



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2019-04-03

Meddelad i Göteborg

Mål nr

12899-18

KONKURRENSVERKET	
2019-04-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Beans In Cup AB, 559085-5564

Ombud:

Advokat Martin Bogg

Advokatfirman Delphi KB

MOTPART

Uddevalla kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Uddevalla kommuns upphandling av kaffemaskiner, KS 2018-00508, ska göras om.

Dok.Id 597462

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Beans In Cup AB har ansökt om överprövning av Uddevalla kommuns upphandling av *kaffemaskiner*, KS 2018-00508. Uddevalla kommun har därefter meddelat att upphandlingen avbröts den 9 november 2018 till följd av att en leverantör kvalificerats på felaktig grund. Beslutet att avbryta upphandlingen har därefter varit föremål för prövning i förvaltningsrättens mål nr 13585-18. Förvaltningsrätten har i dag i det målet bedömt att Uddevalla kommuns beslut om att avbryta upphandlingen ska upphävas. Beans In Cup AB:s ansökan av överprövning av upphandlingen i förevarande mål ska därför prövas i sak.

Av tilldelningsbeslut i upphandlingen den 24 oktober 2018 framgår att fyra anbud inkommit och att JOBMeal AB vunnit upphandlingen. Övriga tre anbud, däribland Beans In Cup AB:s anbud, har inte bedömts uppfylla ställda krav.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om Uddevalla kommun vid kvalificeringen av JOBMeal AB:s anbud har åsidosatt likabehandlingsprincipen och om Beans In Cup AB har lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta.

YRKANDEN M.M.

Beans In Cup AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.

Utifrån kraven i avsnitt 2.3.2 i upphandlingsdokumentet gällande ekonomisk ställning ska anbudsgivaren vara ett välskött företag med sund och stabil ekonomi. Detta ska visas genom att anbudsgivaren till anbudet

bifogar ett riskintyg från i första hand UC eller Creditsafe. Det bifogade riskintyget får inte understiga nivå 3 (UC) respektive nivå 40 (Creditsafe). Riskintyget i anbudet ska sedan kontrolleras av kommunen. JOBMeal AB bifogade i anbudet ett riskintyg från UC enligt krav 2.3.2. Av intyget framgår att JOBMeal AB endast har riskklass 1 (högre nivå är bättre). JOBMeal AB har därutöver bifogat ett annat riskintyg från JOBMeal AB:s moderbolag.

Av HFD 2016 ref. 37 framgår att om ett obligatoriskt krav väl uppställts i upphandlingen kan myndigheten inte avvika från kravet och tilldela en leverantör kontrakt vars anbud är bristfälligt. JOBMeal AB:s bifogade riskintyg understiger nivå 3 (UC). JOBMeal AB måste därmed enligt kravet i avsnitt 2.3.2 punkterna a) eller b) bifoga en moderbolagsgaranti, annan garanti eller ett revisorsintyg. Någon sådan dokumentation har emellertid JOBMeal AB inte bifogat till anbudet. JOBMeal AB:s anbud uppfyllde därför inte kravet i avsnitt 2.3.2 vid anbudets inlämnande och ska därmed förkastas.

I korrespondens mellan bolaget och kommunen framkom att kommunen på eget initiativ inhämtat ett eget riskintyg från Creditsafe för JOBMeal AB. Åtgärden vidtog kommunen efter anbudstidens utgång. Det ska framhållas att innebörden av kravet i punkt 2.3.2 är att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga aktuellt riskintyg som sedan ska kontrolleras av kommunen. Innebörden är inte att kommunen på eget initiativ skulle inhämta riskintyg för anbudsgivarna. JOBMeal AB:s ursprungliga anbud var bristfälligt och uppfyllde inte samtliga obligatoriska krav. Kommunens åtgärd att själv inhämta ytterligare riskintyg för JOBMeal AB har gynnat JOBMeal AB på ett otillbörligt sätt. Uppgifterna är alltså av sådan väsentlig betydelse att de inte utgör en tillåten komplettering enligt 4 kap. 9 § LOU. Kommunen har

därmed, genom att komplettera JOBMeal AB:s anbud för att uppfylla kravet i punkt 2.3.2, agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Ovan angiven slutsats stöds även av att bolaget, efter anbudstidens utgång, erhöll ett nytt riskintyg från Creditsafe, vilket med god marginal uppfyllde kravet i punkt 2.3.2. Bolaget har emellertid inte fått någon möjlighet att efter anbudstidens utgång ge in ytterligare riskintyg. Bolagets anbud har istället förkastats. På motsvarande sätt ska JOBMeal AB:s anbud förkastas.

Eftersom det inte finns några giltiga anbud att anta i upphandlingen ska upphandlingen göras om. Vid en ny upphandling har bolaget möjlighet att delta på nytt och att då tilldelas kontrakt. Bolaget lider eller riskerar därmed att lida skada av kommunens agerande.

Uddevalla kommun har valt att avbryta upphandlingen den 9 november 2018. Det skäl kommunen anfört för detta är att en leverantör kvalificerats på felaktig grund.

JOBMeal AB har av förvaltningsrätten beretts tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökan i överprövningen, men har inte svarat i målet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Har bolaget talerätt?

Bolaget har gjort gällande att JOBMeal AB:s anbud inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen och att Uddevalla kommun genom att anta JOBMeal AB:s anbud brutit mot likabehandlingsprincipen.

Skaderekvisitet i LOU kräver att det finns ett orsakssamband mellan den upphandlande myndighetens överträdelse av de grundläggande principerna eller bestämmelserna i lagen och den skada som den sökande leverantören

har lidit. Det är sökanden som har bevisbördan för detta förhållande (jfr HFD 2013 ref. 53).

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. En rätteligen utesluten anbudsgivare kan dock ändå riskera att lida skada om samtliga vinnande anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen och borde ha förkastats.

Situationen i förevarande mål är sådan att fyra anbud totalt inkom. Bolagets anbud utgjorde ett av det tre anbud som förkastades som orena. Bolaget har anfört att kommunen åsidosatt likabehandlingsprincipen i prövningen av JOBMeal AB:s anbud. Om bolaget förmår visa detta medför det att det inte finns några giltiga anbud att anta och bolaget får då bedömas ha ett berättigat intresse av att få sina invändningar mot det vinnande anbudet prövade (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 6420-15). Ett bifall till en invändning att en upphandlande myndighet i strid med bestämmelserna i LOU utvärderat det enda kvarvarande anbudet när det rätteligen borde ha förkastats, skulle kunna få till följd att upphandlingen görs om. Vid en ny upphandling har leverantörer en ny möjlighet att lämna anbud och att tilldelas kontrakt (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-100/12, Fastweb SpA, Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 september 2015 i mål nr 1597-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658–2667-13). Förvaltningsrätten anser därför att det finns skäl att pröva bolagets invändningar i sak.

Har kommunen åsidosatt likabehandlingsprincipen vid anbudsprövningen?

Den upphandlande myndigheten ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dem lika förutsättningar. I enlighet

med denna princip får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumentet (jfr bl.a. HFD 2016 ref. 37 I-II). EU-domstolen har slagit fast att det med hänsyn till principen om likabehandling krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse av anbudena. Detta skulle inte uppfyllas om anbudsgivarna tilläts avvika från grundläggande bestämmelser i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag för de fall då dessa bestämmelser uttryckligen ger denna möjlighet (jfr mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, punkt 37 och 40). Ett anbud som innehåller sådana avvikelser, i form av förbehåll eller reservationer, är därmed att betrakta som orent och ska förkastas.

För förvaltningsrätten att ta ställning till är om JOBMeal AB:s anbud har uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen.

Av upphandlingsdokumentet framgår av avsnitt 2.3.2 Ekonomisk ställning följande:

- Anbudsgivaren ska ha ekonomisk kapacitet att fullgöra uppdraget under den tid som avtalet gäller. Anbudsgivaren ska vara ett välskött företag med sund och stabil ekonomi. Detta ska visas genom att riskintyg från kreditupplysningsföretag bifogas anbudet. Kravet anses uppfyllt om riskintyg enligt Credit Safe inte understiger nivå 40, alternativt enligt UC inte understiger nivå 3, eller motsvarande relativa nivå för riskintyg från annat kreditupplysningsföretag. Detta kontrolleras av Upphandlande myndighet. I de fall anbudsgivaren har en lägre riskklassificering/rating kan anbudsgivaren ändå anses uppfylla detta krav under förutsättning att:
- a. Anbudsgivarens moderbolag eller annan garant uppfyller kravet i första stycket i denna punkt, lämnar moderbolagsgaranti eller likvärdig garanti, i vilken anbudsgivares fullgörande av sina åtagande enligt ev. framtida avtal garanteras, eller:
 - b. Anbudsgivarens revisor lämnar en sådan förklaring att Upphandlande myndighet kan anse att det är klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Av utredningen i målet framgår att bolaget till sitt anbud bifogat följande handlingar för att styrka att kravet gällande ekonomisk ställning uppfylls:

riskintyg från UC gällande JOBMeal AB, i vilket framgår att företaget uppnår riskklass 1, samt riskintyg från UC gällande moderbolaget JOBMeal Holding AB, i vilket framgår att företaget uppnår riskklass 4. Till följd av att det riskintyg som gäller JOBMeal AB självt inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning måste bolaget visa att dess moderbolag eller annan garant uppfyller kravet och då lämna moderbolagsgaranti eller likvärdig garanti alternativt att bolagets revisor lämnar en sådan förklaring att upphandlande myndighet kan bedöma att kravet ifråga är uppfyllt. Såvitt framgår av handlingarna i målet har JOBMeal AB inte visat sådan bevisning och därmed inte vid anbudstidens utgång uppfyllt kravet gällande ekonomisk ställning.

Av handlingar i målet framgår att Uddevalla kommun på eget initiativ inhämtat ett riskintyg från Creditsafe gällande JOBMeal AB, via en funktion i kommunens upphandlingsverktyg. Kommunen har därefter, efter denna komplettering, bedömt att JOBMeal AB uppfyllde det ställda kravet gällande ekonomisk ställning.

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska dock vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. I förarbetena till bestämmelsen anges bl.a. att det av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut (prop. 2015/16:195 s. 446). I förarbetena anges vidare att helt nya sakuppgifter inte kan tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna förtydliga och komplettera är att det inte handlar om att ersätta tidigare

lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt (prop. 2015/16:195 s. 977).

När ett obligatoriskt krav vid anbudstidens slut inte är uppfyllt, utifrån de uppgifter som lämnats i anbudet, är det därför utifrån det ovan sagda, inte möjligt att genom kompletteringar och förtydliganden därefter visa att kravet är uppfyllt. De uppgifter om ekonomisk ställning Uddevalla kommun tillförde JOBMeal AB:s anbud kan därför inte läggas till grund för en bedömning av om det obligatoriska kravet i avsnitt 2.3.2 är uppfyllt. Förvaltningsrätten anser därför att Uddevalla kommun handlade i strid med likabehandlingsprincipen när kommunen kompletterade JOBMeal AB:s anbud med ett nytt riskintyg.

Sammantaget

Bolaget har visat att JOBMeal AB:s anbud inte uppfyllde obligatoriska krav i upphandlingen och att det därför ska förkastas. Till följd av detta finns inga andra anbud att anta i upphandlingen. Bolaget har lidit eller riskerat att lida skada då det till följd av detta gått miste om att inkomma med ett nytt, eventuellt annorlunda utformat och kvalificerat anbud. Det föreligger således förutsättningar för förvaltningsrätten att förordna om ingripande mot upphandlingen. En brist i en upphandlande myndighets kvalificering av anbud kan vanligen åtgärdas genom rättelse av upphandlingen men då det i förevarande upphandling konstaterats att inga giltiga anbud finns att anta ska upphandlingen således göras om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

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.

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

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.

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.