



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2018-11-26

Meddelad i Stockholm

Mål nr

13674-18

SÖKANDE

E-Schakt Entreprenad AB, 556438-0862

Box 20074

161 02 Bromma

MOTPART

Sollentuna kommun, Trafik- och fastighetsnämnden

191 86 Sollentuna

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-11-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingarna får avslutas först sedan rättelse skett genom en ny prövning av anbud.

Dok.Id 1028445

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: avd21.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Sollentuna kommun (kommunen) har genomfört två upphandlingar (SK2018-0036 och SK2018-0038) avseende entreprenader i fråga om omisolering och betongreparationer av ett antal broar. Upphandlingarna har genomförts med tillämpning av förenklat förfarande enligt 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, med tillämpning av regeln om begränsad kontroll. Den 4 juni 2018 beslutade kommunen att tilldela de utannonserade avtalen till en annan leverantör än E-Schakt Entreprenad AB, vars anbud bedömdes vara det tredje mest ekonomiskt fördelaktiga.

E-Schakt Entreprenad AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingarna ska rättas på så sätt att ny utvärdering och tilldelning ska ske varvid både den vinnande och den prismässigt andraplacerade leverantörens anbud ska uteslutas och bolagets anbud ska tas med. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingarna ska rättas på så sätt att ny utvärdering och tilldelning ska ske varvid den vinnande leverantören ska uteslutas och bolaget tas med. Därutöver yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska fordra in de delar av de konkurrerande anbudsgivarnas anbud som ännu inte lämnats ut av kommunen och därefter låta bolaget ta del av dessa handlingar. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Kommunen har genomfört upphandlingarna i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och borde ha uteslutit de båda andra leverantörerna. Företrädare för båda dessa har genom dom från allmän domstol funnits skyldiga till brott respektive omnämnts i domskäl. Den andraplacerade leverantören har genom samma dom ålagts företagsbot. Vad avser den vinnande leverantören framstår dess legale företrädare vidare som en målvakt, medan den verkliga företrädaren förefaller vara dennes far, som också gjort sig skyldig till brott. Av kontroll mot Skatteverket framgår att den vinnande leverantören inte heller har betalat några arbetsgivaravgifter under ett antal månader trots att den ska ha haft anställda under motsvarande period. Någon förklaring till detta saknas, och såvitt bo-

laget känner till finns det inte några situationer när ett företag med anställd personal kan vara befriat från att betala arbetsgivaravgifter. Den prismässigt andraplacerade leverantören har enligt kommunen i brist på egen personal avtalat om att få använda sig av den vinnande leverantörens resurser, men vid kontrollen mot Skatteverket tycks det snarare vara den andreplacerade, snarare än den vinnande, som har anställda. Det har inte heller framkommit vad det skulle finnas för ekonomiska incitament för ett sådant upplägg. Det finns ett flertal omständigheter som tyder på att de båda konkurrerande leverantörerna ingått en överenskommelse i syfte att snedvrیدا konkurrensen. Detta, då det finns tydliga kopplingar mellan de båda bolagen, de offererar samma platschef och arbetsledare, de har angett samma adress och växelnnummer i sina anbud, texten i anbuderna har en liknande handstil och bläckfärg, anbudshandlingarna är utformade på liknande sätt samt anbuderna har en liknande prissättning. Kommunen har också åberopat vissa uppgifter som inte funnits tillgängliga när frågan om uteslutning behandlades utan som inkommit först efter anbudsutvärderingen. Hur kommunen vid tilldelningstidpunkten kunnat utesluta att det skulle vara fråga om ett samordnat förfarande är högst oklart. Ingen av de konkurrerande leverantörerna uppfyller vidare kraven på kvalitets- och miljöledning, då deras beskrivningar i detta sammanhang är alltför allmänt avfattade och därtill i princip identiska. Genom att underteckna anbudformulären har leverantörerna intygat att uteslutningsgrunder inte föreligger, och de har därmed lämnat oriktiga uppgifter. Den överenskommelse som den vinnande leverantören gett in till åberopande av annat företags kapacitet i fråga om ekonomisk och finansiell ställning kan heller inte godtas, eftersom förbindelsen till sin utformning endast avser anbudsinlämnandet, inte uppdragsfullgörandet. Det förefaller även ur ett affärsmässigt perspektiv osannolikt att det andra företaget, som inte har någon synbar koppling till leverantören, skulle ställa sin ekonomiska och finansiella kapacitet till förfogande för fullgörande av det upphandlade avtalet. Den vinnande anbudsgivaren har inte heller uppfyllt det obligatoriska kravet på tre referensuppdrag utförda i egen regi. Eftersom leverantören

enligt egen uppgift avser hyra in maskiner och fordon i den omfattning som krävs har denne inte heller säkerställt att nödvändig kapacitet finns tillgänglig. I båda leverantörernas företagsbeskrivningar anges vidare att de avser samarbeta med flera andra mindre företag, men inget av dem har åberopat dessas kapacitet. Om en upphandlande myndighet har uppställt ett obligatoriskt krav ska leverantörer kunna utgå från att kravet är så viktigt att de som inte kan eller vill uppfylla kravet avstår från att lämna anbud. Det är därför inte möjligt för upphandlande myndigheter att anta anbud som inte uppfyller samtliga krav, även om avvikelserna är bagatellartade. Genom att inte utesluta de båda andra leverantörerna har kommunen fråntagit bolaget möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingarna, varför bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Stora delar av de andra leverantörernas anbud har vidare inte lämnats ut till bolaget av kommunen med hänvisning till sekretess, dock till synes på helt godtyckliga grunder. Uppgifterna behövs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning, då de har betydelse för frågan om leverantörerna uppfyllt obligatoriska krav. Bolaget har valt att inte överklaga kommunens sekretessbeslut till kammarrätten, eftersom det bedöms som mer processekonomiskt effektivt att inhämta uppgifterna genom förvaltningsrätten.

Kommunen bestrider ansökan om överprövning och bifall till yrkandet om att förvaltningsrätten ska begära in handlingar och låta bolaget ta del av dem. Kommunen anför bl.a. följande. Flera av de grunder som bolaget åberopat utgör fakultativa uteslutningsgrunder, som endast innebär möjlighet för kommunen – inte skyldighet – att utesluta en leverantör. Det går inte att framtvinga en uteslutning med hänvisning till sådana grunder. I fråga om åberopade referensuppdrag hos den vinnande leverantören framgår det av rättspraxis att en anbudsgivare kan förlita sig på sin egen personals erfarenhet för att uppfylla detta slags krav. Det är en logisk och rimlig ordning eftersom det i praktiken alltid kommer att vara fysiska personer som utför det faktiska jobbet. Vad avser de intyg genom vilka den vinnande leverantören

åberopar annat företags kapacitet framgår det tydligt att de avser de konkreta kontrakt som är föremål för de aktuella upphandlingarna. Det finns heller inga formkrav för hur ett sådant åtagande ska se ut. Påståendet om att den vinnande leverantörens företrädare skulle vara en s.k. målvakt är ogrundat, och dennes släktskap med en dömd person är inte heller något som kan läggas leverantören till last. Den vinnande leverantören har enligt Skatteverkets officiella register inte skulder avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter. Det har inte framkommit att uppgifterna i leverantörens anbud skulle vara oriktiga. I fråga om socialavgifter kan ett företag bestå av tjänstemän och yrkesarbetare utan att det medför en skatte- eller avgiftsskyldighet, och det kan vara så att det inte aktualiserats någon betalningsskyldighet under den period som redovisats vid kontrollen mot Skatteverket. Kommunen har inledningsvis förlitat sig på uppgifterna i anbuden, men efter att bolaget uppmärksammade de åberopade omständigheterna har kommunen övervägt dessa och gjort efterforskningar samt ställt frågor till de andra leverantörerna. De uppgifter och svar som framkommit kan inte läggas till grund för uteslutning. Det faktum att de båda konkurrerande leverantörerna offererat samma platschef och arbetsledare samt att vissa priser i anbuden är identiska kan förklaras av att den andraplacerade leverantören i brist på tillgängliga resurser inhämtat en offert från den vinnande leverantören i syfte att kunna anlita denne under avtalstiden. Det förhållandet att de båda har samma adress och växelnummer kan förklaras av att de är lokaliserade i samma företagshotell. Företrädaren för den vinnande leverantören har tidigare arbetat för den prismässigt andraplacerade och tagit med sig know-how därifrån, vilket förklarar varför vissa av anbudshandlingarna liknar varandra. Det går inte att dra några slutsatser utifrån handstilen och bläckfärgen i anbuden. Det finns inga bevis på att det skulle finnas något samordnat förfarande leverantörerna emellan. De redogörelser som leverantörerna gett in avseende kvalitets- och miljöledning är utformade på ett fullgott sätt och uppfyller ställda krav. Beträffande bolagets begäran om att få ta del av handlingar anser kommunen att framförda argument kan bedömas utifrån

hos domstolen befintligt material. Stora delar av anbudshandlingarna omfattas av sekretess, och någon generell granskning av anbuden i upphandlingen kan inte lagligen bifallas. Bolaget har erhållit överklagbara sekretessbeslut avseende begärt material, och dessa beslut kan överklagas till kammarrätten om bolaget anser att bedömningen är felaktig.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingarna på de grunder som bolaget har åberopat. Parterna bär själva ansvaret för utredningen och domstolen är vid prövningen begränsad till vad parterna har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas i det fall den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § samma lag eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter bl.a. behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med proportionalitetsprincipen. Domstolen är inte bunden av vad parterna yrkat i fråga om val av åtgärd i det fall ansökan om överprövning ska bifallas (jfr RÅ 2005 ref. 47, HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2008 not. 26).

I en upphandling utgör upphandlingsdokumenten en central del av förfarandet. En förutsättning för att dessa ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i dem upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av upphandlingsdokumenten se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremå-

let för upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr HFD 2016 ref. 37 II).

Bolaget har bl.a. ifrågasatt den vinnande leverantörens kravuppfyllnad i fråga om i upphandlingarna efterfrågade referensuppdrag. I avsnitt 1.4 i upphandlingarnas utvärderingsmallar anges att anbudsgivare i sina anbud ska kunna styrka att de har resurser, kompetens och erfarenhet att organisera, utföra och följa upp entreprenaderna enligt ställda krav. I det nästföljande stycket anges att anbudsgivare under de fem senaste åren ska ha slutfört tre uppdrag som till sin art, innehåll och omfattning motsvarar i upphandlingarna beskrivna uppdrag.

Den vinnande leverantören har i sina anbudsbrief uppgett att det är ett nystartat företag varför företagsreferenser saknas. Leverantören har istället lämnat referensuppdrag avseende åberopad platschef samt arbetsledare. Förvaltningsrätten konstaterar dock att de aktuella ska-kraven är utformade på så vis att det är anbudsgivaren som ska ha slutfört de tre efterfrågade uppdragen. Det har därför funnits anledning för potentiella anbudsgivare att anta att detta varit en förutsättning för deltagande i upphandlingen. Att tilldela den vinnande leverantören avtal trots att dennes anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i detta hänseende är enligt förvaltningsrättens mening oförenligt med likabehandlingsprincipen. Att kommunen i efterhand bedömt att sådan erfarenhet som en anbudsgivare har tillgång till genom sina an-

ställda i tillräcklig mån kan styrka den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågas ändrar inte denna bedömning, eftersom dessa är överväganden som borde ha gjorts redan vid utformningen av aktuella obligatoriska krav såsom de förekommer i upphandlingsdokumenten. Förvaltningsrätten finner heller inget stöd i rättspraxis för att en juridisk person generellt sett kan tillgodogöra sig sådan erfarenhet som dess anställda tillskansat sig hos andra arbetsgivare för uppfyllande av krav av nu aktuellt slag.

Kommunen har vid prövningarna av den vinnande leverantörens anbud i de båda upphandlingarna avvikit från de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten i fråga om de referensuppdrag som ska ha slutförts av anbudsgivaren. Det kan redan av detta skäl konstateras att utvärderingarna genomförts i strid med de grundläggande principerna i LOU. Myndigheten har vid sina prövningar tillämpat regeln om s.k. begränsad kontroll enligt 19 kap. 20 § LOU och endast kontrollerat uppfyllnaden av tillämpliga kvalificeringskrav avseende den anbudsgivare som erbjudit lägst pris, dvs. den vinnande leverantören. Sådan kontroll har inte skett avseende övriga leverantörer. Bolaget har därmed riskerat att lida skada, trots att det bedömts vara det tredje mest ekonomiskt fördelaktiga. Förvaltningsrätten finner av ovanstående skäl att upphandlingarna ska rättas och en ny prövning av anbudet ske.

Vid denna utgång saknas skäl att ta ställning till bolagets yrkande om att handlingar ska begäras in från kommunen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR 05).

Leif Nilsson

Rådman

Veronica Montell har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

