



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-11-09
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1297-18

SÖKANDE

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

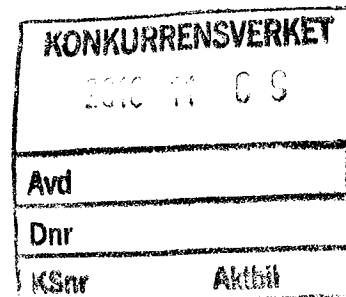
Ombud: Daniel Perminger
Permab AB
Plogvägen 3A
262 52 Ängelholm

MOTPART

Kungsbacka kommun
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 570627

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

Kungsbacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende Service på storköksutrustning, dnr 17/205.

Sedan Svensk Storköksservice AB (bolaget) har ansökt om överprövning har kommunen i beslut den 23 februari 2018 tilldelat annan leverantör än bolaget kontraktet i upphandlingen. Bolaget har klandrat även detta beslut.

YRKANDEN M.M.

Bolagets talan

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om samt anför i huvudsak följande.

Av upphandlingsunderlaget framgår att kommunen avser att tillgodose sitt behov av reparation och service gällande ett antal specificerade fabrikat. Listan av fabrikat i upphandlingsdokumentet redogör inte för alla fabrikat som finns hos kommunen. Dock ställs krav på att anbudslämnaren redogör för sin kompetens- och resursbas genom att inge ett s.k. serviceintyg för i upphandlingen aktuella fabrikat. Listan av fabrikat för vilka serviceintyg ska lämnas anger endast sju olika fabrikat mot angivna tio i listan över vilka fabrikat som upphandlingen omfattar. Det får alltså ses som oklart varför och i vilken omfattning och för hur många fabrikat serviceintyg ska ges in.

Vad gäller serviceintyg redogörs inte närmare för vad detta avser för form av dokumentation. Det finns inte heller något allmänt vedertaget standard-formulär inom branschen som klart kan anses motsvara efterfrågade intyg. Det kan antas att kommunen med serviceintyg egentligen avser sådant som ges av tillverkare till vissa av dem utvalda bolag. Sådana serviceintyg ut-

formas ensidigt av respektive tillverkare. Ett krav på serviceintyg snedvrider därför marknaden och vissa potentiella leverantörer utesluts från möjligheten att lämna anbud. En upphandling får inte vara konkurrensbegränsande eller missgynna någon leverantör. Detta kommer bl.a. till uttryck genom att specifika krav ska följas av orden ”eller likvärdig”.

Utöver att inge ett s.k. serviceintyg anges i kravet på att anbudslämnaren redogör för sin kompetens- och resursbas även i denna punkt att:

”Den upphandlande myndigheten avgör om det anbudsgivande företaget anses inneha tillräcklig kompetens- och resursbas”. – Hur detta ska gå till och på vilka grunder en anbudslämnare kan komma att kvalificeras framgår inte. Skrivningen får därför anses vara subjektiv och oklar.

Inte heller kan kommunens krav anses rimligt utifrån en proportionalitetsprövning. För att säkerställa anbudslämnarens kompetens- och resursbas torde kraven om ekonomisk stabilitet och om referensuppdrag vara tillräckliga. Att därutöver ställa krav på serviceintyg är således varken en nödvändig eller rimlig åtgärd för att uppnå eftersökt information utan är alltför långtgående. Än mindre för det fall kommunen själv inte innehar dessa intyg. Av förarbetena till LOU framgår att leverantören kan antas kunna visa om leverantören uppfyller sådana krav genom referenser från tidigare uppdrag. Krav på så kallade serviceintyg får därför anses för långtgående och inte stå i överensstämmelse med kravet på proportionalitet. Sammantaget får kravet på serviceintyg i stort anses strida mot principerna om proportionalitet, likabehandling, öppenhet och transparens.

Kommunens i dag kontrakterade leverantör förefaller precis träffas av och uppfylla ställda krav på serviceintyg. Dock finns inget krav om serviceintyg vad gäller Electrolux. Ett fabrikat som ingår i kommunens befintliga maskinpark. Detta ger intrycket av att upphandlingen är riktad mot en specifik leverantör i strid med regelverket i LOU.

Under punkten 2 i upphandlingsdokumentet ger kommunen sig möjligheten att frånga ett helt avsnitt (punkten 3 – Kvalificeringskrav på leverantör) genom att förbehålla sig rätten att godtyckligt frånga krav som framställts som obligatoriska krav. I samma punkt anges även att kontroll av anbud kommer att ske av en referensgrupp inom kommunen. Vad denna utvärderingsgrupp ska utvärdera framgår dock inte eller om man även i detta skede kan hoppa över hela avsnitt 3 i upphandlingsdokumentationen. Även i denna del ifrågasätts klarheten i upphandlingsdokumentationen.

Vidare har kommunen förbehållit sig rätten att teckna avtal oavsett om förlängd avtalsspärr råder genom skrivningen att om beslut avseende del i upphandlingen blir föremål för överprövning kan avtal tecknas i övriga delar. Upphandlingen är dock inte utformad så att den består av olika delar.

Sammanfattningsvis medför bristerna i upphandlingen att de grundläggande principerna om transparens, proportionalitet och likabehandling träds för när. Felen är sådana att de leder till konkurrenshämmande situation och snedställer villkoren för befintliga aktörer på marknaden samt omöjliggör att lämna ett konkret anbud i upphandlingen och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan lämnas eller särskiljas. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av bristerna i upphandlingen.

Kommunens talan

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Upphandlingen syftar till att tillgodose kommunens behov av service och reparation av storköksutrustning bestående av fabrikaten uppräknade i upphandlingsdokumentets punkt 1.1.1. Som framgår av skrivningen är det service av majoriteten av fabrikaten som efterfrågas. I punkt 3.2.4 redogörs sedermera för en uteslutande uppräkning av de fabrikat som upphandlingen

omfattar. Kommunen innehar förvisso utrustning av fabrikatet Electrolux, dock är maskinerna under utslussning och kräver därmed inte service inom ramen för upphandlingen.

Upphandlingen omfattar serviceteknisk spetskompetens inom uppräknade fabrikat. Avtalet kommer enbart att utgöra ett komplement till den service och reparation som utförs i egen regi, vilket bl.a. det låga avtalsvärdet i förhållande till storleken av behovet av tjänsten inom kommunen bekräftar. Serviceintyg är ett vedertaget begrepp inom branschen och innebär att serviceteknikern i fråga innehar särskild kompetens – dokumenterad utbildning och erfarenhet – inom ett visst fabrikat. Utbildningarna som serviceintygen omfattar är öppna för samtliga utan begränsning. Kravet på serviceintyg har således varit nödvändigt för att kommunen ska kunna uppnå syftet med upphandlingen. Kravet är därmed även proportionerligt.

Kravet på serviceintyg är vidare tydligt utformat och dess innebörd har inte ifrågasatts av leverantörer, inklusive bolaget under annonseringstiden. Bolaget har inte heller i övrigt ifrågasatt upphandlingsdokumentet under annonseringen.

Av upphandlingsdokumentet framgår att kommunen kommer att pröva anbudet i förhållande till kraven i upphandlingsdokumentet, dvs. att kommunen förbehåller sig rätten att genomföra en s.k. begränsad kontroll av anbud samt utvärderingskriterier och metod. Kraven är inte otydliga. Mot denna bakgrund kan bolaget inte lida eller komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 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. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Serviceintyg m.m.

Kommunen genomför en upphandling av service på storköksutrustning med syfte att tillgodose kommunens behov av sådan service på fabrikat som anges i upphandlingsdokumentet. I samma dokument anges klart och tydligt att det för vissa av fabrikaten även krävs att serviceintyg ges in. Kommunen har ostridigt angett att serviceintyg är ett vedertaget begrepp i branschen och att utbildning och dokumentation för att erhålla sådana står öppen för alla leverantörer. Något hinder mot att utöver ingivande av referensuppdrag även ställa krav på att ge in serviceintyg för att visa yrkeskompetens finns inte. Nu klandrat krav får anses utgöra ett ändamålsenligt, nödvändigt och rimligt krav för att kunna konstatera att leverantören har erforderlig kompetens gällande aktuella fabrikat. Om kommunen själv har begärda intyg saknar betydelse i detta sammanhang. Vad bolaget har anfört i övrigt medför ingen annan bedömning. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Bolaget har inte närmare visat att kravet på serviceintyg har inneburit att upphandlingen har utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför även i denna del.

Vidare hävdar bolaget att det av kravet Kompetens- och resursbas (p. 3.2.4) inte framgår vad som avgör om ett anbudsgivande företag uppfyller kravet. Punkten får dock anses vara tillräckligt klart och tydligt utformad med krav på att ge in fyra handlingar för att säkerställa att anbudsgivaren har den kompetens- och resursbas som krävs för att utföra uppdraget. Fråga är om att ge in bevis på elauktorisering, ett registreringsbevis, serviceintyg och en kortfattad beskrivning av bolaget och eventuella underleverantörer. Kravställningen ger inte utrymme för någon godtycklig bedömning. I vart fall inte på ett sådant sätt att de grundläggande principerna träds för när. Skäl för ingripande enligt LOU saknas även på denna grund.

Anbudsutvärdering

I upphandlingsdokumentet anges att det anbud som uppfyller samtliga krav och innehåller lägst total anbudssumma kommer att antas. Därutöver anges att en s.k. begränsad kontroll av anbuden kan komma att genomföras på så sätt att ställda krav som rör leverantörens lämplighet kan komma att genomföras enbart avseende den anbudsgivare som har lägst anbudssumma. En leverantör som inte uppfyller lämplighetskraven vid en sådan prövning kommer inte heller att tilldelas något kontrakt. Det är alltså inte fråga om att frångå några obligatoriska krav. Utvärderingsförfarandet av anbuden är klart och tydligt redovisat och står inte i strid med bestämmelserna i LOU. Bolaget har inte heller framfört något som ger tillräckligt stöd för antagandet att kommunens referensgrupp skulle komma att genomföra utvärderingen i strid med vad som anges i upphandlingsdokumentet eller med bestämmelserna i LOU. Några invändningar mot den utvärdering som

nu har genomförts har inte lämnats av bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför inte heller i denna del.

Sammantaget har bolaget sålunda inte visat att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande bestämmelserna eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har inte heller närmare utvecklat på vad sätt de påstådda bristerna i upphandlingen har medfört skada för bolaget. Skäl för ingripande i upphandlingen enligt LOU har därmed inte kommit. Ansökan ska därför avslås.

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

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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 rättstillämpningen.
- 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.

