



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Anna Aktermo

**DOM**  
**2013 -02- 22**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 12113-12 E

**SÖKANDE**

Sandå Sverige AB, 556467-7119  
 Box 732  
 182 17 Danderyd

Ombud: Advokat Maria Pedersen  
 Advokatfirman Pedersen AB  
 Box 3462  
 103 69 Stockholm

**MOTPART**

Helsingborgs stad, Kärnfastigheter  
 251 89 Helsingborg

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Sandå Sverige AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2013 02 25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

## BAKGRUND

Helsingborgs stad, genom Kärnfastigheter, (nedan Kärnfastigheter) genomför med ett öppet förfarande en upphandling avseende ramavtal för målning 2013-2014. Sju anbudsgivare inkom med anbud. Av tilldelningsbeslut den 19 november 2012 framgår att följande fyra anbudsgivare, nämnda i rangordning, har tilldelats kontrakt: LP Måleri AB, Stoby Måleri AB, Leif Olssons Måleri AB och Lödde Måleri AB. Anbuden från Peter Nielsen Måleri AB och Sandå Sverige AB (Sandå) förkastades i kvalificeringsfasen.

## SÖKANDENS YRKANDE OCH ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Sandå yrkar att upphandlingen ska göras om och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget, AFA.21, framgår att Beställaren har för avsikt att tilldela kontrakt både enligt fastställd rangordning och med tillämnande av förnyad konkurrensutsättning. Beställaren har således i en och samma upphandling avseende ramavtal gjort en kombinerad modell av de två avropsmetoder som stipuleras i 5 kap. LOU. En sådan kombinerad avropsmodell är i strid med LOU och rådande praxis. Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2010 ref. 97 slagit fast att detta inte är tillåtet enligt LOU.

Förfrågningsunderlaget brister i transparens. Det är behäftat med ett flertal motstridigheter och otydligheter vilket medför att det praktiskt taget är omöjligt för anbudsgivarna att formulera konkurrenskraftiga anbud. Beställarens motstridiga skrivningar om dels lägst pris och dels det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet medför att det är omöjligt för anbudsgivarna att veta efter vilka kriterier Beställaren tänkt tilldela kontrakt. Förfrågningsunderlaget innehåller definitionsmässiga sammanblandningar vilket med-

för att det blir oerhört svårt att följa vilka handlingar som Beställaren åsyftar. Förfrågningsunderlaget brister även i transparens avseende kvalificeringskraven avseende teknisk förmåga och kapacitet. Kravet på fackmässighet i den betydelse som avses i 2 kap. 1 § ABT 06 strider även mot proportionalitetsprincipen.

Enligt de Administrativa föreskrifterna, AFB.515 c, ska anbudsgivarna redovisa referenser. Sammanlagt ska fyra referenser anges med sex referensobjekt som samtliga ska styrka yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet avseende målningstjänster. Vidare anges att entreprenaderna ska ha utförts tillfyllest i enlighet med avtalade villkor med särskilt avseende på kontakter och samarbetsformer med Beställaren, kvalitet på utförd projektering, kvalitet på utfört arbete, överenskommen budget, dokumentation samt överenskomna tider. Vad som är tillfyllest är oklart och förfrågningsunderlaget brister därmed i transparens och öppenhet även med hänvisning till detta. Vilken poängsättning som kommer att tillämpas anges inte och inte heller hur många poäng som måste erhållas för att kvalificeras. Då uppgift om hur poängsättningen ska ske saknas är upphandlingen i strid mot LOU även på denna grund.

I de Administrativa föreskrifterna, AFB.515 c, anges att för de anbudsgivare som tidigare utfört uppdrag åt Beställaren de senaste fem åren, ska Beställaren anges som en av referenterna. Sandå har med anledning härav angett Beställaren som referent. I enlighet med förfrågningsunderlaget har Sandå namngett en referentperson som är anställd hos Beställaren. Denna referentperson har, enligt egen uppgift, tillfrågats om Sandå uppfyller de krav som angetts i förfrågningsunderlaget och på samtliga frågor svarat "ja". Trots detta har Beställaren meddelat Sandå att bolaget inte uppfyller kraven avseende referenser. I meddelandet till Sandå refererar Beställaren till att "Beställarens samlade erfarenhet" medfört att Sandå uteslutits ur upphandlingen. Egna referenser ska utifrån likabehandlingsprincipen beak-

tas på samma sätt som externa referenser. Vid upptagning av externa referenser kommer enligt förfrågningsunderlaget en person att tillfrågas i respektive angiven beställarorganisation som angivits som referens. Någon samlad bedömning av flera personer kommer inte att göras. Således får någon samlad bedömning inte göras av Beställaren. Inte heller anges det i förfrågningsunderlaget att referensupptagningen kommer ske genom en samlad bedömning av de egna referenserna. Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att själv styra eller välja vem inom den egna myndigheten som ska vara referensperson. Enligt praxis är det anbudsgivaren som har rätt att själv utse referenspersonen. Genom att Sandå uteslutits trots att lämnad referent svarat ja på samtliga frågor har Beställaren agerat på ett lagstridigt sätt. Kärnfastigheters bedömning ska dessutom endast utgöra 25 procent av den totala bedömningen av om anbudsgivaren uppfyller kravet eftersom det är fyra referenspersoner som ska styrka anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet avseende målningstjänster. Kärnfastigheter har således inte stöd i förfrågningsunderlaget att ensamt vara referent och på så sätt utgöra 100 procent av den totala bedömningen i denna del. Kärnfastigheter har efter eget subjektivt godtycke försökt skapa sig en chans att bli av med anbudsgivare som man av någon anledning inte riktigt gillar. Avsaknaden av objektivitet är tydlig i referensupptagningen. Principerna om likabehandling och transparens har trätts för när.

Beställaren har ställt som krav i upphandlingen att anbudsgivarna de senaste två åren ska ha en omsättning som överstiger 20 MSEK per år, i genomsnitt. Varken Lödde Måleri AB, Måleripartner AB eller Peter Nielsen Måleri AB uppfyller omsättningskravet på 20 MSEK per år. Samtliga dessa anbudsgivare borde därför rätteligen ha förkastats.

Kärnfastigheter har anfört att de ansett att någon extern referensupptagning inte varit nödvändig eftersom samtliga anbudsgivare varit avtalsparter åt

Kärnfastigheter tidigare. Om Stoby Måleri AB, Lödde Måleri AB och Måleripartner AB varit avtalspart tidigare men ändå inte angett Kärnfastigheter har dessa bolag inte uppfyllt skall-kravet avseende referenser och deras anbud skulle således rätteligen ha förkastats. Genom att Beställaren kvalificerat och utvärderat anbudsgivare som inte uppfyller kvalificeringskraven har Beställaren trätt LOU för när.

Måleripartner AB:s, LP Måleri i Helsingborg AB:s och Leif Olssons Måleri AB:s anbud har inte någon förteckning över hantverkare. När så många av anbudsgivarna begår samma fel avseende hur anbuden ska utformas för att anbudsgivarna ska kvalificeras, är presumptionen stark för att förfrågningsunderlaget brister i öppenhet och förutsebarhet i enlighet med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Sandås anbud skulle rätteligen ha kvalificerats i upphandlingen. Eftersom Kärnfastigheter angett att de offererade personerna kommer att utvärderas är kravet på CV samt förteckning över två uppdrag inte kvalificeringskrav utan utvärderingskriterier. Att en leverantör inte bifogar uppgifter som ska ligga till grund för utvärderingen utgör inget skäl för att anbudet ska uteslutas från upphandlingen. I stället ska Sandå tilldelas noll poäng i utvärderingen i denna del. Kärnfastigheter har således inte haft någon rätt att utesluta Sandå från upphandlingen, då Sandå uppfyllt kvalificeringskraven. Vidare kan konstateras att de offererade personerna är kända för Kärnfastigheter. Kärnfastigheter är därför väl förtrogna med att de av Sandå offererade personerna uppfyller ställda krav.

Sandå har lidit skada eller kunnat komma att lida skada, bl.a. på grund av att man uteslutits på felaktiga grunder men även då bolaget till följd av bristande transparens i förfrågningsunderlaget inte kunnat utläsa vad som krävs för att kvalificeras. Sandå har således varit förhindrade att avge ett konkurrenskraftigt anbud.

## UPPHANDLANDE MYNDIGHETS INSTÄLLNING OCH ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Kärnfastigheter bestrider bifall till Sandås ansökan och anför bl.a. följande. Kärnfastigheter har förkastat Sandås anbud eftersom anbudet inte uppfyllt ställda kvalificeringskrav. Det framgår inte av Sandås anbud vilken utbildning och erfarenhet som erbjuden personal har genomgått. Vidare uppfyller anbudet inte de krav som Kärnfastigheter ställt på referensuppdragens utförande. De uppställda kraven på personalens kompetens och referensuppdragens utförande strider inte mot proportionalitetsprincipen eller principen om transparens. Alla anbud har behandlats och bedömts på likvärdigt sätt.

I administrativa föreskrifter under AFB.515 punkten b. "Personal- och kompetenskrav" har Kärnfastigheter ställt krav på att entreprenören ska tillhandahålla en projektledare, två målare, en byggarbetsmiljösamordnare och två arbetsplatsansvariga. I punkten föreskrivs vidare vilken kompetens som respektive personalkategori ska inneha. Vidare har i samma punkt angivits att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga

- CV (meritförteckning) som visar erbjuden persons teoretiska utbildning och erfarenhet

- Förteckning över två uppdrag som erbjuden person utfört i projekt åt namngivna externa kunder under den senaste treårsperioden före anbudstidens utgång.

Sandå har i sitt anbud under fliken 7 – CV – bifogat en kodförteckning över genomförda utbildningar, en förteckning över de utbildningar/kurser som personalen genomfört och en lista på teknisk kompetens. Sandå har på sidan 8 i anbudsformuläret angivit den personal som ska arbeta med uppdraget enligt AFB.515 punkten b. Av de förteckningar som Sandå åberopat framgår endast vilka kurser som den erbjudna personen genomgått. Av

förteckningen framgår inte vilken utbildning personalen genomgått utöver angivna kurser eller vilken erfarenhet som personalen besitter. Det har därmed inte varit möjligt för Kärnfastigheter att kontrollera om den erbjudna personen innehar den utbildning och erfarenhet som krävts enligt AFB.515 punkten b. Kärnfastigheter har därför rätteligen förkastat Sandås anbud eftersom anbudet inte uppfyllt uppställt obligatoriskt krav på CV avseende de erbjudna personerna.

Kärnfastigheter har i AFB.515 under punkten c. ställt krav på att anbudsgivaren ska redovisa fyra referenter och sex referensobjekt som ska styrka anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet avseende målningstjänster. Entreprenaderna ska ha utförts tillfyllest i enlighet med avtalade villkor, särskilt med avseende på kontakter och samarbetsformer med beställaren, kvalitet på utförd projektering, kvalitet på utfört arbete, överenskommen budget, dokumentation och överenskomna tider.

Av AFB.515 c. framgår att Kärnfastigheter ska vara en av referenterna om anbudsgivaren har utfört uppdrag åt Kärnfastigheter. Syftet med referensuppdrag som kvalificeringsgrund är att referenten ska kunna styrka anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet i utförda entreprenader. Av AFB.515 c. framgår att referenten kan komma att kontaktas för kontroll. Det har sålunda inte varit något krav i förfrågningsunderlaget att referenterna ska kontaktas. I stället har Kärnfastigheter angivit att referenten kan komma att kontaktas om behov av kontroll finns. Kravet på referensuppdrag för kvalificering av företaget i AFB.515 c. är ett kvalificeringskrav. Referensuppdragen har inte poängsatts. I stället har frågan varit om uppdragen har utförts tillfyllest i enlighet med avtalade villkor. Har uppdragen utförts tillfyllest är anbudsgivaren kvalificerad på denna punkt och i annat fall ska anbudet diskvalificeras.

Samtliga sju anbudsgivare i den aktuella upphandlingen har utfört entreprenader åt Kärnfastigheter under de senaste fem åren. Kärnfastigheter har haft egen erfarenhet av samtliga anbudsgivare och har därför inte kontaktat någon utomstående referent. Kärnfastigheter har funnit att samtliga anbudsgivare utom Sandå uppfyllt kvalificeringskravet i AFB.515 c. Sandå har utfört flera entreprenader åt Kärnfastigheter de senaste fem åren. Kärnfastigheter har därför stor egen erfarenhet av Sandå. Vid utvärderingen av Sandås anbud har framkommit att Sandå i flera fall kraftigt åsidosatt avtalade tider och brustit i föreskriven dokumentationsskyldighet enligt avtalade villkor. Sandå har vid utförande av entreprenader för Kärnfastigheter visat på brister avseende effektivitet och tillförlitlighet. Kärnfastigheter har därvid funnit att entreprenaderna inte utförts tillfyllest i enlighet med avtalade villkor med avseende på kontakter och samarbetsformer med beställaren, kvalitet på utförd projektering, dokumentation och överenskomna tider. Eftersom Sandå inte uppfyllt kraven i AFB.515 c. har Kärnfastigheter rätteligen förkastat anbudet.

Kärnfastigheter bestrider Sandås påstående att Kärnfastigheters avropsmodell är i strid med LOU. Hur avrop ska ske framgår av administrativa föreskrifter AFA.21. Beställaren kan inte välja vilket system som ska väljas. Villkoren är fastställda i förväg.

I administrativa föreskrifterna anges, under punkten AFA.21 att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet erhåller nummer ett o.s.v. I punkten AFB.52 föreskrivs att anbudsgivare kommer att rangordnas efter lägsta fiktiva jämförelsetal. Det är ingen motsättning mellan dessa båda punkter. Det anbud som erhållit det lägsta fiktiva jämförelsetalet utgör även det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kärnfastigheter bestrider att förfrågningsunderlaget strider mot principen om öppenhet och transparens. Kravet att anbudsgivaren ska besitta teknisk



förmåga och kompetens så att uppdrag kan utföras fackmässigt enligt ABT 06 strider inte mot proportionalitetsprincipen.

För att Sandå ska anses ha lidit skada måste Sandå visa att dess anbud inte varit behäftat med någon av de brister som Kärnfastigheter påtalat. Detta har Sandå inte visat. Således är det inte heller visat att Sandå kan komma att lida skada till följd av Kärnfastigheters agerande. Sandå har anfört att anbuden från Lödde Måleri AB, Måleripartner AB och Peter Nielsen Måleri AB inte uppfyllt omsättningskravet. Av Kammarrättens i Jönköping dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11 framgår att en leverantör som uteslutits vid kvalificeringsfasen inte kan betraktas som en presumtiv leverantör. Sandå har därmed inte lidit skada. Vad Sandå anfört om andra anbudsgivares anbud ska därför inte beaktas.

## DOMSKÄL

### Tillämplig lagstiftning

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En förutsättning för ingripande enligt LOU är att den sökande åberopar och också visar att upphandlande myndighet brutit mot LOU på sätt som medfört, eller riskerat medföra, skada för sökanden.

### Förvaltningsrättens bedömning

För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs både att sökanden kan visa att upphandlande myndighet agerat på ett sätt som inte är förenligt

med den upphandlingsrättsliga regleringen och att sökanden till följd av detta agerande lidit eller riskerat att lida skada. Sandås anbud har uteslutits i kvalificeringsfasen i upphandlingen. En anbudsgivare vars anbud rätteligen diskvalificerats kan, enligt förvaltningsrättens mening, normalt sett inte anses lida skada till följd av felaktigheter begångna i ett upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten tar därför inledningsvis ställning till om Sandås anbud rätteligen har diskvalificerats eller inte. Förvaltningsrätten kommer längre ner att utveckla sitt ställningstagande avseende skadebedömningen.

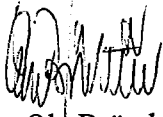
Ett anbud som inte uppfyller uppställda obligatoriska krav i en upphandling ska förkastas, förutsatt att kraven som sådana är tillåtna. Sandås anbud har diskvalificerats eftersom anbudet inte ansetts uppfylla kravet på att bifoga CV över erbjudna personers utbildning och erfarenhet och inte heller kravet på referensuppdrag som utförts ”tillfyllest”.

Av förfrågningsunderlagets punkt AFB.515 b. framgår vilka personal- och kompetenskrav upphandlande myndighet har uppställt i upphandlingen. Vidare framgår tydligt att CV som visar erbjuden persons teoretiska utbildning och erfarenhet ska bifogas anbudet för de personer som enligt punkten ska tillhandahållas. Kravet på att CV ska bifogas anbudet framgår även av anbudsformuläret. Syftet med kravet på att bifoga CV är givetvis att upphandlande myndighet ska ha möjlighet att kontrollera att de personal- och kompetenskrav som uppställts är uppfyllda av de personer som leverantören erbjuder enligt anbudet. Enligt förvaltningsrätten är det uppenbart att kravet på att bifoga CV utgör ett obligatoriskt krav. Den av Sandå bifogade handlingen CV visar inte erbjudna personers teoretiska utbildning och erfarenhet. Kärnfastigheter har därmed haft fog för att diskvalificera Sandås anbud. Vid detta förhållande saknas anledning för förvaltningsrätten att i sak ta ställning till om Kärnfastigheter haft fog för att diskvalificera Sandås anbud även med hänvisning till kravet på referensuppdrag som utförts tillfyllest.

Såsom inledningsvis nämnts kan, enligt förvaltningsrättens mening, en anbudsgivare som rätteligen fått sitt anbud förkastat i kvalificeringsfasen normalt sett inte anses lida, eller riskera att lida, skada till följd av felaktigheter i ett upphandlingsförfarande, oavsett om det rör sig om ett fel i förfrågningsunderlaget (som inte har något samband med diskvalificeringsgrunden) eller fel på så sätt att den upphandlande myndigheten inte har beaktat att även en annan anbudsgivares anbud borde ha uteslutits. Kammarrätten i Jönköping synes mena att en diskvalificerad anbudsgivare aldrig kan anses lida skada i den mening som avses i LOU, eftersom en sådan anbudsgivare inte längre är att betrakta som en presumtiv leverantör (mål nr 3307-11). Kammarrätten i Göteborg har däremot funnit att en anbudsgivare som rätteligen förkastats kan anses lida skada om det i den aktuella upphandlingen endast finns två anbudsgivare och även den andra anbudsgivaren borde ha förkastats (se t.ex. mål nr 4610-10, 6966-11 och 6969-11). Förvaltningsrätten ansluter sig till den av Kammarrätten i Göteborg gjorda bedömningen att en anbudsgivare vars anbud rätteligen har diskvalificerats måste anses kunna lida skada om det endast finns en annan anbudsgivare och även denne borde ha fått sitt anbud diskvalificerat. Förvaltningsrätten anser vidare att en anbudsgivare som rätteligen fått sitt anbud förkastat bör kunna anses kunna lida skada även i de fall då det finns fler än en anbudsgivare som kvalificerats, förutsatt att sökanden kan visa att samtliga dessa också rätteligen borde ha förkastats.

I nu aktuell upphandling har fyra leverantörer antagits, LP Måleri AB, Stoby Måleri AB, Leif Olssons Måleri AB och Lödde Måleri AB. Sandå har anfört att Stoby Måleri AB och Lödde Måleri AB eventuellt inte uppfyller referenskravet och att Lödde Måleri AB inte uppfyller omsättningskravet. Eftersom Sandås anbud rätteligen har förkastats och Sandå inte visat, eller ens påstått, att samtliga antagna leverantörer också rätteligen borde ha förkastats kan Sandå inte anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada. Yrkandet om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Ola Brändström



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 uppge 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 3109/1B LOU