



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-03-14

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (8)

Mål nr

25666-17

KONKURRENSVERKET	
2018-03-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Advokatfirman Gärde & Partners AB, 556675-6127
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

Ombud: David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Statens Historiska Museer
Upphandlingsenheten
Box 5428
114 84 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Advokatfirman Gärde & Partners AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 949361

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Statens Historiska Museer (SHMM) genomför en upphandling av ramavtal för juridiska tjänster, dnr. 233-2016-990. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Genom tilldelningsbeslut den 25 oktober 2017 beslutade SHMM att ingå avtal med Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB. Anbudet från Advokatfirman Gärde & Partners AB förkastades med motiveringen att anbudet saknade referensernas undertecknande på referensbladen.

Advokatfirman Gärde & Partners AB (Advokatfirman) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras, varvid Advokatfirmans anbud ska anses kvalificerat i det avseendet att återopade referensblad inte har undertecknats av referenserna. I andra hand yrkar Advokatfirman att upphandlingen ska göras om.

SHMM bestrider Advokatfirmans ansökan om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Advokatfirman

I första hand bestrider Advokatfirman att det har ställts ett obligatoriskt krav i upphandlingen på att referensbilagorna ska vara undertecknade av respektive referens. Inget sådant krav framgår av förfrågningsunderlaget och i anvisningarna i Bilaga 2 anges endast att "*Referenten ska vara behörig att företräda organisationen och underteckna detta dokument*". Lydelsen innebär att personen som fyller i bilagan ska vara behörig att dels företräda

organisationen som anges som referens och dels ha rätt att underteckna referensbilagan. Något krav på att referensbilagan i sig skulle vara undertecknad fanns inte. I annat fall skulle ordalydelsen ”äga rätt att företräda organisationen” sakna betydelse. Uteslutandet av Advokatfirmans anbud är därmed felaktigt på grund av att beslutet inte grundas på en bestämmelse eller ett krav i förfrågningsunderlaget.

I andra hand görs gällande att det varken i förfrågningsunderlaget eller av den tidigare citerade meningen i referensbladet framgår tillräckligt tydligt att det är ett krav, än mindre ett obligatoriskt krav, att referensen ska underteckna referensformuläret. Kravet kan inte anses tydligt och objektivt utformat. Det kan inte heller framstå som adekvat och rimligt i förhållande till föremålet för upphandlingen. Potentiella leverantörer har således inte haft anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för den upphandlande myndigheten. Om en sådan bestämmelse skulle anses finnas är därför uteslutandet av Advokatfirmans anbud inte förenligt med principen om transparens.

I tredje hand görs gällande att de krav och kriterier som en myndighet ställer i en upphandling inte får gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå själva syftet med upphandlingen. Detta innebär att åtgärden ska vara lämplig, effektiv och nödvändig för att uppnå syftet. Vidare ska den negativa effekt på intresset eller rättigheten som åtgärden inskränker vara proportionerlig till det eftersträvade syftet. Av referensbladet framgår att SHMM kan komma att kontakta referenserna för att verifiera uppgifterna som lämnas i referensbilagan. Således saknar det betydelse för kvalificeringen av inkomna anbud om referensbilagan har undertecknats av referensen eller inte. Därutöver skickas bilagorna in elektroniskt, varför undertecknandet endast återges i fotokopierad form. Följaktligen saknar undertecknandet av bilagorna betydelse som verifieringsåtgärd. Oaktat om bilagan är egenhändigt undertecknad av referensen eller inte så är det

anbudsgivaren som får ansvara för riktigheten av uppgifterna i bilagan. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att referensernas undertecknande av referensbladet har någon betydelse för bedömningen av anbudets innehåll. Åtgärden som referensbladets anvisning syftar till kan inte anses nödvändig för myndighetens genomförande av upphandlingen eller bidra till att referenserna lättare ska kunna verifieras. Åtgärden kan inte heller anses nödvändig för att säkerställa att samtliga anbudsgivare får samma förutsättningar och behandlas lika avseende uppgivna referenser. Det framgår i övrigt av förfrågningsunderlaget vilka uppgifter som ska lämnas från referenserna och som kommer tillmätas betydelse i upphandlingen. Kravet att referensbilagan ska undertecknas av referensen har således inte fyllt någon funktion. Att kravet ges så avgörande betydelse att Advokatfirmans anbud diskvalificeras från utvärdering kan inte anses förenligt med principen om proportionalitet.

Advokatfirman har inte uppfattat skrivelsen i referensbilagan som ett krav och har därmed inte haft något behov av att ställa frågor i detta avseende. Av tilldelningsbeslutet följer att Advokatfirmans anbud i övrigt uppfyller förfrågningsunderlagets samtliga krav och att det har erbjudit lägst pris. På grund av att SHMM har brustit i upphandlingsförfarandet får inte Advokatfirman möjlighet att utföra uppdraget eller uppdragen som upphandlingen omfattar. Advokatfirman har härigenom lidit och kan antas komma att lida betydande skada.

SHMM

Referensbilagorna som Advokatfirman hänvisar till i sin ansökan om överprövning är en del av förfrågningsunderlaget i upphandlingen och uppgifterna som efterfrågas där är en del av kvalificeringen av leverantörerna. Kvalificeringen ska visa att leverantören har det som krävs för utförande av uppdrag till SHMM. Anvisningarna i referensbilagorna har

varit tillräckligt klara och tydliga. Merparten av anbudsgivarna har inkommit med korrekt ifyllda referensbilagor. Det framgår således av anvisningarna i referensbilagorna att undertecknandet av referensbilagorna är ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Avsikten med att referenserna skulle underteckna referensbladen var att de därmed verifierar lämnade uppgifter och omdömen kopplade till de krav som framgår av punkten 2.9.2 i förfrågningsunderlaget.

Det har funnits gott om tid att ställa frågor under anbudstiden om något i förfrågningsunderlaget var otydligt formulerat eller oklart. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika under hela upphandlingsprocessen och givits samma information. Samtliga anbudsgivare har givits samma förutsättningar och möjligheter under upphandlingsprocessen. Tilldelningsbeslutet har fattats på korrekta grunder och upphandlingen är rätt genomförd. SHMM har följt de grundläggande principerna i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövning

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten brutit mot 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Av transparensprincipen följer att en upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att en potentiell leverantör ska kunna bedöma om han kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud måste han få tillräcklig information om vad som krävs för att han ska kunna tilldelas upphandlingskontraktet. Detta förutsätter att det finns ett klart och tydligt förfrågningsunderlag som ger vägledning i vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Det skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när, (RÅ 2002 ref. 50).

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132).

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därmed om det finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som Advokatfirman har anfört.

Advokatfirman har anfört att SHMM inte har uppställt ett ska-krav i form av att referensbilagorna ska vara undertecknade av respektive referens och att uteslutandet av deras anbud därför är felaktigt. För det fall det bedöms att ett sådant ska-krav finns har Advokatfirman anfört att det är i strid med principen om transparens.

Av förfrågningsunderlaget framgår, punkten 2.9.2, att anbudsgivaren ska redovisa två referensuppdrag. Vidare hänvisas, under samma punkt, till Bilaga 2 avseende hur ett antal uppställda krav på dessa referensuppdrag ska redovisas. I anvisningarna till Bilaga 2 anges bl.a. att *"Referenten ska vara behörig att företräda organisationen och underteckna detta dokument."* Därtill står det i Bilaga 2, under en streckad linje, *"Underskrift av uppdragsgivarens referent"*. Enligt förvaltningsrättens mening är Bilaga 2 en del av förfrågningsunderlaget. Vidare anser förvaltningsrätten att instruktionen i sitt sammanhang rimligen inte kan uppfattas på annat sätt än att referensen ska underteckna bilagan och att det är ett ska-krav. Mot bakgrund av ovan anförda anser förvaltningsrätten även att det krav som ställs på ifyllande av Bilaga 2 är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av vad som angetts kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. Det aktuella kravet strider alltså inte mot transparensprincipen.

Slutligen har Advokatfirman anfört att ska-kravet inte är förenligt med proportionalitetsprincipen.

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (jfr Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

SHMM har angett att avsikten med att referenserna skulle underteckna referensbladen var att de därmed skulle verifiera lämnade uppgifter och omdömen. Av förfrågningsunderlaget framgår att kravet på referenser i sin tur är till för att säkerställa att anbudsgivarna har dokumenterat god erfarenhet av att genomföra liknande uppdrag.

Det är inte ovanligt att efterfråga referenser vid en bedömning av erfarenhet. Förvaltningsrätten finner att det är en gängse metod att be om en underskrift från en person som lämnar en uppgift i syfte att verifiera den lämnade uppgiften. Att uppställa ett krav på underskrift från referenserna framstår således för förvaltningsrätten som både lämpligt och effektivt för att uppnå det avsedda syftet. Advokatfirman har inte visat att kravet inte är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som uppställda krav kan få för Advokatfirman kan inte anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten bedömer således att SHMM inte har brutit mot någon grundläggande princip i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Skäl för ingripande saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Kaija Hultquist

Kaija Hultquist

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Matilda Pupp har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.