

KLAGANDE

Assab Lab AB, 556805-8159

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur. kand. Mikael Dubois
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Karolinska Institutet

Ombud: Advokat Malin Wallin och jur. kand. Anna Blomgren
Box 7009
103 86 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 13 januari 2012 i mål nr
23269-11, bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

YRKANDEN M.M.

Assab Lab AB (bolaget) yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och att kammarrätten vid en slutlig prövning beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska företas, varvid bolagets anbud ska utvärderas.

Kammarrätten har den 23 januari 2012 beslutat att inte förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutas.

Kammarrätten har inhämtat att Karolinska Institutet den 24 januari 2012 i den aktuella upphandlingen har tecknat avtal med annan leverantör än bolaget.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

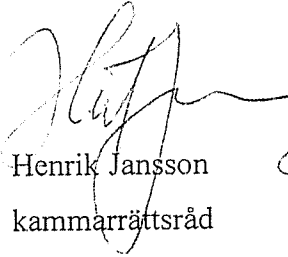
Genom lagändringar som trätt i kraft den 1 november 2011 har ändringar gjorts i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av övergångsbestämmelserna framgår att de nya bestämmelserna inte ska tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Av handlingarna i målet framgår att upphandlingen i fråga påbörjats före nämnda datum, varför äldre bestämmelser ska tillämpas i nu förevarande mål.

Av 16 kap. 10 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, framgår att i de fall en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet. Enligt 16 kap. 13 § LOU får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.


Med anledning av att det har gått mer än tio dagar sedan förvaltningsrätten avgjorde målet och då avtal har slutits därefter är kammarrätten förhindrad att överpröva den aktuella upphandlingen. Målet ska därför avskrivas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Catharina Abrahamsson
kammarrättsråd
ordförande



Henrik Jansson
kammarrättsråd
referent



Zandra Milton
tf assessor



Linnea Fagerberg
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-01-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23269-11
Enhet 15

SÖKANDE

Assab Lab AB, 556805-8159
Industrivägen 7
171 48 Solna

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Karolinska Institutet
171 77 Stockholm

Ombud: Advokat Malin Wallin och jur.kand. Anna Blomgren
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Assab Lab AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 198728

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Karolinska Institutet (KI) genomför en upphandling av luftduschar, dnr 3768/2011-107 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande.

I tilldelningsbeslut den 31 oktober 2011 beslutades att anta annat anbud än det från Assab Lab AB (bolaget). Tilldelningsbeslutet meddelades anbudsgivarna per e-post den 11 november 2011.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska företas varvid anbud från bolaget ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

I anbudsinbjudan ställs ska-krav upp avseende tidigare erfarenhet av liknande leveranser och uppdrag. Bolaget har angivit ESCO Micro PTE Ltd (ESCO) som underleverantör i upphandlingen. ESCO har sådan tidigare erfarenhet som efterfrågas i anbudsinbjudan. Bolaget har även lämnat en referenslista innehållande bl.a. beskrivningar av tidigare uppdrag utförda av ESCO. De ska-krav som anges i anbudsinbjudan uppfylls till fullo genom åberopande av underleverantörens kapacitet vilket är bolagets rättighet enligt gällande praxis. Det har inte heller ifrågasatts att ESCO uppfyller de krav som anges i anbudsinbjudan och att bolaget har rätt att åberopa underleverantörs erfarenhet.

KI har ansett att bolagets anbud inte uppfyller uppställda krav p.g.a. att bolaget inte lämnat bevis som styrker att anbudet uppfyller kraven. Det finns dock inget obligatoriskt krav att ge in sådan bevisning utan detta är formulerat som ett bör-krav. Vidare anges att handlingar efter begäran ska överlämnas inom två arbetsdagar. Ingivande av referenslista är därmed inte

obligatoriskt förrän sådan begäras framställs. För det fall KI avsett att utforma detta som ett ska-krav hade detta mycket enkelt kunnat göras genom att ange att angiven information och handlingar ska bifogas anbudet. KI har således inte haft stöd i anbudsinbjudan för att tillämpa ett obligatoriskt krav om ingivande av bevisning.

Det är ESCO som kommer att utföra samtliga de tjänster i upphandlingen där ESCO:s erfarenhet åberopas och ingenting annat har påståtts vare sig i anbudet eller på annat sätt. I anbudsinbjudan har inte angetts något obligatoriskt krav att ange vilka delar av uppdraget som ska utföras av vilka aktörer. Bolaget har därmed inte varit skyldigt att uttryckligen ange vilka tjänster som ska utföras av ESCO. Vidare var bolaget av uppfattningen att det faktum att ESCO:s erfarenhet beskrivits i vissa avseenden visade att bolaget avser att nyttja ESCO i dessa avseenden. KI har själva, vid prövningen av bolagets anbud, dragit slutsatsen att ESCO inte kommer att utföra de tjänster för vilka ESCO:s erfarenhet åberopas.

Bolaget uppfyller de uppställda kraven och ska därför anses kvalificerat för utvärdering i upphandlingen. Genom att förkasta bolagets anbud har KI agerat i strid med anbudsinbjudan, transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Bolaget skulle rätteligen ha ansetts kvalificerat för utvärdering. Bolaget har offererat ett pris som är klart lägre än vinnande anbuds offererade pris. Det är således tydligt att bolagets anbud skulle ha kunnat antas i upphandlingen. Mot bakgrund av ovanstående står det helt klart att bolaget riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU.

KI bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I anbudsinbjudan anges att anbudslämnare ska ha tidigare erfarenhet av liknande leveranser samt av att ha installerat och driftsatt luftduschar i befintliga lokaler. Upplysning ska lämnas om hur länge produkterna har sålts och i vilka

antal de senaste två åren. Att anbudslämnaren har erfarenhet från liknande projekt är viktigt för att säkerställa den slutliga produkten. I anbudsinbjudan har tydligt angetts att man avser att kontrollera att ska-kraven är uppfyllda genom av anbudsgivarna ingivna bevis. För att inte onödigtvis begränsa vilka bevis som accepteras har angetts vad som "bör" bifogas anbudet för att KI ska bedöma ska-kravet som uppfyllt. Anbudsgivarna har dock haft möjlighet att inge motsvarande annat bevis. Att KI har en möjlighet att begära in kompletterande handlingar för det fall anbudsgivaren inte lämnat några förtar inte erfarenhetskravets karaktär av ska-krav.

I bolagets anbud refereras till två underleverantörer, ESCO och Labrum Klimat. Enligt anbudet ska ESCO tillverka varan och ansvara för avgångskontroll i fabrik. Därefter ska bolaget utföra installation och service med beskrivna organisationer i eget bolag eller genom Labrum Klimat. Vidare framgår av anbudet att Jonas Friberg, som är anställd i bolaget, ska vara projektledare och arbeta både praktiskt och administrativt med projektet. Varken av anbudet eller av bilagorna till anbudet framgår att ESCO ska utföra service och installation. Det måste därför åligga bolaget att påvisa att bolaget innehar den erfarenhet som krävs. Bolaget har lämnat en referenslista över tidigare uppdrag utförda av ESCO samt uppgift om hur länge ESCO har sålt produkten och i vilka kvantiteter de senaste två åren. Bolaget har dock inte visat att bolaget, som är den som ska utföra tjänsten, har den erfarenhet som krävs för att uppfylla ska-kravet. Med hänvisning till att bolaget har inkommit med underlag har KI inte funnit anledning att begära kompletterande information.

UTREDNINGEN I MÅLET

I *Anbudsinbjudan* anges bl.a. följande.

3.2 Följande krav ställs

[...]

5. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av leveranser till större privata eller offentliga organisationer alternativt Universitet eller högskolor. Detta betyder att anbudsgivaren ska ha utfört uppdrag av liknande art och omfattning på ett för beställaren tillfredställande sätt. Med art och omfattning menas luftduschar med motsvarande funktionalitet och storlek. Anbudsgivaren ska även ha installerat och driftsatt luftduschar i befintliga lokaler. Upplysning ska lämnas om hur länge produkten har sålts och i vilket antal de senaste 2 åren.

3.3 Bevis

Som underlag för ovanstående prövning bör följande information och handlingar (eller likvärdigt) bifogas anbudet.

Information och intyg som [...]

1.6 Anger en referenslista på installationer som styrker anbudsgivarens erfarenhet enligt punkt 5 ovan. Referenslistan ska ange kund, kontaktperson med telefonnummer samt beskrivning av installationens art och omfattning som utförts under de senaste 2 åren räknat från det datum denna upphandling annonserats.

I *Bilaga M* till bolagets anbud anges bl.a. följande.

CV – Projektledare

Jonas Friberg

ASSAB Lab AB

[...]

Jonas Friberg kommer att fungera som projektledare och vara kontaktperson med kunden samt arbeta både praktiskt och administrativt med projektet.

I bilaga "Serviceorganisation" till bolagets anbud anges bl.a. följande.

Serviceorganisation

Bolaget nyttjar moderbolaget LabRum Klimats serviceavdelning som har egna kompetenta servicetekniker anställda samt knutna till företaget. Vi kan erbjuda våra kunder separata projektunika serviceavtal efter garantitidens utgång. [...]

Bolaget ger garanti på levererade produkter samt utfört montage. Vid garantiåtgärder utförs kontroll, justering och utbyte av den vara som ej uppfyller funktionsgarantin. [...]

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, 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 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

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU.

I nu aktuellt mål har bolaget uppgett att bolaget uppfyller de ska-krav avseende tidigare erfarenhet som ställs upp i anbudsinbjudan och att KI, genom att förkasta bolagets anbud, har agerat i strid med LOU.

I anbudsinbjudan anges att anbudslämnare ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag. Bolaget har till sitt anbud fogat handlingar vari anges bl.a. vissa referensuppdrag för bolagets underleverantör ESCO samt CV för en anställd på bolaget som ska agera projektledare. Frågan i målet är om bolaget, genom den lämnade informationen i anbudet, uppfyller ska-kravet och därför borde ha kvalificerats sig till utvärderingsfasen.

En anbudslämnare har i de flesta fall möjlighet att anlita en underleverantör för att utföra hela eller delar av det aktuella uppdraget. Av praxis följer att anbudslämnaren, för det fall en underleverantör anlitas, får åberopa dennes tidigare erfarenhet för att uppfylla ett ska-krav som det nu aktuella. Förvaltningsrätten menar dock att det i en sådan situation åligger anbudslämnaren att tydligt ange i anbudet att det är en underleverantör och inte anbudslämnaren själv som ska utföra tjänsten och att det därför är underleverantörens erfarenhet som åberopas för att uppfylla ska-kravet. Eventuell otydlighet i det avseendet måste anses ligga anbudslämnaren till last eftersom det inte kan krävas av upphandlande myndighet att göra en sådan utvidgad tolkning av uppgifterna i anbudet.

Av det bolaget har anfört i förvaltningsrätten angående lämnade uppgifter i anbudet kan det inte anses framgå med tillräcklig tydlighet att bolaget avsett att använda ESCO som underleverantör av tjänsten service och installation. Att bolaget i en bilaga till anbudet angett ESCO:s erfarenheter utan ytterligare förklaring är inte tillräckligt för att uppfylla det uppställda ska-kravet avseende tidigare erfarenhet. Inte heller har det som angetts i anbu-

det inneburit att KI bort begära in kompletterande handlingar i det avseendet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att KI har haft fog för att inte utvärdera bolagets anbud vidare. Vad bolaget har anfört ger därmed inte stöd för att den aktuella upphandlingen ska ha skett i strid med reglerna i LOU eller att de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna har trätts för när på ett sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte, varför bolagets ansökan ska lämnas utan bifall.

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

Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.

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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.