



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-08-18
Meddelad i Linköping

Mål nr
3585-16

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119
Box 732
182 17 Danderyd

MOTPARTER

1. Måleriservice i Nyköping Aktiebolag, 556337-1425
Gasverksvägen 26
611 35 Nyköping

2. Nyköpings kommun
611 83 Nyköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-08-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen avseende fackområde Målning får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering, varvid anbudet från Måleriservice i Nyköping Aktiebolag inte får beaktas.

Dok.Id 259535

Postadress

Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress

Brigadgatan 3

Telefon

013-25 11 00

Telefax

013-25 11 40

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00-16:00

E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nyköpings kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende *Hantverkstjänster för avrop*, dnr KK15/642. Upphandlingen är uppdelad i 14 fackområden och genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Anbud kan lämnas för ett eller flera fackområden och Kommunen avser att anta tre leverantörer per fackområde, som rangordnas utifrån tilldelningsgrunden lägsta pris. Kommunen meddelade den 17 maj 2016 ett tilldelningsbeslut avseende fackområde Målning enligt vilket anbud från Måleriservice i Nyköping Aktiebolag (Måleriservice), Sandå Sverige AB (Sandå) och Björsons Måleri Eftr. AB antogs och Måleriservice rankades som nummer 1 och Sandå som nummer 2.

Sandå ansöker om överprövning av upphandlingen avseende fackområde Målning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse med innebörden att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Måleriservice.

Kommunen och Måleriservice begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Sandå

Anbudet från Måleriservice har inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav. Högsta förvaltningsdomstolen har nyligen konstaterat att ska-kraven är obligatoriska och alltid måste upprätthållas utan undantag. Trots detta har Måleriservice tilldelats kontrakt och rangordnats före Sandå. Sandå har därför lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen har i punkten 4.0 Teknisk kapacitet, Krav 4.1 och 4.2 i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudsgivaren kortfattat ska beskriva affärsidé, verksamhet och geografisk etablering. Av Måleriservices anbud framgår inte den geografiska etableringen. Måleriservices anbud uppfyller därmed inte det ställda kravet och skulle ha förkastats. Kommunens påstående att den aktuella bristen läks genom det som framgår av företagets namn är felaktigt och står i strid med principen om likabehandling.

Enligt punkterna 7.1 respektive 8.1 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren redovisa kortfattade beskrivningar av leverantörens system, program, plan eller liknande för kvalitetssäkring respektive miljöarbete samt huruvida anbudsgivaren är certifierad enligt ISO 9000 respektive ISO 14000. Dessa obligatoriska krav har anbudsgivarna att uppfylla i anbudsskedet. Kommunen har vitsordat att Måleriservices anbud inte innehåller erforderliga beskrivningar. Måleriservices anbud uppfyller således inte ställda krav och skulle ha förkastats. Kommunen har begärt en komplettering från Måleriservice efter anbudstidens utgång, vilket inte tillåtet och Kommunen har således agerat i strid med LOU.

Enligt punkter AFC.321, 323, 324 och 325 i förfrågningsunderlaget ska ombud, arbetschef, platschef, kvalitets- och miljöansvarig anges i anbudet. Även dessa uppgifter är obligatoriska och måste finnas i anbudet för att anbudsgivaren ska bli kvalificerad. Kommunen har vitsordat att Måleriservice inte har angett erforderliga uppgifter i anbudet utan att dessa uppgifter kommit Kommunen till handa först efter en komplettering efter anbudstidens utgång, vilket inte är tillåtet. Måleriservice har således inte uppfyllt ställt krav och anbudet skulle ha förkastats.

Kommunen

Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Som ska-krav gällande teknisk kapacitet i upphandlingen har Kommunen i punkten 4.0, Krav 4.1 och 4.2 i förfrågningsunderlaget ställt krav att leverantören ska ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kunna fullgöra sina åtaganden under avtalsperioden samt att leverantören ska kortfattat beskriva företaget, såsom affärsidé, verksamhet och geografisk etablering.

I anbudet från Måleriservice anges *“Vi har tillräcklig kapacitet för att kunna fullgöra våra åtaganden under avtalsperioden.”* Det obligatoriska kravet gällande beskrivning av företaget är exemplifierat av angivande av geografisk etablering, och torde trots avsaknad av ordagrann beskrivning av att företaget är beläget i Nyköping vara uppfyllt genom företagets namn Måleriservice i Nyköping AB, varför mer definierad beskrivning torde vara överflödigt.

Som ska-krav gällande kvalitetsarbete i upphandlingen har Kommunen i punkten 7.0, Krav 7.1 i förfrågningsunderlaget ställt krav att anbudsgivaren ska lämna kortfattade beskrivningar av leverantörens system, program, plan eller liknande för kvalitetssäkring respektive miljöarbete samt om denne är certifierad enligt ISO 9000 respektive ISO 14000.

I anbudet från Måleriservice anges som svar att kraven är uppfyllda samt en hänvisning till bilagor görs. Anbudet har först i efterhand, efter påpekande från Kommunen, kompletterats med en kortfattad beskrivning av anbudsgivarens kvalitets- och miljöplan. Kompletteringen har gjorts efter anbudstidens utgång, men det är Kommunens uppfattning att detta kan godkännas, då det i Administrativa föreskrifterna för upphandlingen anges att entreprenören på begäran ska upprätta en kvalitets- och/eller miljöplan för arbetena med visst innehåll. Denna rutin tillämpas inför avtalsskrivning med syfte att säkerställa att leverantören uppfyller samtliga av Kommunen ställda krav gällande miljö och kvalitet. Det är Kommunens uppfattning att dessa, inför

avtalsskrivning, ställda krav säkerställer att anbudsgivaren uppfyller efterfrågade krav.

Enligt punkter AFC.321, 323, 324 och 325 i förfrågningsunderlaget ska arbetschef, platschef, kvalitetsansvarige och miljöansvarige anges i anbudet. Måleriservice har efter påpekande från Kommunen, efter anbudstidens utgång, kompletterat anbudet med dessa uppgifter. Måleriservice är ett litet företag med endast fyra anställda, och företagets ledande person innehar alla dessa uppräknade positioner.

Det är Kommunens uppfattning att de av Måleriservice gjorda kompletteringarna uppfyller de i anbudsförfrågan angivna kraven, och att avsaknaden av informationen i anbudsskedet inte påverkat anbudets kommersiella innehåll eller bedömningen av företagets förmåga att utföra efterfrågade arbeten. De kompletteringar som anbudsgivaren har gjort, har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning i enlighet med 9 kap. 8 § LOU i och med att dessa avser uppgifter som inte är väsentliga för varken det kommersiella innehållet i anbudet eller påverkar bedömningen av Måleriservices förmåga att utföra efterfrågade arbeten. Vissa efterfrågade uppgifter såsom geografisk placering och vem som har ansvarig befattning framgår också av anbudet, om än inte i begärd form. Måleriservice har i sitt anbud svarat "Kravet uppfylls" gällande kvalitetsplan och miljöplan med hänvisning till en scannad bilaga där detta skulle förtydligas. Samtliga begärda uppgifter har förtydligats av Måleriservice, men den "scannade bilagan", bifogades av misstag inte elektroniskt i kommunens digitala upphandlingssystem e-Avrop.

Det går heller inte att bortse från det faktum att Måleriservice är en av Kommunens nuvarande leverantörer och att Kommunen redan har all information sedan tidigare gällande relevanta förhållanden i företaget.

Kommunens bedömning är gjord med hänvisning till gällande rättspraxis då tilldelningsbeslutet fattades den 17 maj 2016. Kommunen är fullt medveten om att det tillkommit helt ny praxis efter det att tilldelningsbeslutet fattades, som pekar på en strikt bedömning gällande uppfyllande av s.k. ska-krav. Såväl Kommunen som anbudsgivare har dock att förhålla sig till den rättspraxis som gällde fram till och med tidpunkten då Kommunen fattade sitt tilldelningsbeslut, och med hänvisning till 9 kap. 8 § i LOU där såväl förtydliganden som kompletteringar har accepterats inom ramen för då gällande rättspraxis.

Måleriservice

Offerten lämnades elektroniskt. Det omtalade materialet fanns och scannades. Vid insändandet kom emellertid inte allt scannat material med och någon förklaring till varför detta skedde kan inte lämnas. Måleriservices arbetschef, platschef, kvalitetsansvarig och miljöansvarig är företagets ledande person, alltså en och samma person. Den geografiska etableringen är inte angiven ordagrant. Nyköping finns emellertid i företagets namn och företaget är beläget i Nyköping. Ytterligare uppgifter torde då inte behövas.

Måleriservice är inte ISO-certifierat men har en upprättad kvalitets- och miljöplan. Den har efter begäran inlämnats. Den information som saknats i anbudet har inte påverkat det kommersiella innehållet eller förmågan att utföra efterfrågade arbeten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift 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. När tiden för att lämna anbud har löpt ut har myndigheten enligt 9 kap. 8 § LOU vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 2691-15).

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet om beskrivningar med visst innehåll enligt punkterna 4.0, 7.1 och 8.1 i förfrågningsunderlaget är utformade som obligatoriska krav i upphandlingen, som då inget annat angetts i förfrågningsunderlaget ska vara uppfyllda vid anbudslämnandet, vilket också är huvudregeln avseende obligatoriska krav i upphandlingar (jfr t.ex. Kamrarrätten i Stockholms dom i mål nr 7820-13). Vad Kommunen anfört om entreprenörens möjlighet att inför avtalsskrivning på begäran upprätta en kvalitets- och/eller miljöplan för arbetena i syfte att säkerställa att denne uppfyller samtliga av Kommunen ställda krav gällande miljö och kvalitet föranleder, mot bakgrund av de aktuella kravens utformning, ingen annan bedömning.

Kommunen och Måleriservice har i målet vitsordat att Måleriservices anbud inte innehöll i vart fall vissa av de uppgifter som Sandå gör gällande saknades i anbudet (t.ex. beskrivningar enligt punkterna 7.1 och 8.1 i förfrågningsunderlaget). Vid angivna förhållanden finner förvaltningsrätten det visat att Måleriservice vid tidpunkten för anbudslämnandet inte uppfyllde obligatoriska krav i upphandlingen. Fråga är då om Kommunen tillät Måleriservice att komplettera sitt anbud med erforderliga uppgifter i strid med LOU.

Möjligheterna att tillföra ett anbud uppgifter efter anbudstidens utgång är mycket begränsade. I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 377) anges att förtydliganden och kompletteringar bör tillämpas restriktivt. Ett förtydligande eller en komplettering får enligt rättspraxis inte innebära risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och kan inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs anbudet. Komplettering av ett anbud får heller inte ske i syfte att samtliga krav ska uppfyllas.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att de kompletteringar som Kommunen tillät Måleriservice göra efter anbudstidens utgång med hänsyn till sitt karaktär och innehåll får anses utgöra en risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning enligt bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU. Hänsyn kan således inte tas till de nya uppgifter som tillfördes för att styrka att Måleriservice uppfyller ställda obligatoriska krav enligt i förfrågningsunderlaget.

Genom att kvalificera Måleriservice i upphandlingen har Kommunen, i enlighet med det ovan sagda, agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Sandå har rangordnats på andra plats vid tilldelningen av kontraktet och har därmed lidit skada genom Kommunens agerande. Det finns därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristen inte avser det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt med en rättelse och då i form av en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Måleriservice inte får beaktas.

Mot bakgrund av det ovan anförda saknas anledning att pröva de övriga invändningar som framförts rörande innehållet i Målarservices anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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