

KLAGANDE

AB Familjebostäder, 556035-0067
Box 92100
120 07 Stockholm

MOTPART

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

Ombud: Advokaterna Nicklas Hansson och Torgny Nordqvist
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 16 november 2010 i mål nr
43084-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

AB Familjebostäder (Familjebostäder) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och tillåter att avtal tecknas med tilldelad leverantör.

Till stöd för sin talan åberopar Familjebostäder vad som tidigare anförts med följande komplettering. 11 kap. 1 § första stycket och andra stycket p 2 LOU ska tolkas så att det väl kan inbegripa möjlighet att begära av anbudsgivaren att förteckna pågående uppdrag. Tjänster är, till skillnad från byggentreprenader, till sin karaktär tidsmässigt utsträckta och utgörs ofta av delleranser och avrop från ramavtal där det är vanligt att avtalslängden är två fasta år med ett antal optionsår. Tjänst som utförts kan därmed utgöras av ett avrop inom ett ramavtal. Genom att lätta upp kravet på referensuppdrag har Familjebostäder tillmötesgått LOU: s grundläggande principer om proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering. Detta för att anpassa kravet till aktuell marknad och dess leverantörer. Detta gynnar de anbudsgivare som på grund av sin företagsstorlek har svårigheter att uppvisa endast slutförda uppdrag inom den angivna tidsperioden om tre år.

Berendsen Textil Service AB (Berendsen) bestrider bifall till överklagandet och åberopar vad som tidigare anförts med följande tillägg. Det är inte förenligt med proportionalitetsprincipen att, som grund för ett förkastande av ett anbud, åberopa ett krav på varaktighet av pågående uppdrag som inte har någon betydelse för bedömningen av en anbudsgivares tekniska kapacitet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om ett ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU ska ske på grund av att Familjebostäder, genom ett i upphandlingsföreskrifterna uppställt

skall-krav, har brutit mot en bestämmelse i LOU och detta har medfört att Berendsen lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlingsföreskrifterna för den i målet aktuella offentliga upphandlingen är formulerade enligt följande när det gäller prövning av anbudsgivarens kvalifikationer:

”UF3.511 2e) Referensuppdrag för kvalificering av företaget.

Anbudsgivaren skall förteckna två referensuppdrag varav ett skall vara slutfört och ett kan vara pågående. Samtliga referensuppdrag skall avse tjänster inom det område som denna upphandling avser. Slutfört referensuppdrag skall vara slutfört inom den senaste 3-årsperioden räknat från anbudstidens utgång. Pågående referensuppdrag skall ha pågått under minst 1 år före anbudstidens utgång.”

Kammarrätten har först att ta ställning till om Familjebostäders skall-krav att pågående referensuppdrag skall ha pågått under minst 1 år före anbudstidens utgång strider mot LOU.

Vid denna prövning är det 11 kap. 1 § första stycket och andra stycket p 2 LOU som är av betydelse. Lagtexten har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten skall i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör skall styrka sin tekniska kapacitet. Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt:

...

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare...”

Lagtexten är inte så klar och otvetydig att frågan kan avgöras enbart med stöd av ordalydelsen. Ledning får därför även sökas i syftet med lagen och den aktuella paragrafen.

LOU ska tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens. LOU och EU-direktiven om offentlig upphandling syftar till att upphandlingar ska ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns på bästa sätt. Bestämmelserna syftar både till att tillvarata konkurrensen i den enskilda upphandlingen och till att utveckla en effektiv konkurrens.

Syftet med 11 § LOU är att ge upphandlande myndighet möjlighet att försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har kapacitet att utföra uppdraget innan anbuden utvärderas. För att tillgodose lagens huvudsyfte att främja konkurrensen, har dock de sätt på vilka teknisk kapacitet kan styrkas begränsats genom att uppräkningslistan har gjorts uttömmande. När fråga är om varuleveranser och tjänster har dessutom den begränsningen gjorts att upphandlande myndighet inte får begära in mer än tre år gamla uppgifter.

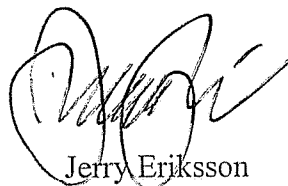
Mot bakgrund av syftet med regleringen kan hinder inte anses föreligga mot att tillåta att teknisk kapacitet styrks genom pågående uppdrag. Ytterligare kvalifikation av vad som accepteras som bevis på teknisk kapacitet kan däremot inte anses tillåten. Något utrymme för upphandlande myndighet att kräva att uppdragen ska ha pågått viss tid finns därmed inte.

Familjebostäders skall-krav strider alltså mot LOU.

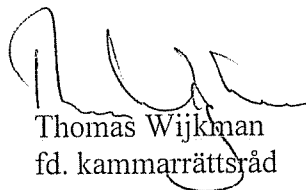
Därefter är frågan om Berendsen lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta. Här kan konstateras att Berendsen inte kom vidare till prövning eftersom de inte uppfyllde det ovan nämnda skall-kravet. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att det anbud som lämnat lägst pris kommer att antas. Av meddelande om tilldelningsbeslut framgår att det anbud som tilldelats uppdraget lämnat ett beräknat fiktivt pris som är högre än motsvarande beräknade fiktiva pris utifrån Berendsens anbud. Kammarrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att Berendsen lidit eller kan komma att lida skada.

Förutsättningar för ingripande med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed och kammarrätten har att ta ställning till om upphandlingen ska göras om eller om den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Eftersom det fel som har begåtts i upphandlingen har påverkat kvalificeringsfasen, och kanske även medfört att leverantörer avstått från att lämna anbud, kan någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte komma ifråga. Överklagandet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Jerry Eriksson
lagman
ordföranden



Thomas Wijkman
fd. kammarrättsråd



Anna Edholm
tf. assessor
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2010-11-16
Meddelad i Stockholm

Mål nr
43084-10
Enhet 14

SÖKANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

Ombud: advokaterna Nicklas Hansson och Torgny Nordqvist
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

AB Familjebostäder, 556035-0067
Box 92100
120 07 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Berendsen Textil Service AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av 22 oktober 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

AB Familjebostäder (Familjebostäder) genomför en upphandling avseende byte, tvätt, lagerhållning och distribution samt på avrop leverans av entrémattor, diarienummer 2010/1140 (upphandlingen). Enligt tilldelningsbeslut den 15 oktober 2010 har Familjebostäder beslutat att teckna avtal med Herr Gärman Entrémattor AB.

Förvaltningsrätten har den 22 oktober 2010 förordnat att Familjebostäder tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Berendsen Textil Service AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid bolagets anbud ska beaktas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Familjebostäder har i meddelande den 15 oktober 2010 angett som skäl till förkastandet av bolagets anbud att bolaget inte uppfyllt kvalificeringskravet avseende angivande av referensuppdrag. Det krav som åsyftas framgår av punkten UF3.511 2e i förfrågningsunderlaget och har följande lydelse: "Anbudsgivare skall förteckna två referensuppdrag varav ett skall vara slutfört och ett kan vara pågående. Samtliga referensuppdrag skall avse tjänster inom det område som denna upphandling avser. Slutfört referensuppdrag skall vara slutfört inom den senaste 3-årsperioden räknat från anbudstidens utgång. Pågående referensuppdrag skall ha pågått under minst 1 år före anbudstidens utgång."

Bolaget har i sitt anbud uppgett två referensuppdrag. Ett av referensuppdragen, avseende Eslövs kommun, är pågående. Detta uppdrag inleddes den 18 oktober 2006 och har därefter, efter avtal om förlängning, pågått

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

utan avbrott. Bolaget har av misstag lämnat en felaktig uppgift om dagen för referensuppdragets inledande. Bolaget har som dag för uppdragets påbörjande uppgett dagen för det senaste avtalets ikraftträdande. Uppdraget påbörjades emellertid redan den 18 oktober 2006. Bolaget har upplyst Familjebostäder om felskrivningen. Misstaget kan rättas enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU. Sådan rättelse kan ske så länge upphandlingen inte avslutats.

Under alla omständigheter är det av Familjebostäder uppställda kravet på teknisk kapacitet i strid med LOU och bakomliggande EU-rättsliga principer. Av 11 kap. 11 § andra stycket 2. LOU framgår att den tekniska kapaciteten får styrkas genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare. Något krav på styrkande av teknisk kapacitet i nu aktuellt avseende utöver vad som framgår av nämnt lagrum får inte ställas. Det av Familjebostäder angivna kravet, att pågående uppdrag måste ha pågått under minst ett år före anbudstidens utgång, är således otillåtet och får under inga omständigheter ligga till grund för ett förkastande av ett anbud.

Bolaget har lidit skada eftersom bolagets anbud inte utvärderats i upphandlingen. Bolagets anbud medför vidare lägst pris varför bolaget ska tilldelas uppdraget.

Familjebostäder bestrider bifall till ansökan. I andra hand yrkar Familjebostäder att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin inställning anför Familjebostäder i huvudsak följande.

Det av bolaget angivna datumet för referensuppdragets påbörjande kan inte anses vara en uppenbar felskrivning. I det fall Familjebostäder skulle tillåta rättelse av datumangivelsen efter att tilldelningsbeslut meddelats skulle

Familjebostäder vara tvungen att tillåta ytterligare rättelser från övriga diskvalificerade anbudsgivare för att inte åsidosätta meningen om särbehandling i 9 kap. 8 § LOU.

Familjebostäders tolkning är att det är tillåtet enligt 11 kap. 11 § andra stycket 2. LOU att kräva uppgift om pågående uppdrag som pågått under minst 1 år. Om kravet ställs på endast slutförda uppdrag, inom angiven tidsperiod, kan mindre företag som får svårt att klara detta krav missgynnas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 9 kap. 8 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

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.

I 11 kap. 11 § första och andra stycket LOU anges bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet.

Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt:

(...)

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

(...)

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, anges följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

Bolaget har anfört att bolaget av misstag har angivit ett felaktigt datum avseende ett referensuppdrags påbörjande men att misstaget kan rättas enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att upphandlande myndighet *får* tillåta rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning samt att myndigheten under vissa förutsättningar *får* begära förtydligande eller komplettering av en anbudsansökan. Av bestämmelsens ordalydelse framgår således att upphandlande myndighet inte är skyldig att tillåta rättelse eller begära förtydligande och komplettering. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att Familjebostäder genom att inte medge rättelse inte brutit mot 9 kap. 8 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen kan därför inte bifallas på denna grund.

Bevis på teknisk kapacitet

I förfrågningsunderlaget under punkten UF3.511 2e anges följande.

Anbudsgivare **skall** förteckna två referensuppdrag varav ett **skall** vara slutfört och ett kan vara pågående. Samtliga referensuppdrag **skall** avse tjänster inom det område som denna upphandling avser. Slutfört referensuppdrag **skall** vara slutfört inom den senaste 3-årsperioden räknat från anbudstidens utgång. Pågående referensuppdrag **skall** ha pågått under minst 1 år före anbudstidens utgång.

Bolaget har anfört att det av Familjebostäder angivna skall-kravet om att pågående uppdrag måste ha pågått under minst ett år före anbudstidens utgång är otillåtet och att bolagets anbud därför inte ska uteslutas på denna grund.

Syftet bakom 11 kap. 11 § andra stycket 2. LOU är att upphandlande myndighet inte ska begära in mer än tre år gamla uppgifter och därmed utesluta en leverantör som inte har referenser bortom de tre senaste åren. Enligt förvaltningsrättens mening kan uppställande av krav på ett referensuppdrags varaktighet, så länge kravet inte avser referensuppdrag bortom de tre senaste åren, inte anses strida mot syftet bakom ovan nämnda bestämmelse. Bestämmelsens ordalydelse ger emellertid, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte stöd för att ställa krav på ett referensuppdrags varaktighet. Av 11 kap. 11 § andra stycket LOU framgår tydligt att bestämmelsens förteckning över sätt på vilka tekniskt kapacitet kan styrkas är uttömmande. Upphandlande myndigheter kan således till styrkande av teknisk kapacitet inte ställa andra krav än de som stadgas i denna paragraf. Med hänsyn till det ovan sagda bedömer förvaltningsrätten att det i förfrågningsunderlaget uppställda krav på ett års pågående referensuppdrag strider mot 11 kap. 11 § LOU.

Förvaltningsrätten finner således att Familjebostäder brutit mot en bestämmelse i LOU. Vidare finner förvaltningsrätten att Familjebostäders agerande medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Bolaget har yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid bolagets anbud ska beaktas. Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § LOU att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Förvaltningsrätten bedömer med hänsyn till att fråga är om en brist i förfrågningsunderlaget att en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen görs om inte kan komma i fråga. Bolagets ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Sofia Aslamatzidou.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.