i samband med anbudsgivning. ThyssenKrupp uppfyller mot denna bakgrund kravet i AFB.31 på att anbudet ska vara undertecknat av en person som är behörig att för företaget lämna anbud.

MSW verkar mena att LKF har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ha begärt in fullmakt från ThyssenKrupp, men inte låtit MSW och ALT Hiss komplettera sina anbud med nya referenser, när det visat sig att alla de referenser som redovisats i anbudet inte uppfyllt ställda krav. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer ska behandlas lika. Att begära att MSW och ALT Hiss skulle byta ut sina referenser i syfte att bolagen skulle uppfylla alla obligatoriska krav och att begära in fullmakt från ThyssenKrupp för att kontrollera behörigheten hos den som undertecknat bolagets anbud är inte jämförbara situationer. I det första fallet skulle det nämligen röra sig om otillåtna kompletteringar, medan det i det senare fallet har rört sig om en tillåten komplettering. En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör kompletterar en handling som getts in av leverantören, om det är förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet. Det är inte tillåtet att begära eller tillåta att en anbudsgivare kompletterar sitt anbud, så att tidigare lämnade uppgifter ersätts av nya. En komplettering kan inte ske i syfte att "läka" en brist i ett anbud, eftersom det skulle strida mot likabehandlings- och transparensprincipen. Om MSW och ALT Hiss hade tillåtits att komplettera sina anbud med nya referenser skulle det ha inneburit att tidigare lämnade uppgifter ersattes av nya. Det skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens.

Det har inte funnits något krav på att bifoga fullmakt till anbudet, eller på annat sätt styrka behörigheten hos den som undertecknat anbudet. När LKF begärde in fullmakt från ThyssenKrupp var det därför inte för att läka en brist i anbudet eller ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya. Kompletteringen har därför kunnat ske utan överträdelse av principerna om likabehandling och transparens. Eftersom det inte rör sig om likvärdiga situationer, har LKF inte brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ha begärt att ThyssenKrupp kompletterade sitt anbud med en fullmakt, men inte begärt att MSW och ALT Hiss kompletterade sina anbud med nya referenser.

MSW har anfört att om samtliga anbudsgivare skulle ha hanterats på samma sätt hade MSW:s anbud vunnit. MSW har dock inte uppfyllt alla krav i upphandlingen, och bolagets anbud har därför förkastats. Förutom att MSW:s referensprojekt inte har innefattat minst tre hissar, utan bara en, noterar ThyssenKrupp att ett annat av MSW:s referensprojekt är pågående, och alltså inte slutfört. Enligt AFB.52 krävs att referensprojekten ska ha slutförts. Det har inte varit möjligt för MSW att komplettera anbudet med nya referenser, så att kravet på referensprojekt kunnat uppfyllas. Eftersom MSW:s anbud rätteligen har förkastats har bolaget aldrig haft möjlighet att vinna upphandlingen. MSW lider eller riskerar därför inte att lida skada på det sätt som bolaget gör gällande. Eftersom MSW inte har konkretiserat att eller hur bolaget drabbats eller riskerat att drabbas av skada ska ansökan om överprövning avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta 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.

Frågan om referenser

Den första frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om LKF har utvärderats ThyssenKrupps anbud trots att bolaget, enligt MSW, inte uppfyller kravet på referenser. MSW har anfört att ThyssenKrupp inte uppfyller kravet på att ha angett korrekt antal hissar i samtliga referenser, dvs. att ha moderniserat minst tre stycken hydraulhissar per projekt under de senaste fem åren.

I de administrativa föreskrifterna, AFB.52 anges bl.a. följande. ”Anbudsgivare skall i anbudet presentera en organisation för projektet som lämpar sig för uppdraget. Anbudsgivaren ska kunna redovisa tre referensprojekt som slutförts under de senaste fem åren av i anbudet presenterad organisation. Referensprojekten ska vara likvärdiga denna förfrågan gällande modernisering av hydraul hissar och antal skall vara min 3 st i varje referensprojekt.”

I anbudsförmuläret, vari anbudsgivarna ska fylla i sina referenser, anges under rubriken Referenser: ”Referensuppdrag som visar på att vi har erfarenhet av liknande uppdrag”. Därefter finns vita svarsfält där anbudsgivarna för de tre referensuppdragen ska ange uppdragsgivare, kontaktpersonens namn och telefonnummer, beskrivning av uppdraget samt tidsperiod för uppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i de administrativa föreskrifterna anges ett krav på redovisning av tre referensuppdrag som slutförts under de senaste fem åren och att vart och ett av de tre referensuppdragen ska omfatta modernisering av minst tre stycken hydraulhissar. Förvaltningsrätten kan dock inte utläsa något krav på att antalet hissar som omfattas av referensuppdragen ska anges. Avsaknaden av en i anbudsförmuläret specifik rubrik för antal hissar innebär, enligt förvaltningsrättens bedömning, att det inte uppställs något krav på att i beskrivningen uppge antalet hissar som

omfattats av referensuppdraget. Det har inte framkommit att ThyssenKrupps referenser inte uppfyller det aktuella kravet. LKF har också i efterhand kontrollerat uppgiften. Därmed har LKF haft fog för att anse att ThyssenKrupp uppfyller de ställda kraven avseende referensuppdrag.

Frågan om fullmakt

MSW har anfört att ThyssenKrupp inte har undertecknat anbudet och inte lämnat in någon fullmakt till sitt anbud. Fullmakten har inhämtats av LKF i efterhand.

I de administrativa föreskrifterna AFB.31 anges att ”Anbud skall lämnas på det svenska språket och vara undertecknat av person behörig att för företaget lämna anbud.”. Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i de administrativa föreskrifterna eller på annat ställe i upphandlingsdokumenten uppställs något krav på att det till anbudet ska bifogas en fullmakt för att styrka behörigheten hos den som lämnat anbudet. Det har därmed inte funnits något krav för ThyssenKrupp att bifoga fullmakt till anbudet och det har inte heller varit oförenligt med LOU att LKF senare kontrollerat att behörig person angetts i ThyssenKrupps anbud.

Frågan om undertecknande av anbud

Som framgår ovan har LKF i de administrativa föreskrifterna uppställt krav på att anbud ska vara undertecknat av en person som är behörig att lämna anbud. I anbudsformuläret, under rubriken ”underskrift”, finns en rad för namnteckning och en för namnförtydligande. ThyssenKrupp har i sitt anbudsformulär under rubriken ”namnteckning” använt sig av en text i skrivstilsliknande teckensnitt som är skriven på maskinell väg.

En förutsättning för att upphandlingen ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de

obligatoriska krav som ställs i upphandlingsdokumenten upprätthålls under hela förfarandet. Därför måste en upphandlande myndighet redan vid framställandet av upphandlingsdokumenten se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

Det finns inga formkrav för hur ett eventuellt undertecknande ska ske i LOU. Kammarrätten i Stockholm har dock uttalat att, när det gäller skalkrav avseende skriftlig bekräftelse av anbud genom undertecknande av behörig firmatecknare, är det av vikt för den upphandlande myndigheten att ett lämnat anbud är bindande. För att den upphandlande myndigheten ska säkerställa detta kan krav ställas på den som lämnar anbudet att visa sin rätt att lämna anbud (se Kammarrätten i Stockholms dom den 12 maj 2014, mål nr 1383-14). Enligt förvaltningsrättens bedömning bör därför syftet med ett krav på att ett anbud ska vara undertecknat av en behörig person rimligen vara att den som undertecknat faktiskt kan knytas till det avgivna anbudet. Det är inte möjligt när anbudsgivaren undertecknar anbudet maskinellt, istället för t.ex. egenhändig namnteckning eller digitala signeringsverktyg. Om den upphandlande myndigheten anser att ett sådant krav är överflödigt bör inte heller kravet på undertecknande på det sätt som nu angivits finnas med i upphandlingsdokumenten. En maskinell text i skrivstilslikande teckensnitt, vilket ThyssenKrupp använt, kan inte likställas med att anbudet är undertecknat i den mening som har krävts. Förvaltningsrätten anser således att ThyssenKrupp inte uppfyller det uppställda kravet på undertecknande av anbudet såsom det utformats i upphandlingsdokumenten.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att varken MSW eller ThyssenKrupps anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställs i upphandlingsdokumenten. Det är en grundläggande princip att anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav ska förkastas. Om det som i förevarande fall därmed saknas giltiga anbud i upphandlingen får LKF avbryta den och genomföra en ny upphandling. Vid ett nytt förfarande hade MSW fått en ny chans att tilldelas kontraktet. Att bolaget gått miste om den möjligheten innebär att bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada. Följden av att inget av de tre lämnade anbuden uppfyller de obligatoriska kraven är att upphandlingen ska göras om.

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

Louise af Klint

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

