



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-07
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9585-11
 Enhet 17

SÖKANDE

Vega Måleri AB, 556317-7624

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Jessica Höijer
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

Huge Fastigheter AB, 556233-5900
 Box 1073
 141 22 Huddinge

KONKURRENSVERKET	
2011-06-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSKÄL

1. Förvaltningsrätten avslår Vega Måleri AB:s ansökan.
2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 6 maj 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 134109

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Huge Fastigheter AB (Huge) genomför en selektiv upphandling benämnd Upphandling av ramavtal avseende löpande målerientreprenadtjänster, Dnr HF 2011-0008. Upphandlingen avser ramavtal med entreprenör som i egenskap av totalentreprenör ska utföra måleritjänster efter avrop. Huge har via e-post meddelat Vega Måleri AB (bolaget) att företaget inte kvalificerat sig till fas 2, anbudsgivningen.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att det efter rättelse ska genomföras en ny urvalsprocess med en ny referenstagning. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget uppfyllde samtliga krav som ställdes i ansökningsinbjudan och hade därmed kvalificerat sig såsom anbudsgivare. Fler än 15 företag hade dock kvalificerat sig och urvalet skulle därför ske mot bakgrund av vissa urvalskriterier. Urvalet gick till på sådant sätt att ansökande leverantörer skulle redovisa två uppdrag samt kontaktuppgifter till två referenter. Huge skulle sedan kontakta referenterna per telefon eller e-post och be dem svara på frågor. Referenternas bedömning resulterade i ett antal poäng och de ansökande leverantörerna som erhållit högst poäng inbjöds till fas 2, anbudsgivning, i upphandlingen.

Bolaget fick för låga poäng från sina referenter och inbjöds inte till anbudsgivningen. Anledningen till detta var att Huge inte kontaktat den angivna referenten Kenneth Jansson på SKB. Enligt uppgift från Huge ska de ha kontaktat Kenneth Jansson via e-post den 23 mars 2011 samt skickat påminnelse den 28 mars 2011, dvs. sista dagen då referenterna skulle komma in med uppgifterna. Kenneth Jansson har dock varken fått e-post den 23 mars eller den 28 mars 2011 från Huge.

Huge bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Den 23 mars 2011 skickades ett e-postmeddelande med de i ansökningsinbjudan redovi-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

sade frågorna till e-postadress kenneth.jansson@skb.org vilken också stämmer överens med den av bolagets lämnade e-postadressen. Den 28 mars skickades en påminnelse till samma e-postadress. Även påminnelsen mottogs av mottagarens e-postserver. Enligt logglistor från IT-avdelningen står det utom tvivel att e-postmeddelandena har skickats på ovan nämnda datum till Kenneth Janssons e-postadress samt att meddelandena mottagits av mottagarens e-postserver. Det står utom deras kontroll att tillse att t.ex. skickade e-postmeddelanden inte sorteras bort i mottagarens spamfilter, att referenten inte raderar e-postmeddelandet av misstag, att referenten inte är tillräcklig uppmärksam på inkommande e-postmeddelanden eller helt enkelt underlåter att svara med anledning av tidsbrist, glömska eller annat skäl.

I avsnitt 3 i ansökningsinbjudan anges att uteblivet svar från angiven referent genererar 0 poäng och som exempel på vad som avses som uteblivet svar anges att så är fallet om de efter upprepade försök inte får tag på angiven referent. Vid två separata tillfällen har de försökt att kontakta angiven referent via den e-postadress som angivits av bolaget. Detta måste anses uppfylla definitionen ”upprepade försök” varför referenstagningen genomförts helt i enlighet med vad som anges i ansökningsinbjudan. Det ska även noteras att det klart och tydligt i ämnesraden angivits att meddelandet avsåg ”Referenstagning ramavtal Hüge Fastigheter” samt att det av avsändarens e-postadress framgår att det är Hüge som ber referenten besvara frågorna. Hur referenstagningen skulle genomföras har tydligt beskrivits i ansökningsinbjudan och därmed har inte heller principerna om transparens respektive likabehandling åsidosatts. Försök att kontakta angiven referent har gjorts upprepade gånger, i enlighet med vad som anges i ansökningsinbjudan. Referenstagningen har i övrigt genomförts på samma sätt avseende samtliga anbudsansökningar; en påminnelse har skickats till de referenter som inte besvarat frågorna dagen före sista dagen och i samtliga fall där svar inte kommit in i rätt tid har detta genererat 0 poäng i selekteringen.

Till stöd för sin talan har Huge lämnat in följande handlingar:

- Utdrag ur anbudsansökan Vega Måleri AB
- E-postmeddelande den 23 mars
- Logg e-postmeddelande den 23 mars
- Förvaltningsrättens i Stockholm dom i mål nr. 2174-08
- Logg e-postmeddelande den 28 mars

Bolaget anför här efter bl.a. följande. Enligt ansökningsinbjudan är referenternas svar på frågor avseende entreprenörens genomförande av respektive uppdrag av avgörande betydelse för om entreprenören bjuds in att delta i anbudsförfarandet eller inte. I ansökningsinbjudan är det tydligt beskrivet hur denna skulle genomföras, bl.a. anges följande: ”Uteblivet svar för hela referensuppdraget (t.ex. om Huge inte efter upprepade försök får tag på referensen) genererar 0 poäng för genomförandet av aktuellt referensuppdrag”. Detta måste ställa långtgående krav på den upphandlande myndigheten att vid upprepade tillfällen försöka få kontakt med referenterna.

De ansträngningar som Huge påstår sig ha gjort för att komma i kontakt med bolagets referent kan inte anses ha varit tillräckliga. Det e-postmeddelande som skickats den 28 mars kan inte utgöra ett rättvist försök att komma i kontakt med referenten, eftersom det skickades samma dag som svaret skulle ha kommit in. Huge får därför anses ha försökt komma i kontakt med referenten endast vid ett tillfälle, dvs. den 23 mars 2011, vilket inte kan anses vara tillräckligt. Upprepade försök måste i vart fall innebära minst tre försök. Huge har valt att inte kontakta referenterna via telefon trots att man enligt ansökningsinbjudan haft möjlighet att ta kontakt både via e-post eller telefon. Att kontakta referenter via telefon hade varit ett naturligt sätt för Huge att tillförsäkra sig om att man gjort tillräckliga försök. Huge har därför i strid med ansökningsinbjudan och likabehandlings-

principen inte genomfört upprepade försök att komma i kontakt med referenten på SKB.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges att 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.

Utredningen i målet

Under punkt 3 (*Urvalskriterier*) i ansökningsinbjudan anges bl.a. följande. För det fall fler än 15 företag uppfyller [...] ställda krav kommer de 10-15 ansökande företag som rankas högst enligt nedan angivet urvalskriterium bjudas in att delta i anbudsfordarandet. - Varje referent kan maximalt ge 50 poäng. Uteblivet svar för hela referensuppdraget (t.ex. om Huga inte efter upprepade försök får tag på referenten) genererar 0 poäng för genomfordarandet av aktuellt referensuppdrag.

Bolaget har i sitt svar som referensuppdrag 2 lämnat Kenneth Jansson på SKB med telefonnummer samt e-postadressen: kenneth.jansson@skb.org.

Förvaltningsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada. För att vinna bifall till en talan om åtgärd enligt LOU krävs således dels att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande.

Även av gemenskapsrätten följer krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överskrids (RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har inte gått vidare till anbudsgivningsfasen p.g.a. att en av bolagets referenter inte lämnat något svar. Bolaget har pekat på följande felaktigheter angående referenstagningen:

- Huge har valt att inte kontakta referenten via telefon trots att man enligt ansökningsinbjudan haft möjlighet att ta kontakt både via e-post eller telefon.
- Kenneth Jansson har varken den 23 eller den 28 mars 2011 fått något e-postmeddelande från Huge.
- Det e-postmeddelande som ska ha skickats den 28 mars 2011 kan inte utgöra ett rättvist försök att komma i kontakt med referenten eftersom det skickades samma dag som svaret skulle ha kommit in. Huge har därför endast vid ett tillfälle försökt att komma i kontakt med referenten, dvs. den 23 mars 2011. Uttrycket upprepade försök måste i vart fall innebära minst tre försök.

Frågan i målet är således om det föreligger sådana brister avseende referenstagningen att det innebär att Huge inte genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i LOU och gemenskapsrätten.

Förvaltningsrätten anser att det är den upphandlande enheten som avgör på vilket sätt referenten ska kontaktas och därför kan nöja sig med att detta sker på endast ett av de angivna sätten. Det får därefter anses åligga anbudsgivaren att se till att de referenter som anges är villiga att ställa upp,

tillgängliga vid referenstagningstidpunkten samt att rätt kontaktuppgifter anges. Någon skyldighet för upphandlande enhet att underrätta anbudsgivaren om referenter som inte kunnat nås, inte velat svara etc. kan inte föreligga, utöver vad som utlovats i förfrågningsunderlaget. Inte heller kan en upphandlande enheten ha skyldighet att själv söka efter rätt kontaktuppgifter.

Bolaget har vidare uppgett att Huges e-postmeddelanden inte nått Kenneth Jansson på SKB. Förvaltningsrätten är av den åsikten att de av Huge inlämnade e-postlogglistorna har ett sådant bevisvärde att bevisbördan vad gäller frågan om e-postmeddelandena nått referenten har flyttats över till bolaget. Bolaget har inte, t.ex. genom att komma in med logglistor avseende referentens inkommande e-post, visat att meddelandena inte nått mottagaren.

I ansökningsinbjudan har det utlovats att Huge vid uteblivet svar ska försöka få tag på referenten vid upprepade tillfällen. Bolaget har här anfört att detta inneburit att Huge i vart fall skulle ha kontakta referenten vid minst tre tillfällen.

Förvaltningsrätten anser att det är klarlagt att Huge skickat två e-postmeddelanden till Kenneth Jansson. Ett e-postmeddelande skickades den 23 mars 2011 och en påminnelse gick ut den 28 mars. Det meddelande som skickades den 28 mars mottogs enligt e-postlogglistorna redan kl. 10:09 av mottagarens e-postserver. Domstolen anser därför att det funnits tillräckligt med tid för Kenneth Jansson att besvara frågorna och skicka ett svar till Huge. Huge får mot denna bakgrund anses ha gjort upprepade försök att få tag på referenten.

Med hänsyn till det ovan anförda kan förvaltningsrätten inte finna att referenstagningen strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Vad bolaget i övrigt anfört föranleder ingen annan bedömning. Ansökan ska därför avslås.

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



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Ida Nordholm.



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