



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2011-07-07  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 11746-11  
 Enhet 17

### SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188

Ombud: Advokat Mats Rydh och jur.kand. Claudia Bäckström  
 Advokatfirman Lindberg & Saxon  
 Cardellgatan 1  
 114 36 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-07-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

### MOTPART

Danderyds kommun  
 Djursholms slott  
 182 63 Djursholm

### SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 28 juni 2011 upphör därmed att gälla.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

**Danderyds kommun** (kommunen) har genomfört en offentlig upphandling benämnd "Fastighetsdrift 2011" med diarienummer TN 2011/0105. Upphandlingen skedde genom öppet förfarande enligt 4 kapitlet LOU. I tilldelningsbeslutet, som sändes ut till leverantörerna via e-post den 27 maj 2011, har kommunen meddelat att upphandlingen har resulterat i ett beslut att träffa avtal med annan leverantör än Bravida Sverige AB (bolaget). Avtal tecknades med den vinnande leverantören den 9 juni 2011.

**Bolaget** ansökte den 8 juni 2011 om överprövning och yrkar, så som talan slutligen fastställs, att avtalet ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Avtalet har tecknats trots att förlängd avtalsspärr råder. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska uppfylla vissa krav beträffande de angivna yrkeskategorierna, nämligen en distriktschef eller motsvarande, en arbetsledare, en drifttekniker och två fastighetsskötare. Anbudslämnaren ska även lämna uppgifter på referenser (personer), två stycken per efterfrågad yrkeskategori, som kan styrka lämnade uppgifter. Det kan konstateras att bolaget beträffande ovan angivet ska-krav har lämnat samtliga uppgifter som har efterfrågats av kommunen. Av tilldelningsbeslutet framgår dock att kommunen har diskvalificerat bolaget (och fyra andra anbudsgivare). Som skäl angavs att anbudet inte uppfyllde ställda krav med hänvisning till anbudsutvärderingen steg 2. Av anbudsutvärderingen steg 2 framgår emellertid tydligt att kommunen har angivit att bolaget uppfyller samtliga ska-krav. Av anbudsutvärderingen steg 2 framgår också att ett antal referenspersoner inte har besvarat kommunens förfrågningar. Detta faktum kan dock inte utgöra grund för diskvalificering. Förfrågningsunderlaget har inte utformats så att det framgår att det skulle vara något ska-krav att referenserna faktiskt svarar på kommunens frågor. Förfrågningsunderlaget har istället utformats så att bolaget ska styrka erfarenhet och kompetens vilket kan ske genom att bolaget anger kvali-

fikationerna. Kommunen har uppenbarligen ansett att bolaget styrkt just detta genom användningen av uttrycken ”Uppfyller ska-kravet erfarenhet” beträffande de olika yrkeskategorierna, på s. 6 i anbudsutvärderingen. Bolaget har uppfyllt ska-kraven och diskvalificeringen strider därmed mot LOU.

Om faktiskt besked från två referenser på varje yrkeskategori vore ett ska-krav kan det konstaterats att ingen av anbudsgivarna har uppfyllt kravet. I så fall har kommunen åter brutit mot LOU genom att godtyckligt välja ut vissa anbudsgivare till steg 3 trots att de inte uppfyllt kravet på svar från samtliga referenspersoner. Kommunens beslut att inte beakta bolaget i steg 3 i utvärderingen strider mot LOU både vad gäller lagens krav på transparens och likabehandling, till skada för bolaget.

Vidare har bolaget under förfarandets gång fått e-mail av kommunen där det anges att svarsfrekvensen för bolagets referenser vid den aktuella tidpunkten uppgick till 50 %. Till att börja med kan konstateras att kommunens besked om svarsfrekvens varit missledande. Av anbudsutvärderingen framgår att av bolagets tio angivna referenser har fyra svarat, motsvarande 40 %. Bolaget har begärt att få uppgift om vilka referenspersoner som ännu inte svarat men kommunen har vägrat med hänvisning till likabehandlingsprincipen. Bolaget anser att det inte skulle strida mot likabehandlingsprincipen att lämna besked om vilka referenser som ännu inte svarat. Kommunens besked och uttryckssätt i den korrespondens som här åberopas har i vart fall varit ägnad att förleda bolaget att utgå från att uteblivet svar från angiven referens inte är ett brott mot något ska-krav eller i övrigt medför diskvalificering.

Bolaget har till följd av kommunens lagstridiga agerande drabbats av skada bestående i utebliven vinst, det får anses sannolikt att bolaget, särskilt med hänsyn till att bolaget har väsentligt lägre priser än de prövade anbudena,

skulle ha vunnit upphandlingen. Kommunens lagbrott har uppenbarligen påverkat bolagets möjligheter att tilldelas kontraktet menligt. Något skäl att låta avtalet mellan kommunen och vinnande leverantör fullgöras föreligger inte. Något tvingande skäl för att göra undantag föreligger inte.

**Kommunen** bestrider bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande. Avtal har skrivits i överensstämmelse med gällande rätt och bolaget har således inte lidit skada därav. Avtalet har skrivits efter avtalsspärrens upphörande. Dessutom fanns inget interimistiskt beslut om att avtal inte får tecknas. Därför saknas anledning att avtalet ska ogiltigförklaras.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att referenspersonerna ska kunna styrka lämnade uppgifter och att detta utgör ett ska-krav. Anbudsgivarna ska ange erfarenhet och/eller utbildning för att verifiera teknisk förmåga och kapacitet. Syftet med referenspersonerna är däremot att styrka de av anbudslämnarna angivna uppgifter. Uppgifterna är styrkta i det fall en referensperson kan bestyrka att den lämnade uppgiften i sin helhet är korrekt. Av utvärderingsprotokollet framgår också att sex av bolagets angivna referenser inte har kunnat styrka lämnade uppgifter. Det framgår också att fyra av referenserna har kunnat styrka lämnade uppgifter. Av ovan sagda framgår tydligt att bolaget inte har uppfyllt samtliga ska-krav. Samtliga av bolagets referenser har besvarat kommunens förfrågningar.

Syftet med det e-mail som gick ut till samtliga anbudsgivare den 2 maj 2011 var att informera om att svarsfrekvensen från referenspersonerna var låg. Då uteblivna svar från referenserna innebar risk för diskvalificering ville kommunen bereda anbudslämnarna tillfälle att kontakta sina referenspersoner. Denna möjlighet gavs till samtliga anbudslämnare samtidigt. Ingen anbudslämnare har i det enskilda fallet fått besked om vilka referenspersoner som vid det tillfället ej besvarat kommunens förfrågan.

Kommunen anser att detta förfaringssätt är i överensstämmelse med lika-behandlingsprincipen. Svarsfrekvensen på 50 % var en snittangivelse vilken gällde samtliga anbudslämnare och inte bolaget specifikt. Av samtliga inkomna anbud innehåller bolagets anbud inte det lägsta totalpriset.

**Bolaget** anför i svaromål bl.a. följande. Kommunen blandar ihop ska-krav, bevisfrågor och uppgiftslämnande. Bravida kan inte vitsorda påståendena om att sex referensperson inte kunnat styrka lämnade uppgifter. Oavsett hur det må förhålla sig med den saken kan referenspersonernas styrkande i sig inte utgöra att ska-krav. Kommunen ägnar sig åt efterhandskonstruktioner. De torde ju exempelvis vara praktiskt omöjligt för en referensperson att styrka att anbudsgivarens drifttekniker har en driftteknikerutbildning med 400 YH-poäng.

Förvaltningsrätten har den 21 juni 2011 fastställt att bolagets ansökan kommit in till domstolen före utgången av avtalsspärren. Den 28 juni 2011 har förvaltningsrätten interimistiskt beslutat att avtalet mellan kommunen och vinnande leverantör tillsvidare inte får fullgöras.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 16 kap. 13 § LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av 16 kap. 14 § andra stycket LOU framgår bland annat att ett avtal ska förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 9 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 16 kap. 6 § tredje stycket LOU framgår att om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Av 16 kap. 9 § LOU följer att om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 §§ att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Av 1 kap. 9 § följer att 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.

#### *Utredningen i målet*

Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande.

#### **3.5.5. UF 3.512 (c) Prövning av krav som ska uppfyllas av anbudsgivare – Teknisk förmåga och kapacitet**

Anbudsgivaren ska vid avtalsstart ha teknisk och yrkesmässig kapacitet samt kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget.

Anbudsgivaren ska ha en organisation med teknisk och yrkesmässig kapacitet (kompetens och resurser) enligt Särskilda Föreskrifter SF 3.3. för att utföra de tjänster som anbudet omfattas. Anbudsgivaren ska därför uppfylla nedanstående krav.

#### Styrkande av företagets tekniska förmåga och kapacitet

För uppdraget ska anbudslämnaren namnge och lämna uppgifter vilka styrker de krav som beskrivs i Särskilda Föreskrifter SF 3.3, för följande funktioner

- Distriktschef eller motsvarande (avtalsansvarig)
- Arbetsledare
- Drifttekniker (i anbud lämnas uppgifter för 1 st)
- Fastighetsskötare (i anbud lämnas uppgifter för 2 st)

Anbudslämnaren ska lämna uppgifter på referenser (personer), två stycken per efterfrågad yrkeskategori, som kan styrka lämnade uppgifter. Referenserna ska representera beställare eller hyresgäst. Referenserna kommer även få svara på de frågor som kommer ställas enligt Utvärderingsfasen, UF 3.52.

*Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning*

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att upphandlingsförfarandet efter vad som har framkommit har påbörjats efter den 15 juli 2010. Det är därför de regler i LOU som gäller från denna tidpunkt som ska tillämpas.

Mot bakgrund av att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör är förvaltningsrätten enligt 16 kap. 13 § LOU förhindrad att göra en överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten kan enbart pröva det redan tecknade avtalets giltighet. För att förvaltningsrätten ska kunna ogiltigförklara avtalet krävs att det tecknats i strid med en avtalsspärr samt att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

*Har avtalet tecknats i strid med avtalsspärren?*

Förvaltningsrätten har i beslut den 21 juni 2011 konstaterat att bolagets ansökan är inkommen till domstolen innan avtalsspärren löpt ut. Förlängd avtalsspärr börjar löpa då en ansökan om överprövning av upphandling har kommit in till förvaltningsdomstol, enligt 16 kap. 9 § LOU. Av förarbetena till LOU framgår följande. Den förlängda avtalsspärren kommer till stånd automatiskt utan krav på yrkande eller utredning så snart en ansökan om överprövning har kommit in till domstolen. Vid vilken tidpunkt en ansökan om överprövning enligt LOU har kommit in till domstolen bör följa allmänna förvaltningsprocessrättsliga principer för när en handling ska anses ha kommit in till en domstol (prop. 2009/10:180 s. 122f). Den förlängda avtalsspärren löper således automatiskt då en ansökan om överprövning har kommit in till domstolen innan avtalsspärren löpt ut oavsett om den upphandlade myndigheten informerats om att en ansökan om överprövning kommit in eller inte. Den förlängda avtalsspärren är inte heller beroende av

att förvaltningsrätten formellt fastställer att ansökan inkommit i rätt tid och att förlängd avtalsspärr gäller.

Av det ovan anförda följer att förlängd avtalsspärr gällde då avtalet tecknades mellan den upphandlade myndigheten och den vinnande leverantören. Avtalet har därmed tecknats i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 9 § LOU.

*Har de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen överträtts?*

Bolaget har anført att kommunen felaktigt beslutat att diskvalificera bolagets anbud och att i det fall styrkande av uppgiven kompetens av referenser är ett ska-krav har ingen av anbudsgivarna uppfyllt kravet. Detta strider mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Var diskvalificeringen av bolagets anbud felaktig?

Av anbudsvärderingen följer att kommunen har delat upp bedömningen av huruvida anbudslämnarna har uppfyllt ska-kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet i tre led. I det första ledet ska anbudsgivaren själv uppge vilka funktioner och kompetenser som finns inom bolaget. I det andra ledet ska anbudsgivaren uppge två referenser per efterfrågad yrkeskategori. I det tredje och sista ledet ska de uppgivna referenserna även styrka funktionernas kompetens. Det faktum att bolaget anses uppfylla de första två leden genom att själva ha uppgivit nödvändig teknisk förmåga och kapacitet och lämnat två referenser per yrkeskategori innebär inte att kapaciteten är styrkt.

Syftet med referenstagning är vanligen att referenserna ska kunna ge en rättvisande och objektiv bild av leverantören. Det får anses allmänt känt att



enbart namngivande av referenser inte uppfyller funktionen med referenstagning. Det framgår även, klart och tydligt, av förfrågningsunderlaget att referenserna skulle komma att få svara på frågor från kommunen. Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte enbart genom att ha uppgivit två referenser per yrkeskategori kan anses ha uppfyllt ska-kravet om teknisk förmåga och kapacitet.

Av anbudsutvärderingen framgår att bolagets referenser för distriktschefen och driftteknikern tillsammans har bekräftat bolagets kompetens avseende de funktionerna. Beträffande de övriga yrkeskategorierna har ingen av bolagets uppgivna referenser bekräftat bolagets kapacitet. Av kommunens yttrande framgår att bolagets referenser svarat på kommunens frågor, men inte kunnat styrka bolagets kapacitet. Bolaget har inte kunnat vitsorda det påståendet. Förvaltningsrätten finner dock ingen anledning att ifrågasätta uppgiften. Då referenserna inte kunnat styrka bolagets kapacitet har bolaget inte uppfyllt ska-kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet. Det är därför inte visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att utesluta bolagets anbud från utvärdering.

Av den mailkonversation som förekommit mellan kommunen och bolaget framgår att kommunen har berett anbudsgivarna möjlighet att kontakta de angivna referenserna för att be dem att försäkra sig om att de svarar på kommunens frågor. Av konversationen framgår även att uppmaningen gått ut till samtliga anbudsgivare. Kommunen har vidare hänvisat till förfrågningsunderlaget för att understryka vikten av att referenspersonerna svarar. Det framstår inte på något sätt som att kommunen försökt förleda bolaget att tro att referensupptagningen inte var av någon större betydelse. Kommunens agerande kan inte heller på denna punkt anses strida mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Har kommunen godtyckligt valt ut anbud till utvärdering trots att inget anbud uppfyller ska-kraven?

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget. Alla krav som myndigheten uppställer måste vara förenliga med de unionsrättsliga principerna. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare, jfr. t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark.


Av yttrande från kommunen framgår att uppgifterna om kompetens och erfarenhet är styrkta i det fall *en* referensperson kan bestyrka att den lämnade uppgiften i sin helhet är korrekt. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inte att det skulle vara tillräckligt med styrkande av uppgiven kompetens av enbart en referens. Det framgår även av utvärderingen att anbudslämnare vars kompetens enbart kunnat styrkas av en referens ändå har ansetts uppfylla ska-kravet på teknisk förmåga och kapacitet.

Även om förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare på den punkten har kommunen behandlat samtliga anbudsgivare likvärdigt. Som bolaget har påpekat har ingen av anbudsgivarnas samtliga referenser kunnat styrka erforderlig kompetens med två referenser per yrkeskategori. Ingen av anbudsgivarna uppfyller således kraven så som de är uppställda i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av att kommunen avseende samtliga anbudsgivare godtagit styrkande av kapacitet från en referens men förkastat anbud där ingen referens kunnat styrka uppgiven kompetens, kan kommunen inte anses ha valt ut vissa anbudsgivare till utvärderingsfasen på ett

godtyckligt sätt. Kommunen har inte heller genom att godta anbudsgivare som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget ändrat kraven avseende innehållet i uppdraget. Otydligheten i förfrågningsunderlaget är inte heller sådan att kravet på affärsmässighet åsidosatts (RÅ 2002 ref. 50).

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen inte har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas följaktligen förutsättningar att ogiltigförklara avtalet mellan kommunen och vinnande anbudsgivare. Ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

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

  
Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Anna Brynolfsson.



# 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