



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**

2017-04-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

20901-16

**SÖKANDE**

1. Klätterbaronen Trädarbeten AB, 556911-2369

2. Naturskog AB, 556620-8012

3. Svenska Trädmästarna AB, 556745-6750

Ombud för 1- 3: Jur.kand. Jesper Burman

JB Juridik AB

Box 109

121 22 Johanneshov

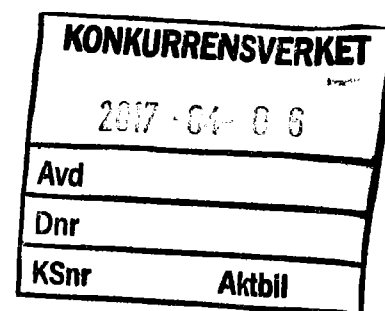
**MOTPART**

Nacka kommun

131 81 Nacka

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 824710

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

E-post: [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag-fredag

08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för trädttjänster 2016, Dnr NTN 2016/341. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för öppet förfarande vid upphandling av tjänster i enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kommunen beslutade i ett rättat tilldelningsbeslut den 20 september 2016 att tilldela annan anbudsgivare än Klätterbaronen Trädarbeten AB, Naturskog AB och Svenska Trädmästarna AB (bolagen) kontraktet.

**Bolagen** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till grund för sin ansökan anför bolagen att kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det har skett då kommunen antagit anbud vars giltighetstid gått ut. Vidare genom att kommunen har utfört en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget utan att med skälig tid förlänga anbudstiden. Slutligen har kommunen brutit mot bestämmelserna genom att tillämpat en utvärderingsmodell som är godtycklig och oförutsägbär.

**Kommunen** anser att ansökan ska avslås. Till grund för sin inställning anför kommunen följande. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga ska den sökande visa att han har lidit, eller kan komma att lida, skada av den eller de brister som påtalas. Bolagen har uteslutits från upphandlingen i kvalificeringsfasen och kan inte anses som en presumtiv leverantör och därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Vidare har ingen bestämmelse i LOU eller principerna i lagen trätts förnär i upphandlingen.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig i målet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska också principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. För att ett ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU ska bli aktuellt krävs också att den sökande lidit eller kan komma att lida skada på grund av de brister som förekommit. Det är inte tillräckligt att den sökande anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan den sökande ska visa att så är fallet (jfr HFD 2013 ref. 53).

Då kommunen anfört att bolagen inte kan anses lida skada i den mening som avses i LOU prövar förvaltningsrätten först om bolagen uppfyller skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU.

**Skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU**

När det gäller bolagens skada har **kommunen** anfört i huvudsak följande. I upphandlingen ställdes krav på referenser avseende två likartade uppdrag per delområde. Syftet var att styrka att kravet på erfarenhet var uppfyllt. Bolagens anbud har förkastats på två av varandra oberoende grunder. Enligt krav i upphandlingen avseende delområde 3 ska entreprenören transportera avverkat material till eget upplag och förbinda sig att omhänderta och sälja materialet efter överenskommelse med beställaren. Det framgår av referensformuläret att referenspersonerna inte får vara i jävsförhållande till anbudsgivaren och det framgår även att referenspersonerna ska ha varit vidtalade. Av bolagens anbud framgår att det är Hans Andersson Recycling AB som är underleverantör. Bolagen har preciserat att det är Hans Andersson Recycling AB som kommer att anlitas för uppköp av avverkat material, men oavsett detta är det en angiven underleverantör för upphandlingen. Det är Hans Andersson Recycling ABs arbete som utvärderats i referensuppdraget vad gäller utförande av transport, omhändertagande, hantering samt uppköp av materialet. Bolaget som skulle ha betygsats i referensuppdraget, Klätterbaronen Trädarbetaren AB, har enbart tillhandahållit lagringsplats.

Anbudet förkastades mot bakgrund av att underleverantören, Hans Andersson, även är referensperson vilket innebär att underleverantören tillika referenspersonen betygsätter sitt eget arbete samt har ett direkt ekonomiskt intresse i att anbudsgivaren vinner upphandlingen. Syftet med referensuppdrag är att visa att anbudsgivaren har erfarenhet och kompetens att utföra uppdraget. Därmed måste det vara en utomstående som inte är i jävsförhållande med anbudsgivaren som lämnar referensomdöme. Det är inte visat att Klätterbaronen AB har erfarenhet av de olika delmomenten i uppdraget.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att Nacka kommun ska anges som referens om det är ett liknande uppdrag. Av uppdragsbeskrivningen i refe-

rensbilagan framgår att uppdraget enbart omfattat uthyrning av mark. Enligt omfattningen för upphandlingen framgår att upphandlingen även ska omfatta transport av avverkat material samt omhändertagande och försäljning av flis och kross. Referensuppdraget är därmed inte att anse som likvärdigt. Referenspersonen ansvarar för logistiken, det vill säga transporten, vilket innebär att referenspersonen även i detta uppdrag betygsätter sig själv. Därutöver, eftersom bolagen inte fakturerar, har inte frågorna i referensbilaga 5-7 besvarats. Referensuppdraget från Nacka kommun var inte likvärdigt men frågorna hade inte heller besvarats och referensomdömet var ofullständigt. Kravet i upphandlingen är därmed inte uppfyllt. Kommunen är förhindrad att pröva anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Anbudet har därmed rätteligen förkastats.

**Bolagen** anför bl.a. följande. Anbudet och bolagens två referenser har helt förkastats med hänvisning till att uppdragen inte visade på likvärdigt arbete och då kommunen på felaktiga grunder antagit att en referensperson är underleverantör. Referensen är inte någonstans angiven som underleverantör, tvärtom har man tydligt pekat på att de inte är underentreprenörer. Däremot en möjlig uppköpare av beställarens material. Referensutlåtandet är avgivet i egenskap av beställare till anbudsgivaren. För den andra referensen, Nacka kommun, var det ett krav att ange Nacka kommun som referens om man har haft uppdrag av kommunen. Den enda delen sökande inte gjort i uppdraget är själva transporten eftersom kommunen skulle utföra den själv. Att man kan köra lastbil och transportera virke har styrkts genom andra bevis och skulle heller inte kvalitetsbedömas i referensformuläret. I övrigt har uppdragen varit liknande. I AF-delen för delområde 3 framgår att det är beställaren som fakturerar entreprenören. Att Nacka kommun inte blivit fakturerade i den refererade tjänsten är därför i enlighet med beskrivning för delområde 3. Att förkasta anbudet av de angivna skälen är därför felaktigt.

Kommunens prövning av referenser för det enda anbud som inte förkastades har varit betydligt mer välvillig. För referens nr 1 delområde 2 har kommunen exempelvis accepterat ett uppdrag omfattande enbart 13 timmar. Endast en anbudsgivare kvalificerades men bolagen är ändå att anses som skadelidande då de fel och brister som påvisats har uppstått redan i det konkurrensuppsökande skedet. Därmed spelar det ingen roll eftersom även presumtiva anbudsgivare har lidit skada.

Vad gäller bedömningen av den vinnande leverantörens referensuppdrag anför **kommunen** bl.a. att det inte är ett krav att uppdragen haft en viss omfattning i tid för att uppdrag ska anses vara likvärdiga. Det viktiga är att de olika momenten i tjänsten genomförts. Det vinnande bolaget har genom sina referensuppdrag visat att det har erfarenhet och kompetens att utföra det uppdrag som upphandlingen omfattar. Båda de lämnade referensuppdragen är att anse som likvärdiga. Eftersom bolagen rätteligen förkastats i kvalificeringsfasen på två av varandra oberoende grunder uppfyller bolagen inte skaderekvisitet enligt LOU och ansökan om överprövning ska avslås.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av utvärderingsrapporten framgår att bolagens anbud diskvalificerades. Som orsak angavs följande: Referensuppdragen som lämnats in i delområde 3 visar inte att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande arbete. En referensperson är i jävsförhållande med anbudsgivaren eftersom han arbetar för ett företag som även är angiven som underentreprenör i anbudet, och därmed kan vinna ekonomiska fördelar om anbudet antas.

I ska-krav 5.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

[...]

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. uppdrag som till sitt innehåll motsvarar denna upphandling. Anbudsgivaren påvisar detta genom att till

anbudet bifoga en referensförteckning. Referensförteckning avseende två likartade uppdrag per delområde ska lämnas. Uppdragen ska ha genomförts under de 5 senaste åren (referensuppgifterna får således inte vara äldre än 5 år). Referenspersonen ska aktivt ha varit involverad eller varit användare/beställare av avtalet. Referenser från beställare som ingår som delägare i anbudsgivarens bolag godtas ej.

Referenspersoner får inte vara i jävsförhållande med anbudsgivaren.

Referenspersoner får inte förekomma i mer än 1 referensuppdrag.

[...]

Av entreprenadföreskrifterna avsnitt AFC.1 kan utläsas att delområde 3 i upphandlingen avser hantering av avverkat material. Vidare anges bl.a. följande angående delområde 3.

[...]

Allt avverkat material är beställarens egendom. Entreprenören transporterar avverkat material till eget upplag och förbinder sig att omhänderta och sälja detta efter överenskommelse med beställaren. Sålida mängder redovisas för beställaren. Beställaren fakturerar entreprenören enligt å-pris för flis/kross. När beställaren behöver flis/kross eller ved för eget bruk anges detta vid beställningen och ersätts enligt å-pris för återköp.

[...]

Bolagen har avseende anbudsområde 3 lämnat in två referensuppdrag.

I det första referensuppdraget finns en referens från företaget Hans Andersson Recycling AB. Av beskrivningen av referensuppdraget framgår att referenspersonen hos referensföretaget själv kör in avverkat material till Klätterbaronen Träarbetaren AB:s mellanlagringsplats där materialet tas emot och lagras innan dess att referensföretaget köper det och sedan ombesörjer hanteringen av materialet genom sönderdelning och transport till värmeverk.

I bolagens anbud anges tre underleverantörer för genomförandet av kontaktet. Utöver dessa anges att för hela delen "flis/kross (som tillfaller beställaren)" kommer någon eller båda av två andra företag att anlitas. Ett av dessa företag är Hans Andersson Recycling AB. Bolagen har vidare uppgett att dessa företag anlitas för uppköp av material vilket genererar en intäkt till

kommunen och att det inte är fråga om underentreprenörer som utför en tjänst som kommunen får betala för.

Förvaltningsrätten kan utifrån beskrivningen av referensuppdraget konstatera att Hans Andersson Recycling AB anges som ett av de två bolag som kan komma att anlitas för uppköp av avverkat material. Det innebär enligt förvaltningsrättens mening att det föreligger ett jävsförhållande mellan referenspersonen, som arbetar vid Hans Andersson Recycling AB, och anbudsgivarna. Vidare att det är referenspersonen och referensföretaget som utfört merparten av uppdraget och inte något av de bolag som lämnat anbudet. Referensuppdraget kan därmed inte anses visa att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande uppdrag gällande anbudsområde 3. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att referensuppdraget inte uppfyller kraven att referenspersoner inte får vara i jävsförhållande med anbudsgivaren samt att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag.

Det andra referensuppdraget är en referens från Nacka kommun. Det är ostridigt att uppdraget inte helt motsvarar upphandlingen då kommunen utfört transporter. I beskrivningen av referensuppdrag anges också att Nacka kommun utan kostnad får köra in avverkat material, dock endast grenar och stammar, till Klätterbaronen Trädarbetarens AB:s mellanlagringsplats. Referenspersonen hos Nacka kommun anges sköta logistiken för de lastbilar som kör materialet medan Klätterbaronen Trädarbetaren AB ansvarar för att vägen är framkomlig och att det finns plats för det material som körs in. Inte heller detta referensuppdrag kan enligt förvaltningsrättens mening anses visa att anbudsgivaren har erfarenhet av uppdrag som liknar det som anges som anbudsområde 3.

Förvaltningsrätten anser således att de sökande bolagens anbud rätteligen har diskvalificerats från deltagande i upphandlingen då det inte uppfyller de krav som ställs i 5.1 förfrågningsunderlaget. Det faktum att ett anbud rätte-



ligen förkastats innebär dock inte nödvändigtvis att bolaget ändå inte kan ha lidit skada. Skada skulle exempelvis kunna föreligga om det vinnande bolaget också rätteligen skulle ha förkastats men inte gjort det och det inte finns några andra anbud som kvalificerat sig till utvärderingsfasen (Jfr kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 665-11).

I förevarande fall har bolagen anfört att det vinnande anbudets referenser har tolkats mer välvilligt och bl.a. pekat på att ett av de angivna referensuppdragen är av en tidsmässigt begränsad omfattning. Förvaltningsrätten tolkar detta som att bolagen anser att även det vinnande bolaget borde ha diskvalificerats. Kommunen har invänt det vinnande anbudets referenser är att anse som likvärdiga och att det inte finns några krav på att referensuppdraget ska ha en omfattning i tid. Förvaltningsrätten anser att det som framkommit i målet angående det vinnande anbudets referenser inte visar att anbudet felaktigt har kvalificerats för utvärdering.

Bolagen har anfört att de, trots att endast ett anbud har kvalificerat sig i upphandlingen, ändå ska anses som skadelidande då de fel och brister som påvisats har uppstått redan i det konkurrensuppsökande skedet. Att en brist uppstått i det konkurrensuppsökande skedet kan medföra att skadan kan vara mer abstrakt beskriven men det innebär inte att den sökande leverantören kan underlåta att konkretisera sin egen skada. Att andra, presumtiva anbudsgivare som inte själva ansökt om överprövning av upphandlingen kan ha kommit att lida skada medför inte heller att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt.

Förvaltningsrätten anser inte att bolagen har konkretiserat på vilket sätt bolagen lidit skada av de påstådda bristerna avseende anbudens giltighetstid, ändringen av förfrågningsunderlaget eller utformningen av utvärderingsmodellen. Det ska här påpekas att bolagens referenser inte alls har prövats mot utvärderingsmodellen då anbudet aldrig kvalificerade sig till utvärdering.

Då bolagens anbud rätteligen har förkastats saknar förvaltningsrätten skäl att pröva vad bolagen anfört avseende de påstådda bristera (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål 3307-11). Överklagandet ska därmed avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lars-Åke Johansson  
Chefsrådman

Madeleine Pettersen har föredragit målet.



# 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.