



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-02-21

Meddelad i Stockholm

Mål nr

28519-18

SÖKANDE

Roland Anderssons Bygg Aktiebolag, 556284-9090

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen samt
biträdande juristerna Sofia Nordberg och Viktor Robertson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Svenska Bostäder AB, 556043-6429
Box 95
162 12 Vällingby

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-02-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 1069269

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd32.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Svenska Bostäder AB (Svenska Bostäder) genomför en upphandling av ramavtal för avrop av byggarbeten, dnr 18/52 enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 7 december 2018 antogs tre andra anbud än det från Roland Andersson Bygg Aktiebolag, däribland Skanska Direkt AB (Skanska).

Roland Anderssons Bygg Aktiebolag (Bolaget) yrkar *i första hand* att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs med beaktande av Bolagets anbud, men utan beaktande av anbuderna från Skanska och Mälardrottningen Bygg & Fastighet AB (Mälardrottningen). *I andra hand* yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för förstahandsyrkandet anförs bl.a. följande. Svenska Bostäder har inte haft fog för att förkasta Bolagets anbud. Bolagets referent har svarat fel på frågan om det aktuella referensuppdraget avsett återkommande avrop av byggarbeten i flerbostadshus, vilket utgjort ett obligatoriskt krav. Referenten hade vid referenstagningen inte definitionen av flerbostadshus klar för sig och har senare bekräftat att referensuppdraget avsett just det efterfrågade. Därmed har både referensuppdraget och Bolagets anbud uppfyllt samtliga obligatoriska krav redan vid tidpunkten för anbudslämnande och skulle ha tagits upp till utvärdering när de korrekta förhållandena uppdagades efter tilldelningsbeslutet. I annat fall är utfallet i upphandlingen inte materiellt riktigt. Därutöver har Svenska Bostäder brutit mot öppenhets- och likabehandlingsprincipen genom att utvärdera anbuderna från Skanska och Mälardrottningen, trots att de brister i kravuppfyllnad av det lagstadgade kravet på att inge en särskild försäkran om att det saknas grund för uteslutning enligt 13 kap. LOU beträffande de företag, vars kapacitet åberopas. Svenska Bostäder har heller inte haft rätt att - efter anbudens inlämnande - begära in en sådan försäkran från bolagen i fråga, eftersom LOU endast medger komplettering av en redan

inlämnad försäkran. Vidare har Skanska enbart gett in uppgifter avseende moderbolagets årsomsättning, vilket inte uppfyller det obligatoriska kravet på att styrka sin egen årsomsättning. Dessutom har Mälardrottningen inte lämnat någon information avseende sitt ena obligatoriska referensuppdrag på det sätt som föreskrivits, utan har endast redogjort för vissa enskilda avrop på fel plats i anbudet. Dessa omständigheter borde ha medfört att både Skanskas och Mälardrottningens anbud förkastats. Hade Bolagets anbud utvärderats, och de andra två anbuden förkastats, skulle Bolaget, som skulle ha placerat sig på femte plats i utvärderingen, tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolaget har därmed lidit skada. Till stöd för andrahandsyrkandet anförs att Svenska Bostäder, genom att utvärdera anbuden från Skanska och Mälardrottningen trots vad som ovan anförts, brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling. Upphandlingens konkurrensuppsökande skede har därmed skadats och upphandlingen ska göras om. Genom att fråntas möjligheten att lämna anbud i en ny upphandling, riskerar Bolaget att lida skada. Skäl för ingripande från domstolens sida föreligger därmed.

Svenska Bostäder anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Anbudsgivarna har haft att redovisa två referensuppdrag avseende återkommande avrop av byggarbeten i flerbostadshus. Som en del av kvalificeringsprocessen skulle en referent anges för att verifiera kravuppfyllnad. Vid referenstagning svarade den av Bolaget utsedda referenten, att uppdraget inte omfattat återkommande avrop av byggarbeten i flerbostadshus. Tilldelningsbeslutet grundades på den information som fanns att tillgå vid beslutstillfället, varför Bolagets anbud förkastades. Först därefter fick Svenska Bostäder information om att referenten svarat fel på den aktuella frågan. Svenska Bostäder har utgått från att referenten lämnat korrekta uppgifter och har inte haft något ytterligare utredningsansvar i frågan. Att ompröva det redan meddelade tilldelningsbeslutet, skulle innebära att det saknas värde i referenstagningen under kvalificerings- och utvärderingsfasen och

det skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Bolagets invändning att referenten missuppfattat begreppet "flerbostadshus" saknar relevans. Begreppet är välkänt och vedertaget. Bolaget har fritt kunna välja referensperson och det måste ligga i en normalt omsorgsfull anbudsgivares intresse att kontrollera med åberopad referent, att denne är väl insatt i uppdraget i fråga och kan verifiera dess omfattning. Bolagets anbud har således rätteligen förkastats. Vidare har både Mälardrottningen och Skanskas anbud uppfyllt upphandlingens samtliga obligatoriska krav. Mälardrottningen har inte beskrivit referensuppdrag nr 2 under punkten A2.2a i anbuudsformuläret, men har bekräftat kravuppfyllnad och lämnat uppgifter om referensavrop under punkten A2.2b, vilket även verifierats av referent. Något krav på hur beskrivningen av referensuppdraget skulle utformas finns inte och kravet har därmed uppfyllts. Vidare har Skanska styrkt sin egen årsomsättning genom att ge in moderbolagets uppgifter, för vilket Skanska driver rörelse i kommission. Slutligen har Svenska Bostäder, med stöd av 15 kap. 3 § LOU, haft rätt att - efter tilldelningsbeslutet - begära in en egen försäkran om att de företag, vars kapacitet Mälardrottningen respektive Skanska åberopat, inte omfattas av någon uteslutningsgrund i 13 kap. LOU. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas skäl att göra om utvärderingen som sådan eller upphandlingen i dess helhet. Bolaget har under alla förhållanden inte lidit någon skada, eftersom Bolagets anbud prismässigt placerades på femte plats i utvärderingen och endast tre anbudsgivare tilldelades kontrakt. Det innebär att Bolaget ändå inte skulle ha kunnat tilldelas ramavtal i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter m.m.

Svenska Bostäder är ett kommunalt bolag och därmed en upphandlande myndighet, 1 kap. 18 och 22 §§ LOU.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU, eller någon annan bestämmelse i lagen, och detta har medfört att en leverantör 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. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5).

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som getts in av en leverantör samt får tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling, så länge åtgärden är förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. Av förarbetena till bestämmelsen framgår bl.a. följande. Av likabehandlingsprincipen följer att ett anbud som utgångspunkt inte får ändras när tidsfristen för att ge in handlingen löpt ut. Initiativet till rättelse, förtydligande eller komplettering kan komma antingen från leverantören eller från myndigheten. Myndigheten är dock inte skyldig att tillåta en åtgärd som begärs av en leverantör. Om en sådan åtgärd tillåts följer av likabehandlingsprincipen att

andra leverantörer ska ges motsvarande möjlighet. Möjligheten att ersätta tidigare lämnade uppgifter regleras genom möjligheten till rättelse. Det innebär i formell mening att redan lämnade uppgifter ändras. I reell mening är emellertid ett anbud oförändrat efter en rättelse (prop. 2015/16:195 sid. 976 ff.).

Har Svenska Bostäder haft fog för att förkasta Bolagets anbud?

Av de administrativa föreskrifterna framgår under punkten 2.2a Referensuppdrag att anbudsgivarna har haft att redovisa två referensuppdrag, vilka omfattat återkommande avrop av byggarbeten i flerbostadshus och som skulle verifieras av en av leverantören utvald referent. Bolagets referent har i svarsformulär till Svenska Bostäder svarat nekande på frågan om det av Bolaget åberopade referensuppdraget omfattat återkommande avrop av byggarbeten i flerbostadshus. Med anledning härav, har Bolagets anbud förkastats i tilldelningsbeslutet den 7 december 2018. I e-post till Svenska Bostäder den 11 december 2018 har Bolaget påtalat att dess referent missförstått definitionen av begreppet flerbostadshus, vilket också skriftligen bekräftades av referenten. Bolaget uppgav att anbudet därför har uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

I en upphandling utgör svar från åberopad referent en del av leverantörens anbud. Det är i målet utrett att Svenska Bostäder, vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet, har haft referentens svarsformulär att tillgå vid bedömningen av anbudets kravuppfyllnad. Däremot har Svenska Bostäder inte haft vetskap om att vissa uppgifter varit felaktiga. Först efter tilldelningsbeslutet påtalade Bolaget det. När en upphandlande myndighet bedömer om ett anbud uppfyller ställda krav, är utgångspunkten att anbudsgivaren lämnat korrekta uppgifter - så länge omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta uppgifterna i fråga. Upphandlande myndigheter har därför normalt inte något mer långtgående kontrollansvar

än vad som följer av de krav, som ställts i upphandlingsdokumenten (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 18 november 2018 i mål nr 2256-16). Obligatoriska krav ska som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsinlämnande och det finns ingen möjlighet för en anbudsgivare att på eget initiativ rätta eller komplettera ett anbud efter anbudstidens utgång, eftersom en sådan åtgärd måste tillåtas av myndigheten. Om upphandlande myndighet bedömt att det inte föreligger skäl att ge anbudsgivaren tillfälle till åtgärden, är det i princip inte möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav (jfr HFD 2016 ref. 37 samt t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom 16 februari 2015, mål nr 6249-14).

Då inget annat framkommit än att Bolaget haft att uppfylla upphandlingens samtliga obligatoriska krav vid tidpunkten för anbudsinlämnandet, är de uppgifter som Svenska Bostäder haft att tillgå vid denna tidpunkt avgörande vid bedömningen av kravuppfyllnaden. Referentens uppgifter har inte gått att tolka på annat sätt, än att Bolagets referensuppdrag inte uppfyllt det aktuella obligatoriska kravet. Bolaget har inte heller visat att Svenska Bostäder har haft anledning att ifrågasätta referentens uppgifter. Anbudet har därför varken vid tidpunkten för anbudsinlämnandet eller vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Det är vid dessa förhållanden inte relevant huruvida Bolagets referensuppdrag i praktiken uppfyllt kravet eller inte. Bolaget har heller inte haft rätt att, utan Svenska Bostäder tillåtelse, ändra de felaktiga uppgifterna i anbudet. Anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav, ska som regel inte beaktas vid utvärderingen.

Eftersom Bolagets anbud inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, och då inget annat framkommit av utredningen i målet, har Svenska Bostäder således haft fog för att förkasta Bolagets anbud.

Övriga frågor

Bolaget har även gjort gällande att anbuderna från Skanska respektive Mälardrottningen inte borde ha utvärderats, eftersom de inte uppfyllt vissa obligatoriska krav.

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt LOU, krävs att Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. Förvaltningsrätten har i det föregående funnit att Bolaget rätteligen uteslutits från upphandlingen i kvalificeringsfasen. Med anledning härav finner förvaltningsrätten att det inte är visat att Bolaget lidit skada på grund av att en annan anbudsgivares anbud utvärderats och antagits. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att pröva vad Bolaget anfört i dessa delar.

Bolaget i andra hand gjort gällande att det har lidit skada med anledning av att Skanska och Mälardrottningens anbud felaktigen har utvärderats, att Svenska Bostäder därmed har skadat det konkurrensuppsökande skedet samt att upphandlingen ska göras om så att Bolaget ges möjlighet att inge ett nytt, korrekt, anbud. Bolaget har inte gjort gällande att det förelegat fel i upphandlingsdokumenten och har inte heller påvisat något fel i det konkurrensuppsökande skedet. Eftersom förvaltningsrätten i det föregående har konstaterat att Svenska Bostäder haft fog för att förkasta Bolagets anbud, kan inte heller det som Bolaget anför i sitt andrahandsyrkande föranleda att Bolaget lidit någon skada. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att pröva vad Bolaget anför i denna del och det finns således heller inte skäl för ingripande på denna grund.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte föreligger några skäl för ingripande i upphandlingen, varför Bolagets ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Renman

Tf. rådman

Avital Belchatowski har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

