



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-10-26
Meddelad i Linköping

Mål nr
6365-16

SÖKANDE
Foria AB, 556069-1684
Box 19186
152 28 Södertälje

Ombud: Daniel Lidman
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART
Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB, 556935-7501

Ombud: Bolagsjurist Sara Devida och Ronnie Svensson
Eskilstuna Strängnäs Energi & Miljö
631 86 Eskilstuna

SAKEN
Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling
inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016-10-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 266899

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Strängnäs Energi och Miljö AB (ESEM) genomför en upphandling av ramavtal avseende snöröjning med diarienummer UH 16-25. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LUF och tilldelningsgrunden är lägsta pris. Upphandlingen är indelad i två avtalsområden, Eskilstuna och Strängnäs. Genom tilldelningsbeslut den 16 september 2016 meddelade ESEM att Maskinring Sörmland Ekonomisk förening tilldelats kontrakt för båda ramavtalsområdena, Strängnäs och Eskilstuna. Av upphandlingsrapport den 16 september 2016 framgår att Foria AB inte kvalificerades till utvärdering då anbudet inte uppfyllde kravet gällande referenser i punkten 1.3.4 Teknisk förmåga och kapacitet i förfrågningsunderlaget.

Foria AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att ny utvärdering genomförs i vilken anbudet från Foria AB beaktas.

ESEM anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**Foria AB**

Som referensuppdrag ett valdes ett pågående uppdrag med Eskilstuna kommun som beställare. Av misstag angavs dock att referensuppdrag ett påbörjades 2016 när det i själva verket påbörjades redan 2015. Uppgiften i anbudet är således direkt felaktig och ett resultat av en uppenbar felskrivning.

Referensuppdrag nyttjas i regel för att upphandlande enheten ska kunna säkerställa att anbudsgivaren har utfört sina tjänster kontraktsenligt, därav fyller det självfallet ingen funktion att ange ett referensuppdrag som i prakti-

ken inte är påbörjat. Därmed torde det stå utom alla tvivel att den tidsangivelse som anges i anbudet är en uppenbar felskrivning. Upphandlande enhet bör rimligen erbjuda anbudsgivare att rätta en sådan uppenbar felaktighet enligt 9 kap. 8 § LUF. Det torde vara en mer adekvat åtgärd i fall som detta där anbudsgivaren i fråga de facto erbjuder det klart mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

För det fall Foria AB hade erbjudits möjlighet att rätta den aktuella felskrivningen skulle kontrakt för båda avtalsområdena ha tilldelats bolaget, vilket innebär att bolaget till följd av detta lidit eller riskerat att lida skada.

Vidare framgår det av uppgifter från upphandlande enhet att den vid referenstagningen inte kom i kontakt med den i anbudet angivna referenspersonen. Härvid ska belysas att den i stället vidtalade personen vid referenstagningen hänvisade till fel ramavtal. Detta inträffade som en direkt följd av att den upphandlande enheten vid referenstagningen ställde en allt för snäv kontrollfråga då ett specifikt avtal avseende vinterväghållning efterfrågades. Ett flertalet pågående och därtill kommande avtal innehas med referenskommunen, varför denna sammanblandning av avtal kan ha uppstått. Enligt uppgift från upphandlande enhet ska den vidtalade personen hänvisat till ett kommande avtal som startar den 1 oktober 2016. Denna hänvisning är direkt felaktig då det var menat att i anbudet hänvisa till ett annat ramavtal, vilket påbörjades den 1 oktober 2015. Härutöver står det klart att detta uppdrag innehas. Foria AB bör inte rätteligen belastas för det faktum att den upphandlande enheten ställde en allt för snäv fråga vid sin referenstagning. Om den upphandlande enheten i stället hade ställt en generell fråga om kompetensen att utföra liknande tjänster hade även den tilltalade personen de facto bekräftat att bolaget innehar adekvat kunskap och aktuellt uppdrag sedan 2015.

Vad gäller den verifiering av angivna referensuppgifter som upphandlande enhet vidtagit ska även särskilt framhållas att oaktat att angiven referensperson har slutat sin anställning hos Eskilstuna kommun har denne kunskap om det angivna referensuppdraget och huruvida detta har utförts på ett tillfredsställande sätt. Denne har således kunnat bekräfta att uppdrag med goda resultat utförts flertalet gånger och att uppdrag som påbörjats 2015 finns. Härutöver bestrids att det inte fanns skäl ifrågasätta de uppgifter som lämnades vid referenstagningen. Det föreligger visst en sådan skyldighet, i synnerhet med beaktande av att den upphandlande enheten blivit upplyst om att den pratade med en annan person än den som angavs som kontaktperson för referensuppdraget. Hade upphandlande enhet i stället sett till att man kontaktat den kontaktperson som angavs i anbudet skulle denne bekräftat att det var fråga om en felaktig datumangivelse i anbudet.

Flertalet avslutade, pågående och kommande avtal innehas med referensobjektet i fråga vilka samtliga genomförs avtalsenligt. Således innehas den kapacitet och erfarenhet som efterfrågas i upphandlingen, vilket torde vara precis vad den upphandlande enheten vill kontrollera genom kravet att anbudsgivarna ska ange tre referensuppdrag.

ESEM

Det skrivfel som Foria AB hävdar är uppenbart är inte alls uppenbart, varken i den mening som kommer till uttryck i förarbeten eller i praxis. Inte heller kan det påstådda skrivfelet anses uppenbart endast sett till dess innehåll med hänvisning till att Foria AB angett 2016 och att upphandlande enheten borde ha förstått att bolaget menade 2015. Detta styrks även av det sätt på vilket Foria AB utformat texten under referensuppdrag två och tre. Det rör sig således inte om ett uppenbart skrivfel vilket borde ha upptäckts av den upphandlande enheten och som Foria AB borde ha tillåtit korrigera.

Även om skrivfelet skulle anses som uppenbart skulle en korrigerig av sådan uppgift innebära en sakändring i kvalificeringsfasen vilket i sin tur skulle riskera medföra särbehandling eller konkurrensbegränsning som står i strid med LUF.

Foria AB gör vidare gällande att referenstagningen var alltför snäv. Anlitad upphandlingskonsult har i detta fall helt enligt formens alla regler och protokoll använt sig av det telefonnummer och namn som Foria AB lämnat under respektive referensuppdrag. Eskilstuna kommun upplyste vid kontakt att den referensperson som Foria AB uppgett inte längre finns i tjänst hos kommunen. Kommunens växel kopplade dock upphandlingskonsulten till den person som ersatt den referensperson som slutat. Ersättaren meddelade då att kontraktet med Foria AB tecknades under 2016 men började gälla först från den 1 oktober 2016. Eftersom Foria AB angav tiden för uppdraget 2016–2018 och att detta ännu inte hade påbörjats, förkastades rätteligen Foria AB:s anbud. Det fanns nämligen inte någon möjlighet att bedöma något genomfört uppdrag. Vidare fanns det inte skäl att ifrågasätta de uppgifter som lämnades vid referenstagningen. Någon långtgående skyldighet att som upphandlande enhet göra utförliga efterforskningar och aktivt söka efter andra möjliga tänkbara affärsupplägg i syfte att så långt som möjligt kvalificera anbud föreligger inte heller. Ett sådant tillvägagångsätt skulle strida mot alla grundläggande principer i såväl upphandlings- som konkurrensrätten. Det måste ändå anses åligga anbudsgivaren att kvalitetssäkra sitt anbud, uppdatera, aktualisera och kontrollera uppgifter som lämnas i anbudet och därigenom försäkra sig om att man i förlängningen inte riskerar att lida eventuell skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 16 kap. 6 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

1.3.4 Teknisk förmåga och kapacitet – Referenser

Anbudsgivaren (företaget) ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad. Detta ska styrkas genom referenser avseende minst 3 liknande uppdrag, med likvärdig omfattning och komplexitet, genomförda under de senaste 5 åren.

Uppdragen ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat avseende kvalitet, tidhållning, budget och uppdragsresultat, vilket anbudsgivaren ska intyga i anbud. Dessa uppgifter kan komma att verifieras.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande enhet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning i anbudet. Det får dock inte ske i strid mot likabehandlingsprincipen. Det är därför av avgörande betydelse att en viss anbudsgivare inte t.ex. ges möjlighet att tillföra sitt anbud nya uppgifter eller undanröja vad

som egentligen utgör en missuppfattning av förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen om möjlighet till rättelse ska därmed tolkas restriktivt. Med "uppenbar" menas att felet vanligen bör vara av sådan karaktär att det för var och en framstår som felaktigt. Det bör därför utan större svårigheter kunna förstås vad som egentligen skulle ha angetts (jfr Kammarrätten i Sundsvalls mål 3234-11).

Förvaltningsrätten konstaterar att Foria AB i sitt anbud har angett 2016 som startdatum och 2018 som slutdatum för referensuppdrag ett. I anbudet framgår det inte några uppgifter som motsäger tidsangivelsen. Enligt förvaltningsrätten kan skrivningen inte anses som en uppenbar felskrivning då det inte tydligt ur anbudet kan utläsas att Foria AB uppenbarligen avsett en annan tidsangivelse och annat uppdrag. Därtill är bestämmelsen om rättelse fakultativ i den meningen att den inte medför någon skyldighet för en upphandlande enhet att tillåta rättelse. En anbudsgivare har inte heller någon rätt att få till stånd en sådan rättelse.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte närmare hur den upphandlande enheten kommer att gå tillväga vid verifiering av angivna referensuppdrag. ESEM har emellertid använt sig av det i anbudet angivna telefonnumret för att verifiera uppgifterna om referensuppdrag ett. Eftersom angiven referensperson hade slutat sin anställning kopplades ESEM vid referenstagningen till nuvarande ansvarig person. Denne hänvisade då till att kontraktet med Foria AB tecknades 2016, men började gälla först den 1 oktober 2016. Förvaltningsrätten konstaterar att tidsperioden överstämde med den tidsangivelse som bolaget uppgav i sitt anbud. Eftersom det aktuella uppdraget inte påbörjats kunde någon bedömning av erfarenhet och kompetens inte göras.

Enligt förvaltningsrätten har utifrån vad Foria AB anfört inte framkommit att ESEM förfarit inkorrekt vid referenstagningen och brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i

LUF. Skäl att förkasta anbudet med hänvisning till att Foria AB inte uppfyllt ställt krav på teknisk förmåga och kapacitet har därmed förelegat.

Förvaltningsrätten finner att det inte finns grund för ingripande enligt LUF på de av Foria AB anförda grunderna. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström

Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

