



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2018-03-27
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6148-17 E

SÖKANDE

TSTgruppen AB, 556606-6436

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

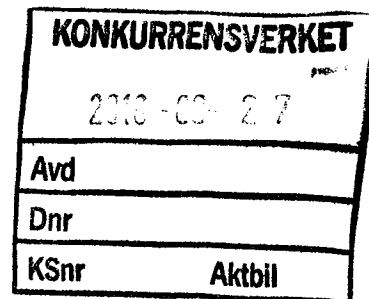
MOTPARTER

1. Svensk Storköksservice AB, 556672-3804
Källängsvägen 2
141 71 Segeltorp

2. Tierps kommun
815 80 Tierp

SAKEN

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller TSTgruppen AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen avseende service och reparationer av storköksutrustning (dnr 2017-02) får avslutas först sedan rättelse skett genom att förnyad anbudsutvärdering genomförs varvid anbud från Svensk Storköksservice AB inte ska beaktas vid utvärderingen.

Dok.Id 231009

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tierps kommun (kommunen) genomför upphandling avseende service och reparationer av storköksutrustning. I tilldelningsbeslut den 6 november 2017 har anbud från Svensk Storköksservice AB antagits.

TSTgruppen AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs där anbudet från Storköksservice utesluts från anbudsutvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU om likabehandling och principen om ett öppet förfarande genom att utvärdera anbud från Storköksservice trots att det inte uppfyller de obligatoriska krav som uppställts i p. 3.1 i förfrågningsunderlaget om att ange referensuppdragets värden. Hade anbudet från Storköksservice förkastats skulle rätteligen bolaget ha tilldelats kontrakt. Bolaget har således lidit eller kan komma att lida skada genom kommunens handlande.

Kravet i p. 3.1 i förfrågningsunderlaget har utformats som ett obligatoriskt krav. I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav vilka ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. Det framgår av skrivningen i förfrågningsunderlaget att kommunen anser det vara av största betydelse att den utifrån de angivna uppdragen kan bedöma om anbudsgivarna har rätt kapacitet. Vid bedömning av om anbudsgivaren har rätt kapacitet är det av avgörande betydelse att kommunen får veta den värdemässiga omfattningen av referensuppdraget för att jämföra med omfattningen av det uppdrag som är aktuellt i

upphandlingen. Det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen och kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen. Med hänsyn till de mycket begränsade möjligheter som finns för att frångå uppställda obligatoriska krav (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i HFD 2016 ref. 37 I och II) har kommunen åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att godta anbudet från Storköksservice.

Kommunen har angivit att de har haft rätt att bortse från bristen i anbudet från Storköksservice eftersom kommunen skulle kunna ha inhämtat referensuppdragens uppskattade värden i enlighet med 15 kap. 5 § p. 2 LOU. Regleringen om undantag för leverantörs skyldighet att lämna in kompletterande dokument eller skriftliga bevis tar sikte på de fall där leverantören lämnat in en egen försäkran i enlighet med 15 kap. 1 § LOU. En egen försäkran ska lämnas i ett standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 i direktiv 2014/24/EU, s.k. ESPD – European Single Procedure Document. Eftersom någon sådan försäkran inte har lämnats in eller efterfrågats av kommunen är 15 kap. 5 § p. 2 LOU inte tillämplig på den aktuella situationen och därmed är undantaget från skyldigheten att komplettera anbudet inte tillämpligt.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Alla leverantörer har behandlats på ett likvärdigt sätt. Storköksservice har uppfyllt samtliga ställda krav. Det var en brist att kontraktsvärdet för referensuppdragen inte var angivet i anbudet men den bristen kunde lätt läkas då uppdragen var namngivna. Detta i kombination med skrivelsen i förfrågningsunderlaget om att anbud kan komma att förkastas, samt proportionalitetsprincipen, utgör grund för att kunna acceptera anbudet. Referensuppdragen avsåg kommuner och baserades på offentliga upphandlingar och fanns således tillgängliga via Opic. Kommunen kunde

därmed inhämta uppdragens uppskattade värde direkt elektroniskt i enlighet med 15 kap. 5 § p. 2 LOU. Denna bestämmelse avser uppgifter som upphandlande myndighet begärt in men själv lätt kan få tillgång till. Detta går att tillämpa analogt även på ett förenklat förfarande enligt 19 kap. LOU då syftet med regleringen är att förenkla för anbudsgivare så att de inte behöver skicka in samma uppgifter flera gånger. Det skulle inte ha varit förenligt med LOU och proportionalitetsprincipen att diskvalificera ett anbud som har lämnat tillräckligt med uppgifter för att uppfylla syftet med det ställda kravet.

I förfrågningsunderlaget anges vidare att anbudet kan komma att uteslutas om inte alla krav är uppfyllda, vilket innebär att upphandlande myndighet har utrymme att göra en individuell prövning avseende hur mycket anbudet avviker från förfrågningsunderlaget samt om detta medför en skada för andra anbudsgivare vid det konkurrensuppsökande skedet.

Storköksservice bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Storköksservice instämmer i stort i vad kommunen anför. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet kan komma att förkastas om inte alla efterfrågade uppgifter finns med. Således står inte att anbud ska förkastas, vilket förefaller vara det påstående som bolaget felaktigt försöker förmedla. Det kan alltså inte anses klart att avsaknaden av en uppgift om ett uppdrags värde är en brist mot ett obligatoriskt krav och som sådant ska medföra att ett anbud förkastas. Att avsaknaden av uppdragets värde enkom ska leda till att anbud förkastas får anses vara en uppenbar misstolkning av formuleringen i förfrågningsunderlaget. Kravet på referensuppdragets värde i p. 3.1 kan alltså inte anses vara obligatoriskt. Förfrågningsunderlaget är utformat för att ge upphandlande myndighet insikt i och förutsättning att bedöma anbudsgivarens organisatoriska och kompetensmässiga förmåga. Storköksservice är sedan tidigare känt av kommunen och har utfört uppdrag åt densamma. Således får det anses klart att kommunen var väl förtrogen

med Storköksservice som leverantör samt bolagets förmåga och kapacitet i övrigt. Vad gäller upphandlande myndighets möjlighet och skyldighet att inhämta uppgifter ska påpekas att detta vid sidan om LOU även framgår av förvaltningslagen (1986:223) där det i 7 § bl.a. anges att myndigheten ska beakta möjligheten att själv inhämta upplysningar och yttranden från andra myndigheter, om sådana behövs.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en myndighets upphandling inte anses som myndighetsutövning utan i stället ses som en del av myndighetens kommersiella verksamhet där den upphandlade myndigheten uppträder som ekonomisk aktör. Bestämmelserna i förvaltningslagen avseende exempelvis myndigheters utredningsansvar är således inte tillämpliga i upphandlingsmål (se t.ex. prop. 2006/07:128 s. 142–143 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 3 maj 2012 i mål nr 532- och 1013-12).

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Frågan i målet är om kommunen borde ha förkastat anbudet från Storköksservice till följd av bristande uppfyllelse av ett obligatoriskt krav, s.k. ska-krav, gällande angivande av värden för referensupdrag.

En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU är att upphandlande myndigheter inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref. 37 uttalat att det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i en upphandling.

Förvaltningsrätten prövar först om det förelegat ett obligatoriskt krav i upphandlingen att redovisa vissa uppgifter angående värdet av tidigare uppdrag.

I förfrågningsunderlaget anges i p. 3.1 – Kvalificering av anbud – följande.

Kvalificeringskrav

Här säkerställs att alla i förfrågningsunderlaget begärda handlingar finns bifogade till anbudet och att alla bilagor är korrekt ifyllda. Här kontrolleras även att uppsatta ska-krav är uppfyllda. Saknas efterfrågade uppgifter kan anbudet komma att förkastas.

Till anbudet för att styrka anbudsgivarens kapacitet och yrkeskunnande ska nedanstående bifogas:

En uppdragsförteckning som ska innehålla minst två (2) uppdrag med motsvarande kund och maskiner som ska servas och repareras. Uppdragen kan vara pågående eller ha avslutats under de tre (3) senaste åren.

I uppdragsförteckningen anges företagsnamn, namn på kontaktperson, e-postadress, telefonnummer samt tidsperiod för genomförande. (Datum/år för påbörjande av uppdrag och om det fortfarande pågår eller slutdatum/år ska anges.) och uppdragets värde. Uppdragsförteckningen ska vara på uppdrag som motsvarar nu efterfrågade vara/tjänst gällande kapacitet att utföra uppdraget.

En kortfattad beskrivning av organisationen. Av beskrivningen ska framgå hur den offererade organisationen uppfyller ställda krav på teknisk kapacitet och yrkeskunnande avseende uppdraget. Om underleverantör kommer att användas, ange i vilken omfattning samt till vilken del, samt vilka, bifoga org.nr.

Av förfrågningsunderlaget framgår således att det till anbudet ska bifogas en uppdagsförteckning där bland annat uppdragens värde ska anges. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att anbudet kan komma att förkastas om efterfrågade uppgifter saknas. Ingen av parterna har gjort gällande att själva formuleringen i förfrågningsunderlaget skulle vara oklar.

Förvaltningsrätten konstaterar att i upphandlingsrättsliga sammanhang innebär ordet ”ska” att efterföljande kvalificeringskrav måste vara uppfyllt för att ett anbud ska kvalificeras för utvärdering. Skrivelsen i det aktuella förfrågningsunderlaget kan därmed inte anses innebära annat än att anbudet måste innehålla värdet på tidigare referensuppdrag. Att kommunen samtidigt angett att anbudet *kan* komma att förkastas om efterfrågade uppgifter saknas medför enligt förvaltningsrättens mening inte att det obligatoriska kravet inte behöver vara uppfyllt. En sådan skrivning skulle i annat fall innebära att en upphandlande myndighet fritt hade möjlighet att välja vilka ska-krav som en anbudsgivare behöver uppfylla vilket uppenbart bryter mot lagstiftningens intentioner. Förvaltningsrätten konstaterar i sammanhanget att en upphandlande myndighets utrymme att göra en individuell prövning avseende hur mycket ett anbud avviker från förfrågningsunderlaget får anses vara mycket litet.

Det har således förelegat ett obligatoriskt krav om att anbud skulle innehålla värdet av tidigare referensuppdrag. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit annat än att kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och att det inte i sig kan anses som oproportionerligt. Det är i målet ostridigt att anbudet från Storköksservice inte innehöll de efterfrågade uppgifterna.

Kommunen och Storköksservice har gjort gällande att kommunen haft en möjlighet att självständigt inhämta de saknade uppgifterna utifrån en analog tillämpning av reglerna i 15 kap. LOU avseende användandet av ESPD

(European Single Procedure Document). Även om det saknas hinder för en upphandlande myndighet att bestämma att ESPD ska användas även för en sådan upphandling som här är aktuell är det enligt förvaltningsrättens mening nödvändigt att en sådan ordning framgår av förfrågningsunderlaget. Eftersom detta inte har varit fallet är 15 kap. LOU inte tillämpligt heller analogt.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunens agerande vid upphandlingen att godta ett ofullständigt anbud strider mot LOU och den grundläggande principen om likabehandling. Då bolaget i utvärderingen rangordnats som nummer två har bolaget lidit skada av kommunens agerande. Det finns därför skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.

Bristen i upphandlingen är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför rättelse är en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid anbudet från Storköksservice inte ska beaktas.

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

Alexandra Braf
förvaltningsrättsfiskal

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



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.

Fortf. 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 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 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.