



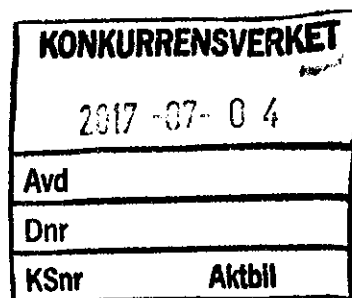
### SÖKANDE

School Management AB, 556871-9966  
Höjdrodergatan 8  
212 39 Malmö

Ombud: advokat Madeleine Sifvert och jur.kand. Marion Kronberg  
Advokatfirman Nova AB  
Box 55996  
102 16 Stockholm

### MOTPARTER

1. Lunds kommun
2. Eslövs kommun
3. Höörs kommun
4. Hörby kommun
5. Kävlinge kommun
6. Svalövs kommun
7. Räddningstjänsten Syd
8. Burlövs kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Lomma kommun



Ombud för samtliga motparter:  
Lunds kommun  
Box 41  
221 00 Lund

### SAKEN

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

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Lunds, Eslövs, Höörs, Hörby, Kävlinge, Svalövs, Burlövs, Staffanstorps och Lomma kommuners och Räddningstjänsten Syds upphandling avseende AV-utrustning (KS 2016/0508) inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, vid vilken anbudet från School Management AB ska beaktas.

## BAKGRUND

Lunds kommun, Eslövs kommun, Höörs kommun, Hörby kommun, Kävlinge kommun, Svalövs kommun, Räddningstjänsten Syd, Burlövs kommun, Staffanstorps kommun och Lomma kommun (upphandlande myndigheter) genomför en samordnad upphandling av AV-utrustning (KS 2016/0508). School Managements anbud har förkastats mot bakgrund av att School Management har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen samt att School Managements anbud inte uppfyller ska-kravet beträffande teknisk kapacitet.

Lunds Pastorat har också deltagit i upphandlingen ovan. Ansökan om ingripande i upphandlingen beträffande Lunds Pastorat har genom beslut denna dag avvisats på grund av att Lunds Pastorat inte utgör en upphandlande myndighet enligt LOU (se mål 623-17).

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING

**School Management AB** (School Management) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid bolagets anbud ska ingå vid utvärderingen.

Som grund för sin talan anför School Management bl.a. följande. Upphandlande myndigheter har felaktigt uteslutit School Management från upphandlingen. School Management har inte gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövning. School Managements anbud uppfyller vidare samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. School Management, som har lämnat lägsta anbudspris, har därför lidit skada.

*Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövning*

School Management har varit befintlig leverantör i det tidigare avtalsförhållandet. Under den tidigare avtalsperioden har School Management ombesörjt cirka 62 beställningar. Beträffande flertalet av de upphandlande myndigheterna har det inte förekommit ett enda klagomål. School Management har på fråga från upphandlande myndigheter redogjort kring få situationer som ligger till grund för uteslutningen på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen beträffande leveranser till Eslövs och Lunds kommun. School Management har även erlagt det vite som krävs av Eslövs kommun. Ingen av avtalsparterna har sagt upp avtalet eller framställt en hävningsförklaring. Det är inte förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta School Management på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

*Ska-krav beträffande teknisk kapacitet*

Förutsättningarna för upphandlingen anges i förfrågningsunderlaget. Kraven som ställs på anbudsgivaren ställs även på eventuell underleverantör/er. School Management har angett att bolaget har för avsikt att använda sig av underentreprenör vid fullgörandet av uppdraget.

Av anbudsvärderingen framgår att upphandlande myndigheter inte anser School Management har den tekniska kapaciteten som krävs för att utföra aktuellt uppdrag. Upphandlande myndigheter anser att School Management genom att ange att endast en underleverantör ska ansvara för elarbete inte har visat att obligatoriskt ska-krav är uppfyllt. Enligt punkten 3.1.2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare enbart ange ”ja” eller ”nej” om de uppfyller kravet. Anbudsgivaren ska alltså endast intyga, inte bevisa en omständighet. Upphandlande myndigheter har gått utanför förfrågningsunderlagets ram och kravspecifikation vid bedömningen huruvida School Management uppfyller kravet på teknisk kapacitet. Upphandlande myndigheter

siar om en framtid som upphandlande myndigheter helt saknar vetskap om. Upphandlande myndigheter har inte heller tidigare arbetat med underleverantören. Upphandlande myndigheter har inte visat något sakligt stöd för sitt påstående om att School Management inte uppfyller ska-kravet.

Upphandlande myndigheter har gjort en annorlunda bedömning av School Managements anbud i förhållande till resterande anbudsgivare. Även andra leverantörer har begått avtalsbrott utan att deras anbud har blivit förkastade. Upphandlande myndigheters bedömning av School Managements och underleverantörers leveransförmåga går långt utanför ramarna som är upprättade i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndigheters agerande och samlade bedömning är i strid med likabehandlingsprincipen.

**Upphandlande myndigheter** bestrider bifall till ansökan om anför i huvudsak följande.

*Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövning*

Upphandlande myndigheter har genomfört en utredning över alla omständigheter som har framkommit under tidigare avtalsperiod. School Management har fått möjlighet att bemöta utredningen. Utredningen har sedan legat till grund för att utesluta School Management från upphandlingen. I utredningen bad upphandlande enheter School Management visa att bolaget vidtagit följande åtgärder.

1. Ersatt eller åtagit sig att ersätta uppkomna skador som har orsakats av uppvisade omständigheter.
2. Klargjort förhållandena och omständigheterna på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med kommunerna.

3. Vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra framtida bristfälliga leveranser, avvikelser eller missförhållanden.

De händelser som legat till grund för uteslutning är följande.

Avtalet med Lunds kommun

1. Otydlig offert vilket har inneburit merarbete för kommunen.
2. Avvikelse i form av försening av leverans.
3. Avvikelse i form av angivna felaktiga uppgifter för betalning av fakturor vid upprepade tillfällen vilket har inneburit merarbete för kommunen.

Avtalet med Eslövs kommun

En större installation av AV-utrustning (totallösning) till stadshusets största konferensrum har inte slutförts i tid.

I svarsbrevet från School Management medger School Management att avtalsbrott skett i form av upprepade leveransförseningar som ledde till utkrävande av vite för Eslövs kommun. Bolaget gör gällande att leveransförseningar i Eslövs kommun beror på underleverantörer och detta ligger utanför School Managements kontroll. Omständigheter som ligger utanför leverantörens kontroll är de som faller under force majeure begreppet. Att School Managements underleverantörer inte levererade i tid är inte en godtagbar förklaring. Genom sitt agerande har School Management förbrukat sitt förtroende i professionellt hänseende gentemot flera upphandlande myndigheter.

*Ska-krav beträffande teknisk kapacitet*

I enlighet med punkten 3.1.2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren ha teknisk förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Vidare kan den upphandlande myndigheten enligt punkten 1.8 i förfrågningsunderlaget begära in bevis från anbudsgivaren som ska styrka att kraven uppfylls i enlighet med bestämmelserna. Av punkten 3.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att om en anbudsgivare avser att anlita en underleverantör för att åberopa dennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att fullgöra kontraktet ska anbudsgivaren kunna uppvisa ett åtagande, till exempel ett samarbetsavtal, som styrker att denna kommer att förfoga över nödvändiga resurser. School Management har uppgett att de kommer att använda sig av en underleverantör. Underleverantören ska anlitas i de fall elarbeten behöver utföras. Elarbeten avser endast en liten del av det totala arbetet vid en installation. Det är anbudsgivaren som har bevisbördan för att anbudet, trots tidigare brister, avvikelser och avtalsbrott uppfyller ska-kravet. Mot bakgrund av inträffade situationer i tidigare avtalsförhållanden och det faktum att School Management endast avser att använda sig av en underleverantör anser inte upphandlande myndigheter att School Management förmått visa att de uppfyller ska-kravet beträffande teknisk kapacitet. Därtill kommer att nu aktuell upphandling utökats med ytterligare upphandlande myndigheter.

School Management uppger att åtgärder har vidtagits för att säkerställa att motsvarande situation inte inträffar igen men det återstår att konkret visa dessa samt ett eller flera åtaganden, till exempel samarbetsavtal med andra underleverantörer som styrker att School Management kommer att förfoga över nödvändiga resurser för uppdragets framtida utförande.

Händelseförloppet i tidigare avtalsituation och School Managements hantering visar tydligt att School Management inte har teknisk förmåga och kapacitet att bland annat respektera samt uppfylla krav på leveranstider.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Tillämpliga bestämmelser*

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.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.

Av 10 kap. 2 § 4 LOU framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Frågan i målet är dels huruvida upphandlande myndigheter förmått visa att School Management gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövning som medför rätt att förkasta School Managements anbud, dels huruvida School Management förmått visa att bolaget uppfyller kravet på teknisk kapacitet.

*Har upphandlande myndigheter förmått visa att School Management gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen under tidigare avtalsförhållande?*

Som framgår av 10 kap. LOU är det den upphandlande myndigheten som ska visa det föreligger sådana missförhållanden som utgör allvarligt fel i yrkesutövningen. Enligt uttalanden i Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) avgörande HFD 2013 ref 61 menas med ”visa” att den upphandlande myndigheten ska göra det sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare framgår att bedömningen av om så är fallet tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet.

Upphandlande myndigheter har till stöd för att School Management gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen åberopat en utredning av ett antal brister i bolagets arbete under föregående avtalsperiod. Utredningen avser händelser som inträffat i avtalsförhållandet mellan School Management och Lunds kommun samt School Management och Eslövs kommun. Även händelser som inträffat mellan School Management och aytalet mellan Kävlinge kommun har använts för att stödja de brister som förekommit.

Den av upphandlande myndigheter åberopade utredningen ger stöd för att School Management i samband med tidigare utförande av vissa av dessa arbeten gjort sig skyldigt till felaktigheter i några av de kommuner som nu aktuell upphandling avser. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att upphandlingen avser ett stort antal kommuner och annat har inte framkommit än att i övervägande del av kommunerna har det inte påtalats några brister vid leveranserna. Enligt förvaltningsrättens mening är det därför inte visat att de påtalade brister som ligger till grund för uteslutning skulle vara av sådan karaktär eller omfattning att grund för uteslutning föreligger. Förvaltningsrätten finner därmed att upphandlande myndigheter inte haft fog för att utesluta School Management med hänvisning till att bolaget gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § 4 LOU.



*Uppfyller School Managements anbud ska-kravet beträffande teknisk kapacitet?*

Av punkten 1.8 (Verifikationer och kontroll) framgår följande. Huvudregeln i denna upphandling är att leverantörförsäkran godtas som ett bevis på att kraven uppfylls och uppgifterna i anbudet är riktiga. När omständigheter i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta detta kommer den upphandlande myndigheten att begära de verifikationer som krävs för att bedöma att krav uppfylls. Alla verifikationer ska vara tillgängliga omedelbart tillställas upphandlande myndighet.

Av punkten 3.1.2 (Teknisk förmåga och kapacitet) framgår följande. Anbudsgivaren ska ha teknisk förmåga och kapacitet att fullgöra uppdraget, d.v.s. det anbudsområdet avser. Om leverantör under avtalstiden ej har teknisk förmåga och kapacitet att fullgöra uppdraget gäller 4.34.

Av punkten 4.34 (Förtida uppsägning med omedelbar verkan) framgår följande. I händelse av att Leverantören inte visar sig uppfylla angivna krav och åtaganden på sitt genomförande av uppdragen och/eller angivna brister ej åtgärdas på ett godtagbart sätt kan avtal sägas upp i förtid. Om bristerna är väsentliga kan ramavtal säga upp med omedelbar verkan. I händelse av sådan uppsägning skall Köparen erhålla skälig ersättning av Leverantören för den olägenhet eller merkostnad som detta kan orsaka.

Av punkten 3.1.3 (Underleverantör) framgår följande. Om Anbudsgivaren avser att anlita en underleverantör för att åberopa dennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att fullgöra kontraktet, skall Anbudsgivaren kunna uppvisa ett åtagande, t ex ett samarbetsavtal, som styrker att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Anbudsgivaren ansvarar för att underleverantörens arbete såsom för eget arbete. Byte av underleverantör skall godkännas av Köparen.

Upphandlande myndigheter har gjort gällande att School Management inte uppfyller ska-kravet beträffande teknisk kapacitet. Myndigheterna har gjort en samlad bedömning av den utredning som de tillställt School Management med anledning av eventuell uteslutning på grund av fel i yrkesutövning och det faktum att School Management endast åberopat en underleverantör i anbudet. Upphandlande myndigheter gör gällande att School Management fortfarande kan visa att det uppfyller kravet genom att t.ex åberopa ytterligare samarbetsavtal med andra underleverantörer.

Förvaltningsrätten konstaterar att huvudregeln i aktuell upphandling är att leverantörsförsäkran godtas som ett bevis på att obligatoriska krav uppfylls. Omständigheter i enskilda fallet kan dock ge upphandlande myndighet skäl att begära de verifikationer som krävs för att bedöma att krav uppfylls (se punkt 1.8 i förfrågningsunderlaget).

Utgångspunkten för om School Management uppfyller ska-kravet beträffande teknisk kapacitet är att kravet ska bedömas vid tidpunkten för anbudsinlämnandet. Att bolaget, som upphandlande myndigheter hävdar, fortfarande har möjlighet att visa att kravet är uppfyllt t.ex. genom samarbetsavtal med ytterligare underleverantörer, saknar därför betydelse.

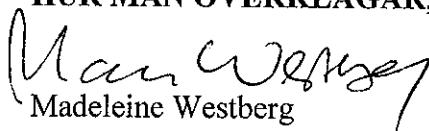
Upphandlande myndigheter har, som det får förstås, inte ifrågasatt att School Management i sig innehar ett samarbetsavtal med den underleverantör som bolaget i anbudet åberopar ska utföra elarbeten. Enligt vad upphandlande myndigheter själv invänt omfattar sådana elarbeten en mindre del av uppdraget. Annat har heller inte framkommit än att åberopad underleverantör i och för sig skulle ha kapacitet att fullgöra sitt uppdrag i den, om än begränsad, del underleverantören åberopats. School Management har inte åberopat underleverantör i några andra delar av ett kommande uppdrag. Under alla förhållanden har upphandlande myndigheter inte begärt in verifikat-

ioner i fråga om teknisk kapacitet före tilldelningsbeslutet. Vad upphandlande myndigheter anger som grund för att utesluta School Management på grund av avsaknad av teknisk kapacitet, nämligen att bolaget inte uppfyller kravet med hänvisning dels till brister i tidigare avtalsförhållanden, dels till att endast en underleverantör åberopas, saknar enligt förvaltningsrätten stöd i förfrågningsunderlaget.

School Management har uppgett att de har teknisk kapacitet som krävs. Med hänvisning till detta och redogörelsen ovan anser förvaltningsrätten att School Management därmed har följt förfrågningsunderlaget och uppfyller kravet på teknisk kapacitet såsom det är utformat.

Enligt förvaltningsrättens mening har upphandlande myndigheter inte haft fog för att utesluta School Management från upphandlingen på de grunder som skett. Bolaget, som obesträtt har lämnat lägsta anbudspris, har därmed lidit skada och skäl att ingripa mot upphandlingen genom rättelse föreligger. Detta ska ske på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan en ny utvärdering genomförts vid vilken anbudet från School Management ska beaktas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV3109/1B LOU)

  
Madeleine Westberg

Ulrika Skogler 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.