



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2018-08-22

Meddelad i Stockholm

Mål nr

14753-18

SÖKANDE

Hissgruppen Sverige AB, 556199-5563

Ombud: Jur.kand. Anna-Karin Falkenstrand
DoubleCheck AB
S:t Eriksgatan 121 B
113 43 Stockholm

MOTPARTER

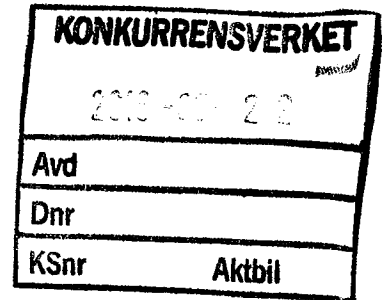
1. AB Stockholmshem, 556035-9555
Box 9003
102 71 Stockholm

2. Aseka Hiss & Fastighet AB, 556776-9913

Ombud: Advokat Nicklas Rydberg
Box 171
186 23 Vallentuna

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aseka Hiss & Fastighet AB:s yrkande om muntlig förhandling.

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ”Hiss, drift och underhåll” (dnr 2017-38743) inte får avslutas förrän rättelse har gjorts.

Dok.Id 1005530

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

BAKGRUND

AB Stockholmshem (Stockholmshem) genomför upphandlingen "Hiss, drift och underhåll" (dnr 2017-38743) som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 29 januari 2018 tilldelades Aseka Hiss & Fastighet AB (Aseka) kontrakt i upphandlingen.

Efter att Hissgruppen Sverige AB ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 8 juni 2018 i mål nr 3203-18 att bifalla bolagets ansökan på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett. Efter att Aseka överklagat förvaltningsrättens dom beslutade Kammarrätten i Stockholm den 29 juni 2018 i mål nr 5164-18 att undanröja förvaltningsrättens dom och återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny handläggning med motiveringen att förvaltningsrätten avgjort målet utan att bereda Aseka möjlighet att yttra sig.

YRKANDEN M.M.

Hissgruppen Sverige AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten upphäver Stockholmshems tilldelningsbeslut och beslutar att rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Asekas anbud inte får prövas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Asekas anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav som anges i upphandlingsföreskrifterna och skulle rätteligen inte ha tagits upp till utvärdering. Genom att Asekas anbud felaktigt har kvalificerats i upphandlingen har Stockholmshem snedvridit konkurrensen och åsidosatt likabehandlingsprincipen. De felaktigheter som förekommit är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med upphandlingslagstiftningen. Bolaget har därigenom lidit skada eller riskerat att lida skada.

Aseka saknar referensuppdrag som uppfyller de obligatoriska kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. I upphandlingsdokumentets krav UF3.512 (j) punkt 4 anges att varje anbudsgivare ska redovisa två referensuppdrag med en omfattning av minst 250 hissar. I frågor och svar lämnade Stockholmshem ett publikt informationsmeddelande av vilket det framgår att ifrågavarande krav ändras till att referensuppdragen tillsammans ska omfatta drift och skötsel av minst 500 hissar. I meddelandet lämnade Stockholmshem en ny reviderad blankett till anbudsgivarna att redovisa referensuppdragen i. I blanketten ställs krav på att anbudsgivaren ska ange hur många hissar varje referensuppdrag omfattat. Det framgår även att anbudsgivaren ska ta kontakt med sin referensperson samt tillse att denne besvarar de frågor som anges i blanketten. Av krav UF3.512 (j) i upphandlingsdokumentet framgår vidare att för att referensuppdraget ska vara godtagbart är det ett krav att de angivna betygen för varje referensuppdrag inte får understiga betyg 2 samt att endast en fråga får understiga betyg 3. Det framgår även att redovisning av färre än två godtagbara referensuppdrag medför diskvalificering.

Aseka har varken presenterat antalet hissar som varje referensuppdrag omfattar eller något betyg i den ena referensblanketten. På blanketten framgår endast att referenspersonen svarat att Aseka är kända sedan tidigare. Aseka har inte, så som krävs för redovisning av referensuppdraget, inhämtat och redovisat några betyg. Det angivna referensuppdraget är därmed inte godtagbart och anbudet har felaktigt kvalificerats i upphandlingen. Det finns ingen information om att för det fall ett referensobjekt är från den upphandlande myndigheten, krävs varken en komplett ifylld blankett, redovisning av uppdragets omfattning eller några betygsvärden. Stockholmshem har därmed eftergett obligatoriska krav för Aseka, vilket inte är förenligt med likabehandlingsprincipen eller kravet på transparens.

Stockholmshem bestrider bifall till ansökan och yrkar att ansökan avslås.

Stockholmshem anför bl.a. följande. Anbudet från Aseka uppfyller samtliga obligatoriska krav och ska därför rätteligen utvärderas. Någon överträdelse av LOU föreligger inte. Det är förenligt med de EU-rättsliga principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet att den upphandlande myndigheten beaktar sin egen erfarenhet vid referenstagning av leverantörer. Aseka har inkommit med två referenser, varav den ena är Stockholmshem. I detta referensuppdrag har inte betyg angetts. Att kravet på att fylla i blanketten såvitt gäller betyg inte kan göras gällande för det fall Stockholmshem själva lämnas som referens är uppenbart. Syftet med att fylla i betyg är att Stockholmshem inte har kunskap om vad anbudsgivarens referens anser om anbudsgivaren. Detta syfte faller helt om Stockholmshem lämnas som referens. Att Stockholmshem kontaktas under upphandlingen innan anbudsinlämning för att avge ett sådant referensbetyg är också tveksamt dels i förhållande till de grundläggande principerna i upphandlingslagstiftningen, dels i förhållande till den strikta anbudssekretess som gäller i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Kraven i upphandlingen kan inte tolkas som att referensbetyg måste uppges för det fall Stockholmshem lämnas som referens.

Vad gäller den påstådda bristen att Aseka inte har presenterat antalet hissar i det referensuppdrag som inte avser Stockholmshem uppfyller Asekas anbud detta krav, då referensuppdraget från Stockholmshem omfattar cirka 700 hissar. Det saknar därför betydelse hur många hissar det andra referensuppdraget omfattar. Om domstolen konstaterar att upphandlingen brustit i transparens avseende kravet på referensuppdrag, ifrågasätts om bolaget kan anses lida skada av detta. Om Stockholmshem tydligare angett att redovisning av betyg inte behövs om referensuppdraget avser Stockholmshem, hade Aseka fortfarande vunnit upphandlingen.

Aseka anser i första hand att ansökan om överprövning ska avslås, i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Aseka yrkar även att förvaltningsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet, varvid partsförhör ska hållas med tre namngivna ställföreträdare för Stockholmskem till styrkande av att Stockholmskem under anbudsskedet har upplyst Aseka om att Aseka inte behövde kryssa i betygsrutorna avseende referensuppdrag hos Stockholmskem.

Aseka anför bl.a. följande. Det är ostridigt att Aseka hade det mest fördelaktiga priset och att Aseka rent faktiskt uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingsdokumentet och dess komplettering angående referenser. Det av bolaget åberopade eventuella felet i upphandlingen är enbart av formell karaktär och inte så beaktansvärt att det bör ligga till grund för begärd ändring.

Innan Aseka lämnade in sitt anbud var Aseka i kontakt med Stockholmskem och begärde att Stockholmskem skulle besvara betygsfrågorna som fanns upptagna i anbudsmallen, för att Aseka därigenom skulle kunna uppfylla det formella kravet med ikryssade rutor i blanketten. Stockholmskem upplyste Aseka om att det var obehövt för Aseka att kryssa i dessa rutor där Stockholmskem åberopades som referens, eftersom Stockholmskem redan visste svaret på dessa betygsfrågor. Aseka har inte självmant underlåtit att lämna en begärd uppgift, utan förletts av Stockholmskem att tro att denna uppgift inte behövde lämnas. Genom att Stockholmskem har varit den som tillsett att Aseka inte lämnade de efterfrågade referensbetyget, och detta enligt förvaltningsrättens tidigare prövning diskvalificerar Aseka, har Stockholmskems åsidosättande av principen om likabehandling drabbat Aseka på så vis att bolaget gått miste om upphandlingen. Bristen i Asekas anbud beror alltså på bristande likabehandling från Stockholmskems sida i förhållande till Aseka.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges 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 rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Muntlig förhandling

Aseka yrkar att förvaltningsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet. Aseka vill föra fram muntlig bevisning i form av partsförhör med tre namngivna ställföreträdare till styrkande av att Stockholmshem under anbudsskedet har upplyst Aseka om att Aseka inte behövde kryssa i betygsrutorna avseende referensuppdrag hos Stockholmshem.

I 9 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges att förfarandet är skriftligt. I handläggningen får ingå muntlig förhandling beträffande viss fråga, när

det kan antas vara till fördel för utredningen eller främja ett snabbt avgörande av målet. Muntlig förhandling ska hållas i förvaltningsrätt, om enskild som för talan i målet begär det samt förhandlingen inte är obehövlig och inte heller särskilda skäl talar mot det.

Högsta förvaltningsdomstolen har klargjort att en förvaltningsrätt som överväger att lägga vad som anförs i en ansökan om överprövning till grund för att förordna att ett vinnande anbud inte borde beaktas, bör bereda den som lämnat det ifrågasatta anbudet tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökan (se HFD 2011 ref. 29). Högsta förvaltningsdomstolen har vidare uttalat att en leverantör som i en sådan situation som förelåg i HFD 2011 ref. 29 fått tillfälle att yttra sig är part i överprövningsmålet. Denne leverantör har, i egenskap av tredje part i målet, rätt att framställa invändningar som syftar till att bemöta den sökande leverantörens yrkanden i ansökan om överprövning. Leverantören har, som tredje part i målet, emellertid inte rätt att framställa yrkanden för egen del (se HFD 2013 ref. 24).

Förvaltningsrätten bedömer att den muntliga bevisning som Aseka vill föra fram i målet är att hänföra till Asekas argumentation kring att upphandlingen, för det fall förvaltningsrätten bifaller ansökan, bör göras om på grund av bristande likabehandling från Stockholms shems sida i förhållande till Aseka. Enligt förvaltningsrättens mening kan Asekas argumentation i denna del inte anses utgöra ett bemötande av vad bolaget anför i sin ansökan om överprövning, utan utgör en fråga som inte omfattas av förvaltningsrättens prövning. Förvaltningsrätten anser att de frågor som domstolens ska ta ställning till i målet, de vill säga de yrkanden och grunder som omfattas av bolagets ansökan, kan utredas tillfredsställande genom ett skriftligt förfarande. Med hänsyn till målet beskaffenhet, och då muntlig förhandling inte behövs av utredningsskäl, anser domstolen att muntlig

förhandling är obehövlig. Yrkandet om muntlig förhandling ska därför avslås.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att Asekas anbud inte uppfyller kravet på att ange två godtagbara referensuppdrag enligt krav UF3.512 (j) i upphandlingsdokumentet med den korrigerings som gjordes i frågor och svar.

I målet är ostridigt att kravet i UF3.512 (j) är ett kvalificeringskrav i upphandlingen. Det är även ostridigt att Aseka underlåtit att ange antalet hissar som respektive referensuppdrag omfattar och att Aseka inte redovisat några betyg i den blankett som avser det referensuppdrag där Stockholmshem är referens. Stockholmshem och Aseka gör emellertid gällande att kravet på att ange antalet hissar samt betyg inte gäller för det fall Stockholmshem är referens, eftersom Stockholmshem redan har kännedom om dessa uppgifter och därför kan avgöra om kravet är uppfyllt eller inte.

Av praxis följer att det inte finns något hinder för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådan referenstagning måste dock framgå av upphandlingsdokumentet och ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (jfr Kammarätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18 och Kammarätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

Enligt förvaltningsrättens mening kan kravet i UF3.512 (j), inklusive den korrigerings som gjordes i frågor och svar, inte tolkas på annat sätt än att uppgift om antalet hissar som referensuppdragen avser samt betyg från angiven referensperson ska anges i referensblanketterna för att

referensuppdragen ska vara godtagbara. Utan ett uttryckligt angivet undantag i upphandlingsdokumentet har det inte funnits anledning för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att anta att kravet inte gäller i vissa avseenden för det fall Stockholmshem är referens. Detta bekräftas av det faktum att Aseka själv, innan anbudet lämnades, var i kontakt med Stockholmshem för att begära att Stockholmshem skulle besvara betygsfrågorna. Eftersom det inte framgår av upphandlingsdokumentet att Stockholmshem avsett att använda sig av egna referenser, har den referenstagning som skett inte varit i enlighet med LOU och de grundläggande principerna.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställs i upphandlingsdokumentet. Asekas anbud uppfyller inte kravet på att redovisa två godtagbara referensuppdrag, eftersom båda referensblanketterna saknar uppgift om antalet hissar som referensuppdragen avser samt då ena referensblanketten saknar uppgifter om betyg. Det saknar därvid betydelse huruvida Aseka rent faktiskt har två referensuppdrag som uppfyller de uppställda kraven, eftersom dessa inte har redovisats på korrekt sätt. Genom att godta Asekas anbud trots att ett av kvalificeringskraven inte är uppfyllt har Stockholmshem agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud har placerats på andra plats i upphandlingen. Bolaget får därmed anses ha lidit skada till följd av Stockholmshems agerande. Det finns således skäl för ingripande enligt LOU och bolagets ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Asekas anbud inte får beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Catharina Nordler
Förvaltningsrättsfiskal

Louise Ljöstad har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 prövas 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.