



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-09-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15257-11
Enhet 14

SÖKANDE

WSP Sverige AB, 556057-4880
Arenavägen 7
121 88 Stockholm

Ombud: Advokat Per Sjödin,
Jur. kand. Helena Lundkvist
Advokatfirman Nordia KB
Box 70389
107 24 Stockholm

MOTPART

Riksrevisionen
114 90 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

KONKURRENSVERKET	
2011-09-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 155019

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Riksrevisionen genomför upphandling av ”Konsulttjänster inom transportinfrastrukturuområdet” (dnr 38-1022-0450). Riksrevisionen har enligt tilldelningsbeslut daterat den 15 juli 2011 valt att tilldela andra leverantörer än WSP Sverige AB (WSP) kontrakt. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande.

WSP ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att WSP:s anbud ska upptas till utvärdering. I andra hand yrkar WSP att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför WSP bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud skulle inges i ett pappersoriginal, en papperskopia och i ett elektroniskt exemplar. Något annat krav avseende anbudsinslämningen anser WSP inte att det går att utläsa utifrån utformningen av förfrågningsunderlaget.

De krav som är skallkrav i Riksrevisionens förfrågningsunderlag utvisas således av ett markerat ”skall”, dvs., med en s.k. fet markering av ordet ”skall”. Vidare följs varje skallkrav av ett formulärfält där det förevarande skallkravet på något sätt skall bekräftas eller bekräftas och beskrivas/redovisas, i förekommande fall med bilagor.

Utformningen är densamma genom hela förfrågningsunderlaget, dvs., först redovisas själva skall-kravet och under aktuellt skall-krav återfinns formulärfältet. I punkten 1.13 avseende anbudsinslämning, är det endast de skrivningar som återfinns ovanför formulärfältet som utgör skallkrav i förekommande fall, d.v.s., att anbudet skulle inges i ett pappersoriginal, en papperskopia och i ett elektroniskt exemplar. Detta utvisas av att det där återfinns en fet markering av ordet ”skall” och att det i formulärfältet stadgas ”[b]ekräfta att kraven uppfylls”. De skrivningar som återfinns under

formulärfältet utgör således inte något skall-krav, dels återfinns där inte något fetmarkerat ”skall” (i första meningen återfinns inte ens något ”skall” överhuvudtaget) eller något efterföljande formulärfält att kryssa i. Att anbud skulle lämnas i förseglat anonymt omslag utgör således inte något skall-krav i den förevarande upphandlingen. En ytterligare omständighet som stöder detta är även Riksrevisionens egna agerande vid meddelandet av tilldelningsbeslutet. Som anförts ovan meddelande Riksrevisionen sitt tilldelningsbeslut den 15 juli 2011. Den bilaga 3 som då bifogades tilldelningsbeslutet har, i viss mån, ett annat innehåll än den bilaga 3 som Riksrevisionen senare kompletterande tilldelningsbeslutet med. Denna komplettering skedde efter påtalande från WSP. I den äldre versionen av bilaga 3 stadgas nämligen, avseende nu aktuellt avsnitt, endast följande.

”Anbud skall lämnas i ett (1) pappersoriginal en papperskopia samt CD”
Efter påtalande från WSP, angående att det inte framgick varför WSP:s anbud hade förkastats, kompletterande Riksrevisionen sitt tilldelningsbeslut med en ny bilaga 3, vari nu följande stadgas.

”Anbud skall lämnas i ett (1) pappersoriginal en (1) papperskopia samt CD
Förseglat och anonymt omslag.”

Det synes således som att Riksrevisionen, efter att tilldelningsbeslutet meddelats, lagt till i bilaga 3, såsom skallkrav, att anbud även skulle lämnas i förseglat och anonymt omslag. Även det ovan anförda utvisar att WSP:s uppfattning om skallkravets omfattning är korrekt. Skrivningen avseende att anbud skulle lämnas i förseglat och anonymt omslag utgör inte ett skallkrav i upphandlingen. WSP är av uppfattningen att det i vart fall inte på ett klart och tydligt sätt framgår att det är fråga om ett skallkrav. Förfrågningsunderlaget är således oklart och otydligt i sin utformning, vilket bör medföra att aktuella skrivningar inte ska beaktas som skallkrav. Förfrågningsunderlaget är således oklart och otydlig i sin utformning, vilket

bör medföra att aktuella skrivningar inte skall betraktas som något skallkrav. Att en upphandlande myndighet formulerat ett otydligt och oklart förfrågningsunderlag skall nämligen inte läggas anbudsgivarna till last. I det förevarande fallet har det inte gått att utläsa att de aktuella skrivningarna är att betrakta som ett skallkrav ej något fetmarkerat "skall" och inte heller någon kryssruta att fylla i och oavsett om förvaltningsrätten skulle finna att skrivningarna är att betrakta som ett skallkrav, skall skallkravet således inte beaktas i den förevarande upphandlingen. I detta avseende strider således förfrågningsunderlagets utformning och Riksrevisionens agerande mot öppenhetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

WSP lämnade in sitt anbud ett pappersoriginal, en papperskopia och en elektronisk kopia genom att en person hos WSP, den 14 juli 2011, personligen överlämnade anbudet på den adress som Riksrevisionen uppgett i förfrågningsunderlaget. Anbudet återfanns därvid i två förseglade pärmar. Pärmarna var helt anonyma. Det framstår således som uppenbart felaktigt om WSP inte skulle anses ha uppfyllt kravet gällande att anbud skulle lämnas i anonymt förseglat omslag.

Riksrevisionen bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Den 14 juni 2011 lämnade WSP in anbud i Riksrevisionens reception. Anbudet lämnades i form av två plastpärmar vars yttersidor hölls ihop med två bitar genomskinlig kontorstejp. På pärmarnas utsidas angavs Riksrevisionens namn, adress och diarienummer. På varje pärm satt två tejpbitar som höll ihop pärmen. Tejpbitarna var vanlig genomskinlig kontorstejp och kunde lätt tas bort och sättas tillbaka, eller enkelt ersättas med ny, utan att det skulle märkas. Det stod inte något företagsnamn utanpå pärmarna, men trots tejpens som skulle hålla ihop pärmarna gick det att från pärmarnas kortsida enkelt se de papper som satt inne i pärmarna och där utläsa både

WSP:s namn och att det var fråga om anbud i upphandling. Detta innebar att anbudet varken var förseglat eller anonymt utan i princip ett ”öppet” anbud där det framgick att det var fråga om anbudsgivning och att WSP var den som lämnat anbudet.

Krav på att anbud ska inges i förseglat och anonymt omslag framgår tydligt av anbudsinbjudan avsnitt 1.13. Stycket är tydligt formulerat och även om ordet ”skall” inte är skrivet i fetstil utgör kravet ett otvetydigt skallkrav i upphandlingen. Läsanvisningarna i Anbudsinbjudan, anger inte heller att skallkrav alltid åtföljs av formulärfält. Anbudsinbjudan innehåller flera skallkrav som saknar formulärfält. Formulärfältens primära funktion är att underlätta utvärderingen och öka tydligheten med hjälp av särskild bekräftelse. Skallkrav utan formulärfält är ofta sådana som de facto kan konstateras när anbud kommer in till myndigheten.

Det framgår av 9 kap. 7 § LOU att anbuden måste ges in på sådant sätt att ingen kan ta del av dem innan anbudsöppningen och att den upphandlande myndigheten inte får ta del av innehållet i anbuden förrän tidsfristen för att komma in med anbud har gått ut. Enligt samma bestämmelse ska anbuden också öppnas samtidigt vid en förrättning där minst två personer deltar. Enligt 19 kap. 3 § Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) gäller absolut sekretess för samtliga anbudshandlingar fram till tilldelningsbeslut. Enda möjligheten att i praktiken säkerställa sekretessen är att ställa krav på att anbud inges i förseglat och anonymt omslag.

I telefonsamtal mellan upphandlingsansvarig på Riksrevisionen och representant för WSP har WSP uppgivit att de aldrig tidigare lämnat anbud i kuvert eller kartong. Skälet till att WSP gjorde annorlunda i detta fall menade WSP var att de råkat i tidsbrist. WSP har också i telefon uppgivit att de var medvetna om att de tog en risk med att lämna anbudet på så sätt som

skedde, men menade att de gjorde bedömningen att de var de själva som i så fall kunde drabbas och att de var beredda att ta den risken.

I samband med att tilldelningsbeslutet publicerades lades av misstag ut ett ofärdigt dokument rörande kvalificeringen. Det riktiga kvalificeringsdokumentet var redan upprättat eftersom det låg till grund för tilldelningsbeslutet, men av misstag lades fel dokument ut på Allego. Av misstag lades ett ofärdigt dokument under omarbetning istället för det riktiga. Efter påpekande av WSP, som per telefon uppgav att de själva gjorde tolkningen att de publicerade dokumentet var ett ofärdigt dokument, lades istället det riktiga dokumentet ut. WSP fick också i samband med telefonsamtalet information om att felaktigt dokument lagt ut och att det riktiga dokumentet som låg till grund för beslutet skulle läggas ut. Att acceptera att anbud lämnas in utan att de är förseglade eller anonyma torde strida mot såväl LOU och EU-rättsliga krav som mot likabehandlingsprincipen.

WSP anför i genmäle bl.a. följande. Det finns inte några regler i vare sig bakomliggande EU-direktiv eller LOU, OSL eller TF som ålägger en anbudsgivare att ge in sina anbud i förseglade anonyma omslag eller på sådant sätt att ingen kan ta del av dem innan anbudsöppningen. De bestämmelser som Riksrevisionen hänvisar till berör endast myndighetens agerande avseende anbudshandlingar efter att anbudsgivare lämnat in anbud till myndigheten.

Det är ostridigt mellan parterna att en pärm är att betrakta som omslag och att tvist inte föreligger i detta avseende. Det ska dock framhållas att ett omslag per definition är ett hölje eller dylikt, för förvarande av handlingar eller för att hålla något samlat. En pärm är således ett omslag.

Förvaltningsrätten har den 29 augusti 2011 i beslut avslagit WSP:s yrkande om muntlig förhandling i målet.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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.

I 9 kap. 7 § LOU stadgas följande. Den upphandlande myndigheten får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut. Försändelser med anbud skall, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten skall delta. Anbuden skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.

I 16 kap. 5 § stadgas 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 har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten vill först inledningsvis ange att förvaltningsrätten fäster tilltro till Riksrevisionens uppgift om att vilket dokument som var det riktiga kvalificeringsdokumentet och som låg till grund för tilldelningsbeslutet.

Den aktuella upphandlingen avser ramavtal för konsulttjänster avseende kvalificerad analys, uppföljning, utvärdering och rådgivning inom områdena transportinfrastruktur och trafik samt anknytande regional tillväxt och hållbar utveckling. Det framgår av punkten 1.8 i förfrågningsunderlaget

bl.a. att förutsättning för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att skallkraven är uppfyllda. Av tilldelningsbeslutet framgår att WSP:s anbud uteslutits från prövning på den grunden att anbudet inte ansetts uppfylla i förfrågningsunderlaget angivna kravet på förseglat och anonymt omslag.

WSP har gjort gällande att kravet avseende att anbud ska lämnas i omslag inte utgör något skallkrav i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det av punkten 1.13 i förfrågningsunderlaget att anbud lämnas i förseglat omslag och det är ett skallkrav att omslag skall vara anonymt. Det är också ett skallkrav att anbud ska lämnas i ett pappersoriginal, en papperskopia och en elektronisk kopia med läsbara filer i MS Word, MS Excel eller PDF-format.

Den förta frågan att ta ställning till är om det i punkten 1.13 i förfrågningsunderlaget angivna att ”anbudet lämnas i förseglat omslag” är att anse som ett skallkrav eller inte. Förvaltningsrätten kan konstatera att det varken står ”skall” eller ”bör”. Kravet om hur anbudet ska ges in bör ses i ljuset av bestämmelsen i 9 kap.7 § LOU. Den bestämmelsen är visserligen riktad till den upphandlande myndigheten och inte anbudsgivarna men bör ändå ha viss betydelse i tolkningsfrågan. Innehållet i bestämmelsen talar för att en anbudsgivare borde kunna förstå att den upphandlande enheten tänkt sig kravet att anbudet ska lämnas i förseglat omslag som ett skallkrav. Därtill kommer den typ av krav som här avses inte naturligen kan ses som ett ”börkrav”. Förvaltningsrätten anser att det måste anses ha varit obligatoriskt för anbudsgivarna att lämna anbuden i förseglat omslag. Det är också helt klart att Riksrevisionen som ett skallkrav har angivit att anbudet ska vara anonymt.

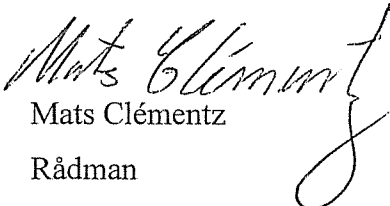
Ostridigt i målet är att WSP har lämnat anbud i form av två pärmar märkta med diarienummer och adressuppgifter. Förvaltningsrätten bedömer att

Allmänna avdelningen

anbudet, som endast består av två pärmar fasthållna endast med genomskinlig tejp, som lätt kan avlägsnas och sättas tillbaka, inte kan anses vara ett anbud som är lämnat i ett förseglat skick. Därför kan det inte heller anses ha lämnats anonymt. Förvaltningsrätten anser därför att Riksrevisionen vid utvärderingen av WSP:s anbud, förfarit på ett korrekt sätt och inte avvikit från de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven. Skäl att förekasta WSP:s anbud förelåg därför vid tiden för tilldelningsbeslutet.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Riksrevisionen har inte agerat i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna genom att inte låta WSP:s anbud gå vidare i utvärderingsfasen. WSP:s ansökan ska således avslås.

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


Mats Clémentz
Rådman

Föredragande har varit Josephine Wilson



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. 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 3109/1A LOU