



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-20
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9054-11
 Enhet 15

SÖKANDE

One Two Sales AB, 556725-5848
 Vretenvägen 2 NB
 171 54 Solna

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms Konserthusstiftelse, 802001-8266
 Box 7083
 103 87 Stockholm

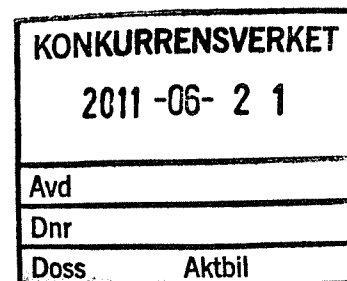
Ombud: Advokat Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms Konserthusstiftelse har genomfört en upphandling av ljudanläggning med tillhörande tjänster. Stockholms Konserthusstiftelse har i tilldelningsbeslut den 19 april 2011, som avsändes till anbudsgivarna via e-post samma dag, beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än One Two Sales AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Stockholms Konserthusstiftelse har vid prövningen av anbuden förkastat bolagets anbud då det i anbudet saknades upplysning om en underleverantörs ekonomiska ställning. Bolaget har otvivelaktigt underlåtit att bifoga den begärda handlingen. Stockholms Konserthusstiftelse har inte följt de riktlinjer som finns i LOU om att leverantörer ska ges möjlighet att komplettera underlag om det handlar om uppenbara misstag eller misstolkningar. Stockholms Konserthusstiftelse har inte kontaktat bolaget under utvärderingen för att begära in den saknade handlingen. Att begära in en sådan komplettering skulle inte medföra särbehandling eller konkurrensbegränsning enligt LOU. Det är däremot konkurrensbegränsande att förkasta ett anbud på denna grund, i synnerhet då endast ett kvarstår för bedömning av ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Dess underentreprenör Soundware, vars ekonomiska ställning inte redovisats enligt anbudsunderlaget, är välrenommerad och bolaget har i anbudet lämnat dess referenser som gäller flera leveranser till Sveriges Television, vilket i sig ger en indikation om att detta är en tillförlitlig leverantör. Anbudet omfattar en totalentreprenad där bolaget är huvudleverantör till Stockholms Konserthusstiftelse, Soundware är en underleverantör till bolaget, inte direkt leverantör till Stockholms Konserthusstiftelse.

Stockholms Konserthusstiftelse bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Bolaget har i sitt anbud angivit att man avser att använda Soundware AB som underleverantör. Bolaget har underlåtit att i sitt anbud bifoga efterfrågad ekonomisk information avseende Soundware AB. Av punkterna 2.3 och 2.6 i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget framgår att efterfrågad ekonomisk information ska bifogas avseende underentreprenör. Då bolaget inte uppfyller ifrågavarande obligatoriska krav har Stockholms Konserthusstiftelse på ett korrekt sätt förkastat bolagets anbud.

I målet är ostridigt att bolaget inte uppfyller det ställda kravet om att anbudsgivare ska ge in den efterfrågade ekonomiska informationen avseende underleverantör. Det finns således ingen ekonomisk information som visar att aktuell underleverantör uppfyller ställda krav. Stockholms Konserthusstiftelse uppfattar det som att bolaget gör gällande att det skulle föreligga en skyldighet för Stockholms Konserthusstiftelse att begära in den aktuella informationen från bolaget och att denna underlåtenhet skulle innebära ett brott mot LOU.

När det gäller frågan om begäran om komplettering och/eller förtydligande från Stockholms Konserthusstiftelses sida så är detta ingen skyldighet utan en möjlighet för den upphandlande myndigheten. Detta framgår av lagens ordalydelse som säger att upphandlande myndighet *får* begära in komplettering eller förtydligande, en möjlighet som i sin tur begränsas på så sätt att begäran kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Tillämpningen ska enligt förarbetena till aktuell paragraf ske restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377).

Aktuellt krav är ett obligatoriskt krav. För obligatoriska krav gäller att vid brist i sådant krav ska ett anbud förkastas. Som jämförelse kan nämnas Kamrarrättens i Sundsvall dom i mål nr 2699-08.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I aktuellt fall gäller att Soundware AB svarar för en viktig del i leveransen. Det har varit av väsentlig betydelse för Stockholms Konserthusstiftelse att kunna kontrollera bolagets ekonomiska status och förutsättningar för att avgöra om anbudsgivaren tillsammans med underleverantören kan klara ett fullgörande av leveransen. Den bedömning och hantering Stockholms Konserthusstiftelse gjort är korrekt och ligger inom gällande rätt, ett godkännande av bolaget anbud under aktuella omständigheter skulle innebära ett brott mot villkoren i upphandlingen.

För det fall bolagets ansökan om överprövning ska uppfattas på så vis att bolaget gör gällande att anbudet, trots frånvaron av ekonomisk information om Soundware AB, uppfyller kravet på uppgifter som visar att Soundware AB har nödvändig ekonomisk stabilitet ska följande framhållas. Ett företags ekonomiska stabilitet kan svårigen bedömas med ledning av enbart annan information än ekonomisk sådan. Det faktum att Soundware AB varit leverantör till Sveriges Television säger inget om bolagets ekonomiska status. Anbudet innehåller inte information av sådant slag som gör det möjligt att bedöma uppfyllelsen av ifrågavarande krav.

Bolaget har inte visat att Stockholms Konserthusstiftelse förfarit på ett sätt som står i strid med LOU.

Bolaget anför i genmäle bl.a. följande. Stockholms Konserthusstiftelse har brutit mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU och den utredningsskyldighet som framgår av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47. Stockholms Konserthusstiftelse har också brutit mot proportionalitetsprincipen genom att förkasta bolagets anbud trots att det funnits mindre ingripande handlingsalternativ. Bolaget som, om det inte vore för Stockholms Konserthusstiftelses överträdelse av LOU, skulle ha medtagits i anbudsutvärderingen och då fått möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen, har lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Skäl föreligger

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

således för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Då bristen är hänförlig till upphandlingens senare skeden, närmare bestämt anbudsprövningen, ska förvaltningsrätten vid val av påföljd förordna att upphandlingen ska rättas.

Stockholms Konserthusstiftelse har vid prövningen av anbudet förkastat bolagets anbud med motiveringen att det i anbudet saknades ekonomisk information om en underleverantör som bolaget åberopat i anbudet. En upphandlande myndighet har dock en utredningsskyldighet för det fall det baserat på ett anbud inte går att göra en fullständig bedömning av en anbudsgivares ekonomiska ställning. Denna utredningsskyldighet har Stockholms Konserthusstiftelse inte fullgjort. Av RÅ 2005 ref. 47 framgår att den upphandlande myndigheten är skyldig att göra en individuell prövning av varje anbudsgivare. En upphandlande myndighet är skyldig att – inom ramen för denna individuella prövning – från anbudsgivaren inhämta de uppgifter som den upphandlande myndigheten anser sig behöva för att utreda om anbudsgivaren har den ekonomiska ställning som krävs för fullgörande av kontraktet. Eftersom det enda sättet att, i enlighet med LOU, göra detta är att i den ordning som följer av 9 kap. 8 § andra stycket LOU inhämta en komplettering från anbudsgivaren, får Högsta förvaltningsdomstolens avgörande förstås så att den upphandlande myndigheten i vissa fall är skyldig att utnyttja den möjlighet till komplettering som följer av LOU. En sådan skyldighet har i upphandlingen förelegat för Stockholms Konserthusstiftelse och den har inte fullgjorts.

Bolaget vill också framhålla att en begäran om att bolaget skulle komplettera sitt anbud med ekonomisk information om underleverantören inte skulle ha inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, eftersom de aktuella uppgifterna, d.v.s. en rating av underleverantören, fanns allmänt tillgängliga redan när anbudet gavs in. Bolaget har således inte kunnat påverka innehållet i uppgifterna eftersom ratingintyget

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

upprättats av en oberoende tredje part, i detta fall UC. Det har således inte funnits något hinder mot att inhämta en komplettering från bolaget (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 24 juni 2003 i mål nr 2379-03 och Kammarrättens i Göteborg dom den 30 januari 2009 i mål nr 7217-08). Bolaget skulle följaktligen inte ha särbehandlats eller fått någon konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare om Stockholms Konserthusstiftelse begärt en komplettering av bolaget avseende ratingintyg för underleverantören.

Stockholms Konserthusstiftelse har också enligt proportionalitetsprincipen varit skyldig att begära en komplettering. Syftet med beslutet att förkasta anbudet får antas vara att Stockholms Konserthusstiftelse velat säkerställa att såväl anbudsgivare som underleverantörer har en tillräcklig ekonomisk ställning för det aktuella kontraktet. Stockholms Konserthusstiftelse valde dock att förkasta bolagets anbud, trots att det fanns mindre ingripande alternativ för att uppnå det eftersträlvade syftet, d.v.s. att begära en komplettering. Beslutet att förkasta bolagets anbud var således inte en nödvändig åtgärd. Dessutom bör framhållas att beslutet, som medfört stor skada för bolaget, inte inneburit någon nytta för Stockholms Konserthusstiftelse. Tvärtom har resultatet blivit att Stockholms Konserthusstiftelse inte kunnat dra nytta av konkurrensen på marknaden och erhålla bästa möjliga ljudanläggningar till så förmånliga villkor som möjligt. Stockholms Konserthusstiftelses beslut att förkasta bolagets anbud strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Avslutningsvis vill bolaget framhålla att det sätt på vilket Stockholms Konserthusstiftelse agerat i upphandlingen strider mot grundläggande principer om god hushållning med offentliga medel. Stockholms Konserthusstiftelse bedriver en verksamhet som finansieras huvudsakligen med offentliga medel och bör därmed genomföra sina upphandlingar på ett sådant sätt att Stockholms Konserthusstiftelse erhåller största möjliga värde för

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

pengarna. För att detta ska vara möjligt krävs bl.a. att Stockholms Konserthusstiftelse genom sitt agerande drar nytta av konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. Att hantera en upphandling på så sätt att endast ett anbud återstår, trots att andra handlingsalternativ funnits, är inte att utnyttja konkurrensen på bästa sätt. Stockholms Konserthusstiftelse har i upphandlingen haft möjlighet att kvalificera och utvärdera mer än ett anbud och borde ha tagit denna möjlighet för att på så vis försäkra sig om att få bästa möjliga leverans till så förmånliga villkor som möjligt.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlagets bilaga 2 "Kvalificeringskrav" under punkt 2.6 anges bl.a. följande.

Anlitas underleverantör ska underleverantören uppfylla de kvalificeringskrav som ställs i denna punkt 2, d.v.s. i sådant fall ska anbudsgivaren för var och en av anlitate underleverantörer

- bifoga samtliga de handlingar som efterfrågas i denna punkt 2.

Under punkt 2.3 anges bl.a. följande. Anbudsgivaren ska uppfylla minst rating 3 enligt Upplysningscentralens soliditets-/likviditetsbedömning eller motsvarande uppgifter från likvärdigt företag. För det fall anbudsgivare inte uppfyller nämnt krav kan anbudsgivaren likväl uppfylla kravet om anbudsgivaren inger underlag som visar att anbudsgivaren har en ekonomisk förmåga som motsvarar det uppställda kravet.

Till styrkande av att kravet på ekonomisk förmåga är uppfyllt ska anbudsgivaren bifoga:

- ratingintyget, ej vara äldre än 3 månader räknat från sista anbudsdag.

- för det fall ratingnivån ej uppfylls, handlingar som visar att anbudsgivaren har en motsvarande ekonomisk stabilitet, t.ex. koncerngaranti accepteras.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 8 § LOU andra stycket anges följande. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

16 kap. 5 § LOU har följande lydelse. 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

I målet är ostridigt att bolaget inte har bifogat samtliga handlingar avseende underleverantörens ekonomiska ställning i enlighet med det skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget bilaga 2 under punkt 2.6 och 2.3. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Bolaget har gjort gällande att upphandlingen bryter mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i LOU. Som grund härför har bolaget anfört att Stockholms Konserthusstiftelse inte med stöd av 9 kap. 8 § andra stycket LOU har begärt in komplettering av bolaget beträffande den åberopade underleverantörens ekonomiska ställning.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att upphandlande myndighet under vissa förutsättningar *får* begära förtydligande eller komplettering av en anbudsansökan. Av bestämmelsens ordalydelse framgår således att upphandlande myndighet inte är skyldig att begära förtydligande och komplettering. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att Stockholms Konserthusstif-

telse genom att inte begära in komplettering från bolaget beträffande den åberopade underleverantörens ekonomiska ställning inte brutit mot 9 kap. 8 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen kan därför inte bifallas på denna grund.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att Stockholms Konserthusstiftelse har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Därmed föreligger inte heller grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 5 § LOU. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Erika Uddén.



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