



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**  
2019-05-24  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
114-19

**SÖKANDE**

Borgs Storköksmaskiner AB, 556213-7231  
Bryggerivägen 18  
141 40 Huddinge

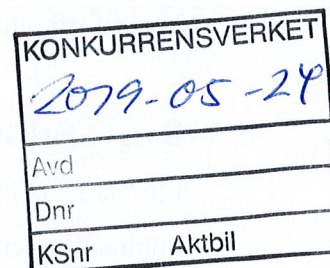
Ombud: Frank Koolmeister  
c/o Borgs Storkäksmaskiner AB

**MOTPART**

Nacka kommun  
131 81 Nacka

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1099376

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:** avd33.fst@dom.se

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

Nacka kommun genomför en upphandling av Service av Storkök och kylanläggningar 2018 (dnr KFKS 2018/639). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

**Borgs Storköksmaskiner AB** (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska rättas och att en ny anbudsprövning ska göras där bolagets anbud tas upp till prövning.

**Nacka kommun** bestrider ansökan om överprövning.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Bolaget** anför bl.a. följande. Nacka kommun har angivit ett golvpris om 400 kr i utvärderingsfasen, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Golvpriset innebär att alla anbudsgivare i praktiken förhindras att konkurrera med priser under 400 kr. Att golvpriset i nu aktuell upphandling inte utgjort ett skallkrav med förkastande som potentiell följd saknar betydelse. Golvpriset har påverkat bolagets anbud. För det fall golvpriset inte hade tillämpats hade bolaget önskat lämna ett lägre anbudspris. Bolaget har höjt sitt normala arvode till att motsvara golvpriset för felavhjälpande åtgärder och har istället, i syfte att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, avstått från arvode för de planerade underhållsarbetena. Hade bolaget givits möjlighet att lämna priser fritt hade bolaget lämnat jämnt fördelade priser mellan de två tjänstekategorierna. Bolaget hade då inte kunnat bli förkastade på grund av felaktigt lämnade prisuppgifter. Utformningen av utvärderingsmodellen har därmed haft avgörande påverkan på hur bolaget lämnade sitt anbud och bolaget har på grund av felaktigheterna lidit skada.

**Nacka kommun** anför bl.a. följande. Upphandlingen är genomförd i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Bolaget har rätteligen diskvalificerats och har inte lidit skada eller riskerat att lida skada. Den valda utvärderingsmodellen och användandet av lägsta priser strider inte mot upphandlingslagstiftningen. Bolagets anbud är behäftat med fel och bolaget har således inte lidit skada eller riskerat att lida skada. Det första felet består i att bolaget inte har fyllt i ett pris för årskostnad avseende underhåll av kylanläggningar, vilket utgör ett obligatoriskt krav enligt punkt 5.2 upphandlingsdokumentet. Det andra felet är att bolaget inte har fyllt i ett referensformulär avseende beskrivning av referensuppdraget samt referensuppdragets värde. Eftersom kommunen inte har begått något upphandlingsrättsligt fel och bolagets anbud är behäftat med två fel kan bolaget inte ha lidit skada eller riskerat att lida skada. I vart fall föreligger ingen kausalitet mellan ett eventuellt upphandlingsfel i upphandlingsdokumenten och de fel som bolagets anbud är behäftat med.

**Bolaget** tillägger bl.a. följande. Bolaget har bifogat två referensuppdrag till sitt anbud. Av upphandlingsdokumentationen framgår med all önskvärd tydlighet att anbudsgivare som har tillhandahållit likartade varor/tjänster åt kommunen ska ange kommunen som referens. Eftersom bolaget har tillhandahållit likartade varor/tjänster åt kommunen har bolaget angett kommunen som referens. De förutsättningar som angivits för externa referensuppdrag, det vill säga referensuppdrag som inte har utförts åt kommunen, är inte gällande för egna referenser. Möjligheten/förpliktelsen att lämna kommunen som referens har angivits som ett alternativt scenario i relation till de normala referenskraven. Om kommunen de facto menar att bolaget har varit tvingat att ange kommunen som referens, men att referensen ändå har behövt uppfylla samtliga krav för externa referensuppdrag har kommunen försatt bolaget i ett moment 22. Bolaget har inte kunnat kvalificera sig i upphandlingen eftersom motsägelsefulla krav föreligger. Det är uppenbart att underlaget brister i transparens kring huruvida kommunen skulle anges som

referens om likartade varor/tjänster tillhandahållits men att tjänsterna inte uppfyller samtliga listade krav. Det är otydligt vilka uppgifter som anbudsgivare har haft att inkomma med för egna referenser men oklarheter föreligger även avseende hur referenserna skulle komma att bedömas utifrån vilken typ av referens som lämnats. Hade underlaget varit tydligt hade bolaget utformat referensformuläret på samma sätt för egna referenser som för externa referenser. Den externa referens som bolaget lämnat har innehållit den information som krävts för externa referenser. Vidare kan det inte anse nödvändigt att uppställa ett krav på att en anbudsgivare ska lämna information till en upphandlande myndighet om den upphandlande myndighetens egen verksamhet. Kravet är därför oproportionerligt. Även kommunens omsättningskrav på fem gånger värdet på upphandlingen är omotiverat och högst oproportionerligt.

**Nacka kommun** tillägger bl.a. följande. Kravet på referenser är utformat på ett transparent och tydligt sätt. Att tolka kraven på referenser som att punkterna 1–4 i anbudsförmulärets punkt 4.5 endast behöver uppfyllas av en extern referens, för det fall att anbudsgivaren vid något tillfälle utfört något slags arbete/någon slags leverans åt kommunen, saknar förankring i både upphandlingsdokumentet och referensbilagan. Vad gäller påståendet att det är oproportionerligt att uppställa ett krav som innebär att en anbudsgivare ska lämna information om den upphandlande myndighetens egen verksamhet anføres följande. En kommun består av flera olika nämnder som i LOU-rättslig mening kan utgöra egna upphandlande myndigheter/enheter. Att samtliga myndigheter inom en kommun skulle besitta erforderlig information om varandras verksamheter, i den utsträckning varom nu är fråga, är inte endast olämpligt och svår genomfört utan direkt omöjligt redan av reglerna om sekretess. Det är inte information om kommunens verksamhet som efterfrågas utan information om bolagets förmåga att leverera annonserad tjänst från den kontaktperson som bolaget själv utser.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkter för bedömningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU, ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (se RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### Förvaltningsrättens bedömning

*Är utvärderingsmodellen förenlig med LOU?*

Av upphandlingsdokumentet punkt 5.1 framgår bl.a. följande. I denna upphandling utvärderas anbudet på grunden lägsta pris. Den anbudsgivare som erbjudit lägst anbudspris och uppfyller alla ställda krav kommer att tilldelas avtal. Enligt upphandlingsdokumentet punkt 5.2 framgår att totalt anbudspris är offererat timpris för servicetekniker och offererat årspris för service av kylanläggningar, enligt handling 6.5.2 Prisformulär.

Av prisformuläret framgår bl.a. följande. Anbud med lägst anbudssumma utses till vinnare. Om anbudsgivare mot förmodan offererar lägre pris än det lägst önskade priset, d.v.s. under 400 kr/h, gäller följande:

1. Anbud förkastas ej.
2. Vid utvärdering justeras anbudspriset till det önskade nivå, d.v.s. till 400 kr exkl. moms.
3. Anbudsgivarens offererade anbudspris gäller under ramavtalstiden.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2018 ref 50 uttalat bl.a. följande. En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de allmänna principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU, motsvarande 4 kap. 1 § LOU). De ska därför bl.a. ställas så att leverantörer behandlas lika. En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § ÄLOU att ange ett golvpris. Ett anbud som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris ska i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § ÄLOU (motsvarande 16 kap. 7 § LOU).

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande. Det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt kommer att antas. Vid utvärderingen av priset är det bl.a. det lämnade priset för felavhjälpande av storköksutrustning som avses. Kostanden ska i detta avseende lämnas per timme och det lägsta önskade priset uppgår till 400 kr exkl. moms. För det fall en anbudsgivare anger en lägre kostnad per timme kommer anbudspriset att justeras upp till den önskade nivån, dvs. 400 kr exkl. moms. Förvaltningsrätten finner att Nacka kommuns utformning av förfrågningsunderlaget innebär att ett bestämt lägsta pris tillämpas. Även om den aktuella utvärderingsmodellen inte medför att anbud med ett lägre anbudspris än 400 kr exkl. moms utesluts från utvärderingen, får den aktuella utvärderingsmodellen anses hindra leverantörer från att konkurrera med ett lägre pris. Enligt praxis strider detta mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 december 2018 i mål nr 2666-18).

#### *Skada*

Bolaget har gjort gällande bl.a. följande. Om Nacka kommun inte hade tillämpat den aktuella utvärderingsmodellen hade bolaget lämnat jämnt fördelade priser mellan de olika tjänstekategorierna. Bolaget hade därmed inte kunnat bli förkastade på grund av felaktigt lämnade prisuppgifter. Utformningen av utvärderingsmodellen har haft avgörande påverkan på hur bolaget utformat sitt anbud och bolaget har till följd av felaktigheterna lidit skada.

Nacka kommun har anfört att bolagets anbud är behäftat med fel varför dess anbud rätteligen har diskvalificerats. Bolaget har således inte lidit skada eller riskerat att lida skada. Ett av de fel Nacka kommun menar att bolagets anbud är behäftat med är att bolaget inte har beskrivit ett av de lämnade referensuppdragen och angett dess värde. Bolaget vidgår att de inte har lämnat den efterfrågade informationen. Bolaget menar emellertid att det inte med tillräcklig tydlighet framgår att denna information ska anges om en anbuds-

givare anger Nacka kommun som referens. Vidare anför bolaget att kravet är oproportionerligt eftersom det inte kan anses vara nödvändigt att en anbudsgivare lämnar information om upphandlande myndighets egen verksamhet.

Förvaltningsrätten finner att det utav uppgifterna i upphandlingsdokumenten med tillräcklig tydlighet framgår att en anbudsgivare ska lämna en beskrivning av referensuppdraget samt referensuppdragets värde. Förvaltningsrätten finner således inte att upphandlingsdokumentet kan tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare ska beskriva angivet referensuppdrag samt ange referensuppdragets värde alldeles oavsett om referensen utgörs av Nacka kommun eller en annan uppdragsgivare. Genom att inte bifoga denna information till sitt anbud har Nacka kommun haft fog att diskvalificera bolagets anbud. Vidare finner förvaltningsrätten inte att det aktuella kravet är oproportionerligt. I enlighet med vad Nacka kommun har anfört består en kommun av flera olika nämnder som kan utgöra egna upphandlande myndigheter. Det innebär bl.a. att samtliga myndigheter inom en kommun inte besitter erforderlig information om varandras verksamheter. Därtill menar förvaltningsrätten att det inte är oproportionerligt att dels ålägga en anbudsgivare att ta fram referensuppdrag som uppfyller ställda referenskrav, dels ge anbudsgivaren möjlighet att välja det referensuppdrag som anbudsgivaren finner vara mest lämpligt. Nacka kommun har således hade rätt att diskvalificera bolagets anbud.

För att en diskvalificerad anbudsgivare ska anses ha lidit skada krävs att anbudsgivarens anbud skulle ha sett annorlunda ut om upphandlande myndighet inte hade brutit mot upphandlingslagstiftningen. Det innebär att det ska råda kausalitet mellan bristerna i upphandlingsdokumentet och möjligheten att tilldelas kontraktet. Förvaltningsrätten finner inte att det råder kausalitet mellan den konstaterade bristen i upphandlingsdokumentet och det faktum att bolaget inte har lämna efterfrågade uppgifter avseende referenser.



Förvaltningsrätten finner inte heller vad bolaget anför i övrigt om brister i upphandlingsunderlaget har påverkat utformningen av bolagets anbud i detta avseende. Vid sådana förhållanden finner förvaltningsrätten inte att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska således avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Johan Höök  
Rådman

Miriam Röstberg Omari har föredragit målet.



## 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 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 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](http://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.

