



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

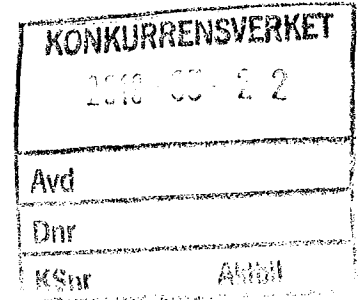
DOM
2018-05-22
Meddelad i Linköping

Mål nr
1139-18

SÖKANDE

Front Advokater AB, 556692-2208
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

Ombud: Advokat Roland Adrell och jurist Beata Fahlvik
Adress som ovan



MOTPART

Upphandlingscenter, Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen,
222000-2527
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 328967

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upphandlingscenter, Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen (Beställaren), genomför en ramavtalsupphandling av juridiska tjänster med kommuner och kommunala bolag som avropande enheter. Upphandlingen ombesörjs i form av ett förenklat förfarande. Fem anbudsgivare lämnade anbud i upphandlingen, däribland Front Advokater AB (Bolaget). Enligt upprättad upphandlingsrapport av den 6 februari 2018 har Beställaren bedömt att Bolagets anbud inte uppfyller samtliga krav som uppställts i upphandlingsdokumentet varför anbudet förkastats. Beställaren har samma dag i en precisering till Bolaget angett att bristen består i att ett åberopat referensuppdrag inte avsett juridiskt arbete i samband med ett större infrastrukturprojekt.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att dess anbud inte på av Beställaren angivna skäl ska förkastas. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT**Bolaget**

Som referensuppdrag 1 angav Bolaget ett uppdrag för Swedavia AB. Bolaget agerade ombud för Swedavia i prövningen om ett nytt miljötillstånd till flygplatsverksamheten vid Stockholm Arlanda Airport. Skälet till att förkasta Bolagets anbud är att kravet på uppdrag ”i samband med ett större infrastrukturprojekt” inte är uppfyllt. Detta bestrids. Det finns ingen legal definition på begreppet ”infrastrukturprojekt” och mot bakgrund därav åligger en särskilt stor försiktighet för upphandlande myndigheter som har för avsikt att lägga ett sådant begrep till grund för förkastande av ett anbud. Det

kan inte vara uppenbart att begreppet infrastrukturprojekt enbart avser en större ny-, till eller ombyggnad av infrastruktur på det sätt som Beställaren gör gällande. Ett infrastrukturprojekt kan därutöver bestå av mycket annat, t.ex. reparation och underhåll av befintlig infrastruktur eller förarbeten inför en kommande expansion. Upphandlingscenters avgränsning av begreppet framgår inte av upphandlingsdokumenten. Att någon legaldefinition inte finns tydliggörs av att begreppet förklaras på olika sätt i de lagstiftningar som Beställaren redogjort för. Om det tydliggjorts att referensuppdraget skulle ges den betydelse som Beställaren hävdar hade Bolaget kunna hänvisa till ett annat referensuppdrag.

Begreppet infrastrukturprojekt i Referensuppdrag 1 måste rimligen syfta till uppdragsgivarens infrastrukturprojekt och ingenting annat. I den bredaste definitionen innefattar infrastruktur samtliga tillgångar och nyttigheter som tillsammans skapar förutsättningar för ett fungerande samhälle. Det torde vara uppenbart att en flygplats utgör infrastruktur och att ett projekt syftande till att utöka verksamheten på Sveriges största flygplats utgör ett sådant projekt som uppfyller kriteriet i upphandlingen. Bolagets rådgivning har haft ett direkt samband med infrastrukturprojektet. Upphandlingen avser juridiska tjänster och så länge anbudsgivarens refererade uppdrag har samband med ett större infrastrukturprojekt är kravet uppfyllt. Det går inte att sätta likhets-tecken mellan juridiskt arbete och infrastrukturprojekt. I kravet på Referensuppdrag 1 exemplifieras till och med miljö rätt som möjligt rättsområde vad gäller det juridiska arbetet. Beställarens egen tolkning av kravets innehåll har gått utöver vad som kan anses vara proportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen.

Om det obligatoriska kravet ska tolkas på det sätt som Beställaren gör innebär detta att upphandlingsdokumentet är otydligt och därför står i strid med principerna om likabehandling och transparens. Mot bakgrund av att Beställaren har lagt stor vikt vid den noggrannhet med vilken anbudsgivarna synes

ha sammanställt sina anbud är det uppenbart att Upphandlingscenter frångått upphandlingsdokumentet och därigenom åsidosatt nyssnämnda principer. Vidare har bristerna i upphandlingsdokumentet om hur ”juridiskt arbete i samband med ett större infrastrukturprojekt” ska tolkas, bidragit till ett stort utrymme för godtycke för Beställaren. Vad Beställaren anför avseende möjligheten att ställa frågor under anbudsförfarandet är inte relevant för nu aktuell bedömning. Att tillämpa den begränsade tolkningen av kravet för att förkasta Bolagets anbud strider mot likabehandlingsprincipen.

Om Bolaget rätteligen hade ansetts uppfylla samtliga obligatoriska krav och kvalificerat sig för utvärdering hade Bolaget utifrån sitt anbudspris tilldelats ramavtalet. De brister som förekommit har därför medfört eller i vart fall kan komma att medföra att Bolaget lider skada.

Beställaren

Bolaget har i sitt anbud beskrivit ett uppdrag som avser en ansökan om ett miljöprovningstillstånd avseende en redan befintlig infrastruktur. Eftersom en sådan ansökan inte är detsamma som ett infrastrukturprojekt har Bolaget inte uppfyllt aktuellt krav och Bolagets anbud har därför förkastats. Med normalt språkbruk torde med infrastrukturprojekt avses en större ny-, till- eller ombyggnad av infrastruktur. Detta överensstämmer också med det sätt på vilket uttrycket används i olika lagstiftningar. En legaldefinition av infrastrukturprojekt återfinns i förordning (1998:905) om miljökonsekvensbeskrivningar. I den uppräknade av infrastrukturprojekt som återfinns där förekommer inte ”miljöprovningstillstånd”. Tolkningen av kravet står inte i strid med LOU och de allmänna principerna och om det funnits någon osäkerhet kring betydelsen fanns möjlighet att ställa en fråga under upphandlingsprocessen. Av Bolaget åberopat referensuppdrag handlar inte om någon utbyggnad av Stockholm Arlanda Airport utan om ett nytt miljötilstånd för verksamheten. All juridik som på något sätt anknyter till en infrastrukturan-

läggning kan inte sägas ske inom ramen för ett infrastrukturprojekt. I bilagan Referensuppdrag anges också att det är värdet för just infrastrukturprojektet som efterfrågas. Det är således inte värdet på infrastrukturen som avser utan värdet på just infrastrukturprojektet, dvs. den ny-, till – eller ombyggnad som projektet avser.

I upphandlingsdokumentet ges exempel på större förväntade projekt som ”Ostlänken”, ”Inre hamnen” eller bildande av nya kommunala bolag. Syftet med upphandlingen har således varit att anta en leverantör som bl.a. kan stötta och vara behjälplig i större infrastrukturprojekt, såsom stora järnvägsbyggnationer eller hamnarbeten. Kravet är därför proportionerligt. Något tillkommande krav har inte gjorts genom att anbudet granskats noggrant utan detta har Beställaren gjort utifrån krav i 4 kap. 10 § LOU. Det är av största vikt för de upphandlande myndigheterna – som står inför stora infrastrukturprojekt – att ett av referensuppdraget består av ett infrastrukturprojekt som innefattar juridiska spörsmål som är signifikanta för ett sådant projekt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 19 kap. 2 § LOU som hänvisar till 4 kap. 1 § samma lag följer att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i nämnd 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.

I målet är fråga om tillämpningen av ett obligatoriskt kvalificeringskrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Beställaren anser att Bolaget inte uppfyller kravet alltmedan Bolaget i första hand anser att dess åberopade erfarenhet i aktuellt hänseende uppfyller kravet. I andra hand hävdar Bolaget att kravets utformning i vart fall står i strid med principerna om transparens, proportionalitet och likabehandling.

Av praxis följer att domstolen vid sin prövning inte är bunden av sökandens yrkanden vad gäller val att åtgärd (RÅ 2005 ref 47). Förvaltningsrätten finner därför, alldeles oavsett hur Bolaget valt att utforma sin talan, att de invändningar som avser brister i det konkurrensuppsökande skedet ska prövas först (jfr bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1225-12), dvs. bl.a. om kravets innebörd är tillräckligt tydligt för att uppfylla LOU:s krav.

I kvalificeringskravet rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet framhålls att en kontroll kommer att göras om leverantören har tillräcklig sådan kapacitet för att fullgöra nu aktuellt upphandlingsföremål. Kravet innebär bl.a. att anbudsgivaren ska kunna uppvisa ett referensuppdrag som avser juridiskt arbete i samband med ett större infrastrukturprojekt. Infrastrukturprojektets värde ska uppgå till minst 200 miljoner kr och utredningen i infrastrukturprojektet ska ha omfattat totalt minst 500 timmar. Vad gäller upphandlingsföremålet anges i upphandlingsdokumentet att detta bl.a. innefattar större projekt som inbegriper flera rättsområden och att det är det av största vikt för de Avropande myndigheterna att de kan arbeta med en och samma leverantör. De exempel som ges på sådana större projekt är ”Ostlänken”, ”Inre hamnen” eller bildande av nya kommunala bolag.

Vid en tolkning av upphandlingsdokumentet bör den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde. Ett sådant tolkningsföreträde måste dock tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2225-16).

Det förhållandet att (i) Beställaren i upphandlingsdokumentet särskilt tydligt har uttryckt att tilldelad leverantör inom uppdraget ensamt ska klara av att tillhandahålla juridisk rådgivning i större nya projekt av infrastruktur såsom Ostlänken och (ii) att kravet ifråga innefattar att anbudsgivaren ska precisera det specifika infrastrukturprojektets värde talar enligt förvaltningsrätten för Beställarens uppfattning att begreppet infrastrukturprojekt i upphandlingen innebär att det ska vara fråga om juridisk rådgivning i samband med att en infrastruktur kommer till eller på något sätt av betydelse faktiskt förändras. Några tillräckligt vägande skäl för att kravet ska anses ha en annan innebörd, vara behäftat med en sådan oklarhet att transparensprincipen träffs förnär eller att det med Beställarens tolkning är oproportionerligt utifrån det som upphandlas har enligt förvaltningsrätten inte framkommit. Inte heller är visat i målet att Beställaren, till följd av kravets utformning, givits utrymme för en olikbehandling mellan anbudsgivarna.

Det referensuppdrag som Bolaget åberopat i aktuellt avseende har omfattat processen för att erhålla ett nytt miljötillstånd till flygplatsverksamheten vid Stockholm Arlanda Airport. I Bolagets beskrivning av referensuppdraget i anbudet kan inte utläsas att den juridiska rådgivningen skett i samband med ett infrastrukturprojekt i den mening som beskrivs ovan. Mot denna bakgrund och då inte heller den kontroll av anbudet som skett har gått utöver vad som anges i upphandlingsdokumentet eller i övrigt kan anses stå i strid med LOU har Beställaren förfarit korrekt genom att inte kvalificera Bolaget att delta i konkurrensen om upphandlat tjänstekontrakt. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)

Tomas Kjellgren

Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 provas 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.

