



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 20

DOM
2020-01-15
Meddelad i Stockholm

Mål nr
24178-19

SÖKANDE

Familjeverket i Stockholm AB, 556592-6622

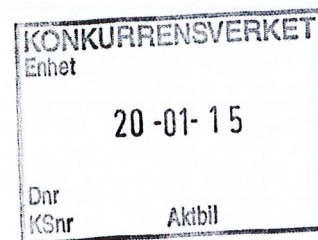
Ombud: Jur.kand. Johan Wilking
Ecenea Väst AB
Stampgatan 2
441 39 Alingsås

MOTPART

Stockholms stad
Box 7005
121 62 Johanneshov

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1174130

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genomför en upphandling av konsulentstödda jourhem för barn/unga i åldrarna 0–20 år (dnr 2.11.2–273/2018). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut från den 16 oktober 2019 anges att staden har beslutat att ingå ramavtal med samtliga kvalificerade leverantörer. Familjeverket i Stockholm AB (Familjeverket/bolaget) ingår inte bland dessa kvalificerade leverantörer. Detta har motiverats med att bolagets försäkran om straffrihet inte uppfyller de krav som framgår av upphandlingsdokumenten.

Familjeverket yrkar i först hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken bolagets anbud inkluderas, i andra hand att upphandlingen ska göras om. Familjeverket anför följande. Bolaget skulle ha fått möjlighet att yttra sig i enlighet med 13 kap. 4 § LOU innan uteslutning. Någon sådan möjlighet gavs aldrig av staden som därmed har agerat i strid med LOU. Kravet i upphandlingsdokumenten på tillhandahållande av försäkran om straffrihet strider vidare mot proportionalitetsprincipen. Stockholms stad har också agerat i strid med proportionalitetsprincipen genom att utesluta Familjeverket på grund av att bolaget inte tillhandahållit en sådan försäkran. Bolaget har lidit eller åtminstone riskerat att lida skada till följd av uteslutningen, med beaktande av att man riskerar att inte få leverera till staden under flera år.

Stockholms stad anser att ansökan ska avslås och anför följande. Det är inte fråga om uteslutning och det saknas rättligt stöd för att Familjeverket skulle ha getts möjlighet att yttra sig enligt 13 kap. 4 § LOU. Kravet på en försäkran om straffrihet som anges i upphandlingsdokumenten står inte i

strid med proportionalitetsprincipen och staden agerade inte i strid med proportionalitetsprincipen genom att diskvalificera Familjeverkets anbud.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 4 kap. 1 § LOU anges följande. 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att rätten grundar sin prövning främst på de omständigheter som sökanden åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är således om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunderna Familjeverket har fört fram.

Uteslutning enligt 13 kap. LOU

Familjeverket har anfört i huvudsak följande. Stockholms stad har krävt in en handling, bilaga 2 "Försäkran om straffrihet". Denna handling har som syfte att visa att ingen person i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brott enligt 13 kap. 1 § LOU. Staden får därmed förstås vara av uppfattningen att Familjeverket, genom att i stället bifoga

utdrag från misstanke- och belastningsregistret, lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 13 kap. LOU. Familjeverket har därför uteslutits från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 8 LOU och borde därmed, med stöd av 13 kap. 4 § LOU, ha fått möjlighet att yttra sig innan uteslutning.

Stockholms stad har anfört i huvudsak följande. Familjeverket har till sitt anbud inte bifogat en ifylld sanningsförsäkran (bilaga 2) i enlighet med vad som framgår av avsnitt 3.1 i anbudsinvjudan. Bolaget har således diskvalificerats från deltagande i upphandlingen på grund av bristande kravuppfyllelse av ett formellt krav avseende vilken dokumentation ett anbud ska innehålla. Staden har inte bedömt att det föreligger någon grund för uteslutning av bolagets anbud enligt 13 kap. LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Stockholms stad har i samband med tilldelningsbeslutet meddelat att Familjeverkets inte har kvalificerat sig eftersom ingiven Bilaga 2 försäkran om straffrihet inte uppfyller de krav som framgår av avsnitt 3.1.1 i anbudsinvjudan och avsnitt 1.6 i anbudsformuläret. Såväl avsnitt 3.1 i anbudsinvjudan som avsnitt 1.6 i anbudsinvjudan har rubriken Uteslutningsgrunder. Det framgår emellertid att anbudsgivare dels ska ange om någon uteslutningsgrund föreligger, dels bifoga ifylld bilaga 2.

Bilaga 2 har titeln ”Försäkran om straffrihet” och är, enligt avsnitt 1.6 i anbudsinvjudan till upphandlingen, en del av upphandlingsunderlaget. I sista stycket i avsnitt 3.1 i anbudsinvjudan anges bl.a. följande:

”Anbudsgivaren ska vidare fylla i och bifoga bilaga 2 till anbudet i enlighet med vad som framgår av nämnda bilaga. Denna bilaga ska även fyllas i av eventuella företag vars kapacitet åberopas och bifogas anbudet.”

Förvaltningsrätten anser att det i bilaga 2 anges klart och tydligt att det rör sig om en försäkran om straffrihet som ska skrivas under och dateras. Det lämnas inte utrymme för någon annan tolkning eller för alternativa tillvägagångssätt för kravuppfyllelse. Tillhandahållande av en ifylld bilaga 2 utgör därför ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det rör sig således inte om omständigheter som enligt upphandlande myndighet utgör skäl för uteslutning och som leverantören ska ges möjlighet att yttra sig över enligt 13 kap. 4 § LOU. Stockholm stad har således inte agerat i strid med LOU genom att inte ge Familjeverket tillfälle att yttra sig.

Proportionalitetsprincipen

Familjeverket har anfört i huvudsak följande. Staden har agerat i strid med proportionalitetsprincipen. En undertecknad försäkran om straffrihet är i praktiken helt tandlös eftersom den inte ger den upphandlande myndigheten någon information överhuvudtaget avseende anbudsgivares potentiella eller faktiska brottslighet. En anbudsgivare som lämnar in en försäkran, likt den av staden efterfrågade, kan därför utan problem ljuga sig till ett ramavtal då det inte sker någon faktisk kontroll alls avseende de anbudsgivare som lämnar anbud. Åtgärden är inte heller nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet eftersom en undertecknad bilaga 2 inte ger den information som staden eftersträvar att få om brottslighet enligt 13 kap. 1 § LOU. Eftersom bilaga 2 inte ger någon information avseende berörda personers tidigare brottslighet är det inte rimligt att ställa alltför höga krav på alternativa bevis, i det här fallet utdrag från misstanke- och belastningsregistret, som syftar till att visa att bolagets företrädare inte begått brott som uppräknas i 13 kap. 1 § LOU. Utdragen ger den upphandlande myndigheten betydligt bättre information om huruvida något brott begåtts enligt 13 kap. 1 § LOU än en ifylld bilaga 2. Bolaget har ändå uteslutits ur upphandlingen. Den negativa effekten är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet med ställt krav.

Stockholms stad har anfört i huvudsak följande. De av bolaget ingivna utdragen avser enbart kontroll av personal vid sådana hem för vård eller boende som tar emot barn. Utdragen avser i huvudsak andra brott än de som anges i 13 kap. 1 § LOU. Dessutom ska de endast användas vid anställningar vid hem för vård eller boende som tar emot barn. Utdragen har således ett helt annat syfte än den försäkran om straffrihet som staden efterfrågar. Den försäkran som staden begärt avser däremot det anbuds-givande företaget och flera av dess företrädare (VD, styrelseledamöter och firmatecknare), dvs. en förhållandevis vid krets av personer. Försäkran avseende straffrihet lämnas under straffansvar. Detta är enligt stadens bedömning tillräckligt. Varken kravet eller diskvalificeringen av Familje- verkets anbud står i strid med proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

Av praxis följer dock att en upphandlande myndighet har stor frihet att ställa de krav den finner nödvändiga i en upphandling, så länge kraven inte strider mot gällande principer och bestämmelser i LOU (se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78).

Av praxis följer också att möjligheterna att med hänsyn till det upphandlingsrättsliga regelverket anta ett anbud som innehåller även mindre avvikelser från angivna obligatoriska krav är mycket begränsade (Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden HFD 2016 ref. 37 I och II).

En proportionalitetsprövning sker, enligt praxis, vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Slutligen bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar enskilda intressen.

Förvaltningsrätten finner att det av uppenbara skäl ligger i stadens intresse att få en försäkran från leverantörerna om att t.ex. medlemmar av lednings- och tillsynsorgan inte är dömda för brott enligt 13 kap. 1 § LOU. Flera viktiga positioner hos anbudsgivarna och företag vars kapacitet åberopas av anbudsgivarna omfattats vidare av försäkran. Därutöver noteras att det anges i bilaga 2 att lämnande av osann uppgift eller förtigande av sanningen kan medföra straffansvar. Det rör sig dessutom i förevarande fall om en upphandling av verksamhet som är mycket viktig för barn och ungdomar. Att fylla i och bifoga bilaga 2 till anbudet utgör inte en särskilt betungande uppgift för anbudsgivarna i sammanhanget. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kravet inte står i strid med proportionalitetsprincipen.

Tillhandahållandet av ifylld bilaga 2 utgör enligt ovan ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Stockholms stad har därmed inte haft möjlighet att godta någon alternativ dokumentation. Familjeverket har inte bifogat en ifylld bilaga 2 till sitt anbud, utan i stället åberopat ett utdrag från misstanke- och belastningsregistret. De utdrag som Familjeverket bifogat till sitt anbud är inte fullgoda som komplement till vad som begärts av staden. Det rör sig nämligen om utdrag från misstanke- och belastningsregistret för personer som, enligt lagen (2007:171) om registerkontroll av personal vid vissa boenden som tar emot barn, ska lämna sådana utdrag. Utdragen fyller således ett annat syfte och omfattar en snävare krets av personer än den försäkran som staden begärt. Det har därmed inte heller varit möjligt för staden att ge Familjeverket möjlighet att komplettera sitt anbud (jfr HFD

2016 ref. 37 I och II). Stockholms stad har således inte agerat i strid med proportionalitetsprincipen genom att diskvalificera Familjeverkets anbud.

Slutsatser

Förvaltningsrätten finner att vad Familjeverket har anfört inte utgör omständigheter som visar att staden har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Familjeverket har därmed inte lidit skada i den mening som avses i LOU. Förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger således inte.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Karl Lundberg
Rådman

Jakob Franzén har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

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 avisar 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.