



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2017-05-15
Meddelad i Malmö

Mål nr
2619-17

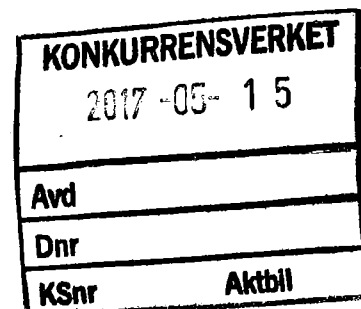
SÖKANDE
Ramböll Sverige AB, 556133-0506
Box 17009
104 62 Stockholm

MOTPART
Malmö stad
205 80 Malmö

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ramböll Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 375594

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Malmö stad, Gatukontoret, genomför upphandling Ramavtal 0297 avseende tekniska konsulttjänster, teknikområde konstruktion – Bro och kaj. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande LOU. Tilldelningsbeslut i upphandlingen har fattats den 3 mars 2017.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Ramböll Sverige AB (Ramböll) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning företas, i vilken förnyad referenstagning genomförs. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till grund för ansökan anförs i huvudsak följande. Staden har förkastat Rambölls anbud i strid mot LOU och proportionalitetsprincipen. Ramböll har lämnat det näst lägsta anbudet och hade varit en av de antagna leverantörerna om anbudet inte förkastats. Av meddelat tilldelningsbeslut framgår att bolagets anbud har förkastats på grund av att anbudet inte uppfyller ett av de uppställda kvalificeringskraven under AUB.51, krav på referens 2. Enligt det aktuella kvalificeringskravet ska anbudsgivarna till anbudet bifoga en referensförteckning över tio utförda och med föremålet för upphandlingen likvärdiga uppdrag från de senaste tre åren med angivande av referensperson för respektive referensuppdrag. Staden har sedan kontaktat en angiven kontaktperson. I referenstagningen har kontaktpersonen/referenten fått fylla i ett frågeformulär som staden via e-post skickat till angiven referent och som referenten returnerat till staden inom viss tidsfrist. Den referent som staden kontaktade för referenstagning avseende Rambölls anbud har kommit in med ifyllt frågeformulär, men av misslag lämnat två av frågorna obesvarade, varvid Rambölls anbud har förkastats. Staden har agerat i strid med proportionalitetsprincipen. Det aktuella kravet är formulerat som att kvalificeringskrav vars uppfyllnad i princip ligger utanför anbudsgivaren kontroll samtidigt som följderna av bristande

kravuppfyllelse får långtgående konsekvenser för anbudsgivaren. Konsekvensen av att anbud förkastas vid uteblivet svar på någon av frågorna är oproportionerligt om inte den upphandlande myndigheten samtidigt aktivt förvissat sig om att referentens uteblivna svar är baserat på ett medvetet val och inte är ett förbiseende. Staden har haft möjlighet att ställa kontrollfrågor till Rambölls referent i syfte att läka de uteblivna svaren. Det kan noteras att referenten gett Ramböll goda vitsord på de frågor som besvarats. Det måste för staden ha framstått som uppenbart att referenten av misstag lämnat två frågor obesvarade. Anbudsgivaren bär som kravet utformats hela risken för att referenten av någon anledning inte besvarat staden förfrågan. Det aktuella kravets utformning och stadens tillämpning av det strider mot proportionalitetsprincipen.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har genomfört en korrekt upphandling helt i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och med aktuellt förfrågningsunderlag. Ramböll har rätteligen uteslutits från vidare deltagande i upphandlingen. Det aktuella kravet på referens 2 är tydligt formulerat. Det har varit tydligt för anbudsgivarna vilka frågor/påståenden som referenterna ska bedöma samt vilka följder uteblivna svar får. Därför får det anses vara anbudsgivarnas ansvar att välja referenter som faktiskt har möjlighet att bedöma samtliga frågor. Referenten har fått rimlig tid på sig att besvara frågorna. Referenstagning på detta sätt är vedertaget på upphandlingsområdet och godtagget enligt praxis. Staden har i de mail som skickats till referenterna upplyst om att betyg 1 eller 2 eller uteblivet svar leder till att anbudet förkastas. De referenter som inte svarade under första veckan, däribland Rambölls referent, fick ett påminnelsemail. Rambölls referent inkom med svar inom svarstiden, men har bara besvarat åtta av tio frågor. Några uppgifter som skulle indikera att de uteblivna svaren skulle vara ett misstag från referentens sida har inte kommit till stadens kännedom. Oavsett detta har staden ingen skyldighet att kontrollera om en referent som inte besvarat någon fråga har begått ett miss-

tag. Att tillåta en komplettering av ett icke fullständigt ifyllt frågeformulär skulle kunna utgöra en otillåten komplettering eftersom nya uppgifter skulle ha tillförts anbudet. Staden skulle inte agera i enlighet med likabehandlingsprincipen om staden särskilt kontrollerade uteblivna svar i strid mot vad som anges i förfrågningsunderlaget. Den som åberopar en referens bär risken för missförstånd vid referenstagningen. Syftet med referenstagningen är att möjliggöra en bedömning av kvaliteten på den offererade tjänsten. Det är av största vikt för staden att säkerställa att anbudsgivaren håller en god nivå inom samtliga områden som varit föremål för referentens bedömning. Alla områden är av lika stor vikt för bedömningen av om anbudsgivaren har rätt kvalifikationer för uppdraget. Det är därför nödvändigt att anbudsgivaren uppnår en godkänd nivå inom samtliga bedömningsområden. Staden har inte ställt ett högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att

en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

I punkten AUB.51 anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga en referensförteckning (ifylld bilaga 2 Referensförteckning) över de 10 viktigaste uppdragen liknande detta uppdrag, som har utförts och slutförts av anbudsgivaren under de senaste tre åren. [...]

Angivna referenser ska vara likvärdiga med de uppdrag som ingår i aktuell upphandling. [...]

Beställaren kommer inhämta referenser från ett referensuppdrag. Referenten ska svara på frågor angående utförandet av referensuppdraget. Som referent anges förslagsvis kontaktperson som har god insikt i leverantörens utförande av kontraktet.

Anbudsgivare ska ha vidtalat referenter före anbudslämmandet om att referenten kan komma att kontaktas av den som prövar anbudet under veckorna 5 och 6. Beställaren kommer att kontakta referenterna per E-post. Om referent inte svarar försöker beställaren nå referenten ytterligare en gång. Det är därför viktigt att anbudsgivaren i förväg säkerställer att kontaktuppgifter till referenser är riktiga och att referenterna accepterar att lämna efterfrågade uppgifter om anbudsgivaren.

Referenterna betygsätter påståendefrågorna enligt betygskalan 1-5:

- 1 = Stämmer inte alls/Mycket dåligt - mycket missnöjd
- 2 = Stämmer endast undantagsvis/Dåligt - missnöjd, tveksamt godkänt
- 3 = Stämmer oftast/Godkänt
- 4 = Stämmer med enstaka undantag/Bra - nöjd
- 5 = Stämmer alltid/Mycket bra - mycket nöjd

Om något av svaren på referensfrågorna från referenterna anger betyget 1 eller 2, kommer anbudet att förkastas. Samma sak gäller om referenten valt att ej besvara en eller flera frågor.

I det fall referenten ej svarar kommer anbudet att förkastas.

Anbudsgivaren ska ej skicka blankett till referenten. [...]

Hur kravet ska styrkas: Bilaga 2 Referensförteckning ska fyllas i och bifogas anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövning enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Ramböll gör gällande att Malmö stad brutit mot LOU genom att i strid mot proportionalitetsprincipen förkasta bolagets anbud samt genom att tillämpa ett kvalificeringskrav gällande referenser som strider mot proportionalitetsprincipen. Ramböll har även riktat kritik mot hur staden tillämpat det aktuella kravet.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

Den upphandlande myndigheten har en betydande frihet att utifrån sina behov bestämma vilka krav som ska ställas i upphandlingen. Det följer dock av proportionalitetsprincipen att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller på det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen.

Såsom anförts av Malmö stad är det aktuella kravet avseende referenser tydligt utformat och konsekvenserna av om referenten ej svarat eller valt att ej besvara en eller flera frågor är klart angivna. Staden har redogjort för kravets syfte och behovet av att uppställa det. Kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Av utredningen i målet framgår att Rambölls referent inkommit med svar under svarstiden, men endast har besvarat åtta av tio frågor. Rambölls anbud har därför, helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, förkastats. Någon

skyldighet för staden att efterforska anledningen till att vissa frågor inte besvarats har inte förelegat. För det fall att referenten har begått ett misstag får Ramböll, som åberopat referenten, bära risken för detta. Enligt förvaltningsrättens mening visar inte vad Ramböll anfört att staden vid prövningen och förkastandet av bolagets anbud brutit mot proportionalitetsprincipen eller på annat sätt agerat i strid mot LOU.

Vid nu angivna förhållanden, och då Ramböll inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen, ska ansökan avslås.

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

Kerstin Hardgren

Lena Palmér har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.