



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-10-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
41343-10
Enhet 15

SÖKANDE

Commuter Security Group AB, 556589-4507

Ombud:

Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Verket för högskoleservice
Box 24070
104 50 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2010 -03- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Verket för högskoleservice upphandling av statligt ramavtal för bevakningstjänster (dnr 52-0088-2010), vad gäller Stockholms län, tjänsteområde A – Stationär och ronderande bevakning, inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att VHS gör en ny utvärdering, varvid VHS ska bortse från Rapid Bevakning AB:s anbud.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 1 oktober 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 67700

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

Verket för högskoleservice (VHS) genomför en upphandling av statligt ramavtal för bevakningstjänster (dnr 52-0088-2010). Av VHS förfrågningsunderlag den 24 juni 2010 framgår att upphandlingen är uppdelade på anbudsområden som består av 21 län och två tjänsteområden, Stationär och ronderande bevakning (tjänsteområde A) samt Skyddsvakter (tjänsteområde B). Vad gäller Stockholms län avser VHS att teckna avtal med fem leverantörer per tjänsteområde.

Av tilldelningsbeslut avsänt från VHS den 22 september 2010 framgår bl.a. att VHS beslutat att för Stockholms län, tjänsteområde A – Stationär och ronderande bevakning, anta anbud från fem anbudsgivare, bl.a. Immunit Secure AB (Immunit) och Rapid Bevakning AB (Rapid). Commuter Security Group AB:s (Commuter) anbud kom på sjätte plats.

Efter att Commuter har ansökt om överprövning enligt LOU har förvaltningsrätten den 1 oktober 2010 på yrkande av Commuter beslutat att upphandlingen i nu aktuell del inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDE M.M.

Commuter yrkar att upphandlingen vad avser anbudsområde Stockholms län, tjänsteområde A, inte ska få avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering görs där anbuden från Immunit och Rapid inte beaktas. Commuter anför i huvudsak följande.

Immunits anbud – leveranskapacitet

Immunit har i sitt anbud angett att företaget har 142 anställda väktare och att 100 procent av dessa är tillsvidareanställda. Vidare har angetts att man inte avser att använda några väktare från underleverantörer. VHS har i

begäran om förtydligande begärt att Immunit för att styrka uppgiften om antal anställda ska inkomma med kopia eller avskrift av den till Skatteverket senast lämnade skattedeklarationen avseende arbetsgivaravgifter. Immunit har inte inkommit med begärda uppgifter utan har i stället lämna in dokument med allmänna beskrivningar av bolagets personalsituation. Av Immunits senaste årsredovisning avseende perioden den 1 juli 2008 – den 30 juni 2009 framgår att Immunit under denna period som medelantal hade fyra personer anställda. Skatteverket har den 28 september 2010 uppgett att Immunit för juni, juli och augusti 2010 betalat in arbetsgivaravgifter om 2 391 kr, 3 023 kr och 1 356 kr. Av detta framgår tydligt att Immunit inte har 142 personer anställda. Då Immunit i sitt anbud angett att man inte har för avsikt att använda sig av underleverantörer kan inte någon annan slutsats dras än att Immunit inte uppfyller skall-kravet om tillgång till minst 120 väktare och att minst 70 procent av dessa ska vara tillsvidareanställda, antingen hos anbudsgivaren eller hos underleverantörer. Av Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 framgår att även i de fall den upphandlande myndigheten inte haft skäl att ifrågasätta uppgifter i ett anbud, men där det under domstolsprocessen framkommer att uppgifterna varit felaktiga, föreligger skyldighet för domstolen att beakta dessa uppgifter.

Rapids anbud – intyg om auktorisation

Rapid har inte till sitt anbud bifogat något bevis på att bolaget innehar auktorisation att bedriva bevakningsverksamhet. Oberoende av om Rapid faktiskt har auktorisation eller inte står det klart att Rapid inte uppfyller det självständiga skall-kravet om att bifoga bevis om sådan auktorisation. VHS har således agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU när man trots denna brist antagit Rapid som leverantör i upphandlingen.

Rapids anbud – referensuppdrag

Rapid har i sitt anbud kryssat i "ej tillämpligt" vad avser referensuppdrag för Katagori 1 – Myndighetstäta län, trots att detta är ett krav för det fall anbud lämnas på ett sådant område. Det framgår inte av omständigheterna att det skulle röra sig om en felskrivning eller liknande. Rapid får därmed anses ha reserverat sig mot ett tydligt uppställt skall-krav. Att en sådan reservation kan ha skett av misstag är i detta sammanhang utan betydelse då en anbudsgivare inte kan ursäktas av brister i ett anbud kan ha skett av misstag. Rapids anbud borde ha uteslutits från vidare anbudsutvärdering, och VHS har genom att anta anbudet agerat i strid med LOU.

Rapids anbud – leveranskapacitet

Rapid har i sitt anbud angett att 10 procent av företagets 350 anställda väktare är tillsvidareanställda. Rapid har på begäran av VHS den 21 september 2010 förklarat att detta är fel och att rätt andel tillsvidareanställda ska vara 100 procent. Att Rapid angett 10 procent i stället för 100 procent vad avser andelen tillsvidareanställda kan inte anses var en sådan uppenbar felskrivning, felräkning eller annat uppenbart fel som avses i 9 kap. 8 § första stycket LOU. Att Rapid sedan efter begäran från VHS angett att den rätta siffran är 100 procent utgör inte heller en tillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Att ändra en uppgift från 10 procent till 100 procent innebär inte att man förtydligar eller kompletterar en tidigare lämnad uppgift. I stället innebär den att man byter ut en tidigare lämnad uppgift och det rör sig därför om en otillåten komplettering enligt LOU. VHS har således genom att låta Rapid byta ut uppgifter i sitt anbud agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Commuter hänvisar till Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i EG-domstolens mål C-87/941 och till Nämnden för offentlig upphandlings yttrande den 9 december 2003 till Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2831-03.

Skada för Commuter

Vid en korrekt genomförd anbudsprövning hade anbudet från Commuter, som nu placerat sig på sjätte plats, varit ett av de fem anbud som antagits. Anbudsgivare som antagits, vare sig det är som etta eller femma, har lika stor chans att erhålla avrop vid den förnyade konkurrensutsättningen. Det är därför klart att VHS överträdelser av LOU har medfört att Commuter lider skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.

VHS bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Immunits anbud – leveranskapacitet

Då kreditupplysning från Soliditet visade att Immunit enligt senaste inrapporterade årsredovisningen endast hade fyra anställda, har VHS bett Immunit att styrka de i anbudet lämnade uppgifterna om 142 anställda väktare. För att styrka leveranskapacitet begärde VHS kopia av den senast lämnade skattedeklarationen. Begäran om att få ta del av den senaste skattedeklarationen gjordes som ett första led i kontrollen av Immunits leveranskapacitet. VHS hade för avsikt att som ett andra led begära in en lista över Immunits personal. Att detta inte gjorde från början beror på att VHS ansåg det allt för ingripande utifrån sekretessynpunkt att redan i första steget begära in dessa uppgifter. Efter att VHS skickat ut begäran om att få in skattedeklarationen kontaktades VHS av Immunit, som erbjöd sig att inkomma med en lista över samtliga anställda väktare för att styrka sin leveranskapacitet. Med denna detaljerade lista kan VHS inte annat än att konstatera att Immunit uppfyller ställt skall-krav. Det finns i upphandlingen inget krav på arbetstidsmätt för väktarna. Därför ger skattedeklarationer inte en rättvis bild över ett bolags leveranskapacitet. VHS hade saknat grund att förkasta ett anbud vars skattedeklaration inte styrker ett visst antal anställda. Ett bolag kan ha tillsvidareanställda väktare som arbetar ett fåtal timmar per månad, eller som kallas in vid behov, och därför inte arbetar heltid. Att Immunits senast inbetalda arbetsgivaravgifter

inte uppgår till en summa som visar på 120 heltidsanställda väktare saknar relevans, eftersom det inte på något sätt ställts något krav relaterat till arbetstidsmått i upphandlingen.

Rapids anbud – intyg om auktorisation

Rapids anbud saknade intyg om auktorisation. VHS fann då anledning att företa en utökad kontroll genom kontakt med länsstyrelsen som är den myndighet som utfärdar auktorisationer. Vid denna kontroll fick VHS bekräftat att en giltig auktorisation föreligger. Då dessa myndighetsuppgifter inte påverkat anbudet, samt funnits tillgängliga hos länsstyrelsen redan innan anbudstidens utgång, kan VHS i enlighet med gällande rättspraxis inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen. VHS hänvisar till Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 januari 2009 i mål nr 7217-08 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 31 januari 2006 i mål nr 3979-05.

Rapids anbud – referensuppdrag

Det är korrekt att Rapid har kryssat i rutan ”ej tillämplig” i det till anbudet bifogade förfrågningsunderlaget. Oaktat vad Rapid har kryssat för ruta, så har bolaget bifogat referensuppdrag som uppfyller ställda skall-krav. Detta ska likställas med text som anbudsgivaren har angett i direkt anslutning till kryssrutan och i enlighet med punkt 1.10.4 ska de referensuppdrag som lämnats av Rapid bedömas framför kryssrutan. Denna tolkning stämmer väl överens med praxis på området, jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 22 april 2010 i mål nr 8202-09 där domstolen ansåg att ett skall-krav är uppfyllt om det i övrigt av anbudet klart framgår att kravet är uppfyllt, oavsett i vilken rutan anbudsgivaren har kryssat.

Rapids anbud – leveranskapacitet

Rapid har i bifogad blankett för leveranskapacitet uppgett att 10 procent av de offererade väktarna är tillsvidareanställda. Skillnaden mellan den kravet

på 70 procent och den siffra som Rapid har uppgett är så pass stor att det fanns anledning att anta att den inte var korrekt och det var uppenbart att det saknades en nolla. VHS är av uppfattningen att det här är ett typ-exempel på när en rättelse till följd av en uppenbar felskrivning ska kunna accepteras. – VHS finner högst osannolikt att ett företag med endast 10 procent tillsvidaranställda skulle bemöda sig att lämna anbud när kravet tydligt stipulerar 70 procent.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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.

I 9 kap. 8 § LOU är föreskrivet att 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 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse är följande föreskrivet. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse 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 ska upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

Immunit – leveranskapacitet

I VHS förfrågningsunderlag har vidare bl.a. följande angetts i punkt 2.7.1.1 (leveranskapacitet – myndighetstäta län).

För att anbudsgivare ska ha den kapacitet som krävs för att leverera stationär och ronderande bevakning inom ramen för detta ramavtal skall anbudsgivaren ha tillgång till minst 120 antal godkända väktare inom varje län som anbud lämnas på. Med tillgång menas att anbudsgivaren skall kunna erbjuda myndigheter inom det offererade länet ovan nämnda antal väktare. Av dessa väktare skall minst 70 procent vara tillsvidareanställda, antingen hos anbudsgivaren eller hos underleverantörer med vilken anbudsgivaren har ett samarbetsavtal där anbudsgivarens utnyttjande av underleverantörens kapacitet garanteras. Svar lämnas i blankett för leveranskapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att de uppgifter kring Immunits inbetalda arbetsgivaravgifter m.m. som föreligger i målet i och för sig inte står i proportion till det antal tillsvidare anställda väktare som bolaget uppgett sig ha. Något krav på att Immunits väktare över huvud taget ska ha utfört arbete för Immunit finns emellertid inte och storleken på de arbetsgivaravgifter som bolaget under senare månader erlagt till Skatteverket saknar vid sådant förhållande självständig betydelse. Förvaltningsrätten saknar därför anledning att ifrågasätta att de väktare som anges i den av Immunit upprättade och till VHS ingivna förteckning verkligen är tillsvidareanställda av Immunit. Vad Commuter har anfört och åberopat i målet medför således inte att VHS gjort fel som bedömt att Immunit uppfyller nu aktuellt krav.

Rapids anbud – intyg om auktorisation

I punkt 2.5 i förfrågningsunderlaget har vidare angetts bl.a. följande.

För att få bedriva bevakningsverksamhet måste bevakningsföretag ha tillstånd (auktorisering) av länsstyrelsen i det län bevakningsföretaget har sitt säte i enlighet med lagen (1974:191) om bevakningsföretag. Anbudsgivaren, eller de underleverantörer som anbudsgivaren avser anlita för genomförandet av uppdrag inom ramen för denna upphandling, skall vid tidpunkten för anbuds-inlämnande inneha auktorisation för offererat/offererade tjänsteområde/n samt auktorisation för samtliga obligatoriska tjänster som efterfrågas i detta underlag, om tjänsten kräver särskild auktorisation. För att verifiera kraven skall anbudsgivaren till anbudet bifoga bevis på att auktorisation innehas.

I målet är ostridigt att Rapids anbud inte innehöll något sådant bevis om auktorisation. Vidare framgår att VHS kontaktade länsstyrelsen och efterfrågade det aktuella beviset, i stället för att begära in handlingen från Rapid.

Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av lagtexten i 9 kap. 8 § LOU framgår att möjligen att komplettera ingivna anbud gäller anbudsgivaren. Något lagstöd för att vända sig till utomstående aktör, t.ex. andra myndigheter, för att inhämta kompletterande uppgifter finns varken i dessa lagrum eller annars enligt LOU. Den rättspraxis som finns kring komplettering från utomstående aktörer ger vid handen att sådana inte är tillåtliga (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 maj 2008 i mål nr 492-08). Oavsett om VHS ägt tillåta en motsvarande komplettering från Rapid har myndigheten således inte ägt lägga en på detta sätt inhämtad uppgift till grund för sin anbudsutvärdering i upphandlingen. VHS har dessutom inte ens påstått att Rapids anbud kompletterats med det efterfrågade beviset, vilket – såsom sökanden påpekat – i upphandlingen uppställts som ett självständigt och ovillkorligt krav.

Förvaltningsrätten bedömer därför att VHS förfarit i strid med LOU som kompletterat Rapids anbud i upphandlingen med uppgift som myndigheten själv begärt in från länsstyrelsen samt då anbudet inte ens efter denna

komplettering uppfyller kravet att bevis på att auktorisation innehas ska fogas till anbudet. VHS borde därför rätteligen ha förkastat Rapids anbud då detta inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda ovillkorliga krav. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på denna grund.

Rapids anbud – referensuppdrag

Vad gäller Commuters invändning mot Rapids anbud gällande referensuppdrag gör förvaltningsrätten följande överväganden.

I punkt 1.10.4 i förfrågningsunderlaget har bl.a. angetts att om valt kryssalternativ inte överensstämmer med eventuell text som anbudsgivaren har angett i direkt anslutning till kryssruta (där sådan text efterfrågas) kommer texten att bedömas i första hand.

Det är i målet ostridigt att Rapid i sitt anbud angett att kravet på referensuppdrag inte är tillämpligt. Eftersom det trots detta framgår redan av till anbudet fogad handling att kravet ändå är uppfyllt bedömer förvaltningsrätten att VHS inte förfarit i strid med LOU då den ansett att Rapids anbud uppfyller det nu aktuella kravet (se i denna del den av VHS åberopade domen).

Rapids anbud – leveranskapacitet

Vad gäller frågan om VHS gjort fel som begärt att Rapid förtydligar sitt anbud vad gäller den i anbudet angivna uppgiften att bolaget har 10 procent tillsvidareanställda väktare gör förvaltningsrätten följande bedömning. Möjligheten att begära att anbudsgivare förtydligar eller kompletterat ett ingivet anbud utgör ett undantag från huvudregeln att anbudsgivare ansvarar för utformningen av sitt anbud och får stå risken om lämnade uppgifter medför att anbudet inte bedöms uppfylla i upphandlingen ställda krav. Sådana kompletteringar m.m. ska därför användas restriktivt och endast om det kan ske utan risk för särbehandling.

Förvaltningsrätten konstaterar att Rapid i sitt anbud har lämnat en uppgift om antalet tillsvidareanställda. Uppgiften är klar och tydlig och motsägs inte såvitt framkommit av andra i anbudet lämnade uppgifter. Det är således inte fråga om en komplettering eller förtydligande av anbudet. Uppgiften är heller inte uppenbarligen felaktig på så sätt att den inte kan vara riktig.

Vid sådana förhållanden bedömer förvaltningsrätten att VHS inte med stöd av 9 kap. 8 § LOU har fått begära eller tillåta att Rapid rättar sitt anbud när det gäller uppgiften om antalet tillsvidareanställda väktare. Eftersom det av Rapid avgivna anbudet således inte uppfyllde ifrågavarande krav borde VHS ha uteslutit anbudet från vidare utvärdering även på denna grund.

Sammanfattning

VHS har således förfarit felaktigt som inte uteslutit Rapids anbud från fortsatt anbudsutvärdering då det inte uppfyllde kraven att anbudsgivare skulle bifoga bevis om auktorisation samt angett ett antal tillsvidareanställda väktare som understeg i upphandlingen ställt minimikrav. Om anbudet rätteligen uteslutits från anbudsutvärderingen hade Commuter troligen tilldelats ramavtal och felet har således medfört att Commuter kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten ska därför förordna om åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer att rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska ske varvid Rapids anbud utesluts är en tillräcklig åtgärd.

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

Susanne Bagge
Rådman

Föredragande var Henrik Grönberg.