



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

**DOM**

2018-02-22

Meddelad i Stockholm

Mål nr

1291-18

**SÖKANDE**

Bonorum AB, 559121-0223

Ombud: Advokat Magnus Ericsson  
Advokatbyrån Kaiding  
Box 112  
971 04 Luleå

**MOTPART**

Nynäshamns kommun

Ombud: Mikael Blomberg  
Upphandling Södertörn  
136 81 Haninge

**SAKEN**

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-04-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	1291-18

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 944989

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: <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Nynäshamns kommun (kommunen) genomförde en upphandling av ingenjörer och projektledare inom mark och exploatering, dnr SUN 2017/109. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. 5 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut daterat den 19 december 2017 framgår att anbudet från Bonorum AB har uteslutits på grund av ofullständig referens.

**Bonorum AB** (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts, eller i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. I tilldelningsbeslut den 13 december 2017 tilldelades bolaget såsom rankad nummer ett upphandlingen avseende såväl ingenjörer som projektledare. Detta då bolaget hade bästa pris. Kommunen valde sedan att ompröva tilldelningsbeslutet och meddelade därefter ett nytt beslut i vilket bolaget uteslöts med hänvisning till ofullständig referens. Enligt förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivarna lämna två referenser där liknande uppdrag hade genomförts eller påbörjats de senaste tre åren. Av förfrågningsunderlaget framgick vidare att om det inte gick att komma i kontakt med referenspersonen efter tre försök, kunde anbudet komma att förkastas. Av detta följer att kommunen haft möjlighet att förkasta anbud vid bristande kontakt med referenser. Det har således inte varit frågan om ett absolut ”skall-krav”. Bolaget hade två kvalificerade referenser som väl uppfyllde kraven och som kunde ge goda vitsord. Kommunen hade också kontakt med en av dessa personer. Den andra referensen blev dock under referensperioden akut inlagd på sjukhus och genomförde en förlossning. Detta medförde att hon hade begränsningar i kontakten med såväl telefon som digital kommunikation under flera dagar. Trots att kommunen inte fick kontakt med referenspersonen, uppgav dess representant för bolaget att man var tillfreds med situationen och meddelade ett tilldelningsbeslut där bolaget

var kvalificerat och rankat etta i båda kategorierna. Kommunen valde sedan att den 19 december 2017 meddela ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket bolaget uteslutits på grund av ofullständig referens. I samband med det första tilldelningsbeslutet valde kommunen aktivt att utnyttja sin möjlighet att inte förkasta bolagets anbud trots svårigheterna att få tag på en av referenterna. Det som har hänt därefter är att kommunen ångrat denna bedömning och därför uteslutit bolaget. Det har således inte varit frågan om att rätta något fel i upphandlingen. Det första tilldelningsbeslutet hade inte med framgång kunnat angripas vid en eventuell överprövning. Kommunens agerande har medfört att den brustit i transparens och förutsebarhet i upphandlingen. Den situation som uppstod i det nu aktuella fallet är ett utmärkt exempel på när undantag kan ske trots att det brister i kontaktförsöken. Dessutom fanns det andra referenter som bolaget kunde erbjuda och som kommunen enligt förfrågningsunderlaget kunde begära. Genom det ändrade tilldelningsbeslutet har bolaget inte behandlats korrekt av kommunen och agerandet har stått i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna. Bolaget har lidit skada eftersom det hade tilldelats upphandlingen som nummer ett i båda kategorierna om upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt.

I förfrågningsunderlaget anges att kommunen ska göra tre försök att kontakta referenspersonen per e-post. Av kommunens egna uppgifter framgår dock att det gjordes två kontaktförsök per e-post och därefter ett kontaktförsök per telefon. Kommunen har således avvikit från det förfarande som den hade bestämt. Detta har lett dels till att en möjlighet till kontakt kan ha försämrats, dels att upphandlingen inte har skett i enlighet med underlaget. Bolaget har därför inte behandlats rättvist och i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna. Bolaget har lidit skada genom att kommunen har agerat i strid med förfrågningsunderlaget eller, för det fall bristerna i kontaktförsöken inte skulle anses utgöra en direkt avvikelse från

underlaget, genom att förfrågningsunderlaget varit alltför otydligt för att uppfylla villkoren för förutsägbarhet och transparens.

**Kommunen** anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen agerade på ett riktigt sätt när det första tilldelningsbeslutet återkallades och ett nytt skickades ut i vilket bolagets anbud förkastades. Något brott mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har inte skett. När kommunen inte fick kontakt med den ena av bolagets referenspersoner beaktade man bl.a. att verksamheten snabbt behövde få avtal till stånd och beslutade därför att skicka ut ett tilldelningsbeslut den 13 december 2017. Bolaget fanns med bland de antagna leverantörerna eftersom det då bedömdes att dess anbud inom kort skulle bli kvalificerat. Något svar från bolagets referens kom emellertid aldrig och kommunen bedömde därför att det första tilldelningsbeslutet inte borde ha skickats ut eftersom bolaget inte var kvalificerat samt att ett nytt tilldelningsbeslut skulle fattas och skickas ut. Detta gjordes också den 19 december 2017. Kontrollen av anbud ingick i kvalificeringsfasen och om ett anbud inte är kvalificerat ska det förkastas. Bolagets anbud var inte kvalificerat vid tidpunkten för det första tilldelningsbeslutet då ett av referensomdömena saknades. Upphandlande myndigheter har rätt att återkalla tilldelningsbeslut om det finns sakliga skäl. I detta fall har kommunen insett att fel har begåtts och bedömt att det funnits starka skäl att återkalla tilldelningsbeslutet.

Förfrågningsunderlaget får förstås som att den initiala kontakten ska tas per e-post då de aktuella frågorna skickas ut. Nästföljande kontakter är påminnelser som kan ske på olika sätt. Kommunen bedömde det som utsiktslöst att skicka ett tredje meddelande via e-post och försökte därför att ringa istället. Det är riktigt att det i förfrågningsunderlaget angetts att anbud kan komma att förkastas om inte kontakt erhålls med referenserna. Denna valfrihet är emellertid en bedömning som ligger hos den upphandlande myndigheten och i detta fall ansågs det vara av stor vikt att få in omdömen

från båda referenspersonerna för att bedöma anbudsgivarnas lämplighet och kompetens. Bristen bedömdes därför så pass betydande att anbudet skulle förkastas. Att kommunen haft rätt enligt förfrågningsunderlaget att vid behov begära in ytterligare referenser är en möjlighet att använda sig av då de primära referenserna har inhämtats men bedömts ge bristfällig information om anbudsgivarnas kunskap och/eller kapacitet.

Kommunen kan ha förståelse för att bolaget känner att det har blivit behandlat på felaktigt sätt. Bolaget kan dock inte anses ha lidit skada i upphandlingsrättslig bemärkelse. Det ankommer på anbudsgivarna att ange referenser som är vidtalade inför aktuell upphandling och som går att få tag på efter anbudstidens slut. Risken för att angiven referens inte går att få tag på ligger hos anbudsgivaren. Kommunen har inte haft något annat val än att återkalla det första tilldelningsbeslutet. Om detta hade kvarstått hade en annan anbudsgivare framgångsrikt kunna begära överprövning av upphandlingen då en anbudsgivare som faktiskt inte var kvalificerad blivit tilldelad kontraktet.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den nu nämnda lagen 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.

I punkt 2.3.8 i förfrågningsunderlagets avsnitt om kvalificering anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska lämna två för uppdraget relevanta referenser där liknande uppdrag genomförts eller påbörjats de senast tre åren räknat från sista anbudsdag.

Beställaren har även rätt att vid behov ta in ytterligare referenser.

Beställaren bedömer om referenserna motsvarar det som efterfrågas. Syftet med referenstagning är att möjliggöra en bedömning av anbudsgivarens organisatoriska och tekniska kapacitet att leverera enligt ställda krav.

Referenspersoner ska vara vidtalad samt kunna styrka att anbudsgivaren fullföljt sina åtaganden i tid, enligt referentens prisbild och mest positiva resultat. Referenten ska vara tillgänglig från sista anbudsdag och en månad framåt. Om det inte går att komma i kontakt med referensen efter tre försök samt efter återkoppling till anbudsgivaren kan anbudet komma att förkastas.

Referenspersonerna kommer att ombes att besvara ett antal frågor, enligt nedan.

Beställaren kommer att kontakta de angivna referenserna via e-post.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna ange två referenspersoner som ska vara tillgängliga från sista anbudsdag och en månad framåt. Enligt förvaltningsrättens mening kan det nu nämnda inte uppfattas på annat sätt än att kommunen uppställt ett obligatoriskt krav på att referenspersonerna ska vara tillgängliga för att kunna lämna referenser under en viss period.

Uppgiften i förfrågningsunderlaget om att anbud kan komma att förkastas om kommunen inte erhåller kontakt med referenspersonerna får, enligt förvaltningsrättens mening, betraktas som en upplysning av subsidiär karaktär till det nu nämnda obligatoriska kravet. Av denna anledning har det inte funnits utrymme för kommunen att anta bolagets anbud utan att först ha

etablerat kontakt med dess referenspersoner. Den omständigheten att kommunen har haft rätt att vid behov ta in ytterligare referenser kan inte heller tolkas som att det har varit möjligt att frångå kravet. Det är ostridigt att en av de referenspersoner som bolaget angivit inte har varit tillgänglig under den aktuella perioden. Kommunen har därför haft grund för beslutet att förkasta bolagets anbud. Det får därmed även anses ha förelegat sakliga skäl att återkalla det första tilldelningsbeslutet som meddelades den 13 december 2017.

Det är ostridigt att kommunen försökte att ta kontakt med bolagets referensperson per e-post vid två tillfällen och att det därefter gjordes ett kontaktförsök per telefon. Bolaget har gjort gällande att kommunen därigenom har avvikit från det förfarande som angivits i förfrågningsunderlaget. Det kan konstateras att det i förfrågningsunderlaget anges att anbudet kan komma att förkastas efter tre misslyckade kontaktförsök och att de angivna referenserna kommer att kontaktas per e-post. Enligt förvaltningsrättens mening får detta uppfattas som att referenspersonen ska kontaktas tre gånger per e-post innan anbudet förkastas. När kommunen den tredje gången istället valde att försöka få telefonkontakt med referenspersonen utgjorde detta således en avvikelse från det förfarande som angetts i förfrågningsunderlaget. Det har emellertid inte framkommit att referenspersonen skulle ha haft möjlighet att lämna referenser i rätt tid för det fall även det tredje kontaktförsöket gjorts per e-post. Bolaget kan därför inte anses ha lidit eller ha kunnat komma att lida skada av att det tredje kontaktförsöket gjordes per telefon istället för e-post. Det är inte heller i övrigt visat att bolaget på grund av avvikelsen har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad bolaget har anfört i målet inte innebär att det föreligger skäl att besluta att upphandlingen ska

göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Theresa Winnberg Elliot  
Förvaltningsrättsfiskal

Andreas Thörnroos 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 rättsens 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 försörjningssektorerna

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 rättsens 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.