



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-09-13
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2221-18

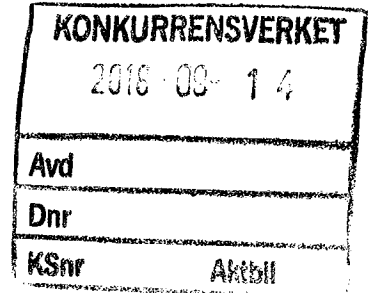
SÖKANDE

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

Ombud: Advokaterna Maria Pedersen och Ingrid Sandstedt Nordfeldt
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Jönköpings kommun
Upphandlingsavdelningen
Stadskontoret
551 89 Jönköping



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende måleriarbeten (ref. 17/397). Syftet är att erhålla ett ramavtal med entreprenörer för löpande måleri- och tapetseringsarbeten. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. Sista dag för att inkomma med anbud var den 9 maj 2018. Förvaltningsrätten har i beslut den 27 april 2018 bifallit yrkande från Sandå Sverige AB (Sandå) om att Kommunen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Dok.Id 268065

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsratten@jonkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@jonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDE M.M.

Sandå yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Sandå: Förfrågningsunderlaget bryter mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU, eftersom konkurrensen har begränsats och anbudsgivare särbehandlas beroende på om anbudsgivarna tillhör en koncern eller inte. På grund av detta riskerar Sandå att lida skada. Bolag inom Sandå-koncernen hindras att lämna anbud och begränsas tilldelning genom det som har angetts i upphandlingsföreskrifterna AFB.18. För det fall två Sandå-bolag lämnar anbud riskerar båda att förkastas. Detsamma gäller om bolag på något sätt åberopar kapacitet hos samma underleverantörer. Olika juridiska personer har rätt att få konkurrera med varandra på marknaden. Leverantörer som ingår i en koncern särbehandlas. De nya reglerna om uppdelning av kontrakt i LOU ska inte tillämpas vid förenklat förfarande. Enligt 4 kap. 15 § LOU är det endast möjligt att begränsa tilldelningen av kontrakt, men inte möjligheten att lämna anbud. Sandå-koncernen består av bolag med olika ägarstruktur. De olika juridiska personerna agerar självständigt och kan lämna anbud i upphandlingar oberoende av varandra. Sandå-bolagen går genom upphandlingsdokumentens utformning miste om möjligheten att lämna anbud i upphandlingen. Kommunen hade kunnat öka konkurrensen genom ett mindre ingripande alternativ så som en väl utarbetad utvärderingsmodell och kravställning. Att begränsa konkurrensen på det sätt som görs är ett oerhört ingripande alternativ som strider mot proportionalitetsprincipen. Den verkning som Kommunen beskriver innebär att anbud förkastas och det rör sig om en begränsning i möjligheten att lämna anbud. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens dom den 25 juni 2018 i mål nr 5924–

17 och HFD 2016 ref. 3 är det inte förenligt med LOU att tillämpa ett krav som innebär en automatisk uteslutning av anbudsgivare.

Kommunen:

Upphandlingen avser fyra delområden där leverantör inte begränsas i möjligheten att lämna anbud på samtliga områden men begränsas i tilldelning av avtal till ett område. Syftet är att i enlighet med direktivets syfte verka konkurrensfrämjande, underlätta för små- och medelstora bolag att delta i upphandlingen samt att genom att möjliggöra för fler aktörer att verka på marknaden parallellt även minska sårbarheten för Kommunen. För att syftet med upphandlingen ska tillgodoses accepteras inte flera anbud från en och samma entreprenör. Detta baserat på erfarenhet av att större koncerner annars missbrukar sin ställning på marknaden och lämnar anbud samt agerar på sådant sätt att det kan liknas vid anbudskarteller. Förfarandet är inte förenligt med upphandlingens syfte då resultatet blir att små och medelstora bolag utestängs från marknaden då de saknar förutsättningar att agera på samma sätt, samtidigt som priset vid här tillämpad förnyad konkurrensutsättning trissas upp till max. Likabehandlingsprincipen syftar till att tillse att lika fall behandlas lika. Begränsningen om att bolag inom koncernförhållanden endast får inkomma med ett anbud tar inte sikte endast på Sandå, utan samtliga koncerner som avser lämna anbud. Syftet är att tillvarata konkurrensen genom att i enlighet med direktivets syfte möjliggöra för små och medelstora företag att delta i upphandlingen. Baserat på erfarenhet från tidigare upphandling kan kommunen inte heller se att det finns mindre ingripande åtgärder att ta till för att tillvarata konkurrensen. Det är uppenbart att den konkurrensen som Sandå förordar innebär att Sandåkoncernen ska äga marknaden och därigenom urholka konkurrensen. Det föreligger ingen begränsning i att lämna anbud, samtliga bolag är fria att inkomma med dessa, utan begränsningen avser kontraktstilldelning där anbudsgivare får sitt anbud förkastat på grund av ett agerande som inte är förenligt med förfrågningsunderlaget. Sandå har på intet sätt lidit skada eftersom bolaget på

samma villkor som andra bolag inte har varit förhindrat att lämna ett anbud med möjlighet att tilldelas kontrakt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

I 20 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt LOU är huvudprincipen att den part som gör gällande att det finns skäl för ingripande på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter den grundar sin talan och att rättens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Det finns ingen bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten som förhindrar att en upphandlande myndighet tillåter anbud från flera företag inom samma koncern. Frågan i detta mål är emellertid om Kommunen har haft fog för att begränsa möjligheten till flera anbud ifrån samma koncern.

Syftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att det öppnas för så bred konkurrens som möjligt och att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möj-

ligt deltar i en anbudsinfordran. Om ett krav inskränker konkurrensen måste det prövas om detta är förenligt med proportionalitetsprincipen (C-538/07 Assitur).

Kommunen har anfört att dess förnyade konkurrensutsättning sannolikt kommer att missbrukas genom strategisk anbudsinslämning för det fall bolag i koncernförhållanden tilldelas fler kontrakt än ett i upphandlingen, en bedömning som baseras på tidigare erfarenhet. Förvaltningsrätten har inte någon mer ingående kunskap om de affärsmässiga förhållanden och förutsättningar som råder inom den aktuella branschen, men bedömer att Kommunens ställningstagande framstår som skäligt och trovärdigt. Även Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1 Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling bekräftar förekomsten av dylika upplägg. Vad Sandå har anfört förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Behovet av att undvika fördyring av kontrakt genom samordnat beteende och utestängning av konkurrenter genom strategiskt beteende från anbudsgivare måste kunna föranleda viss anpassning av förfrågningsunderlaget utan att det blir oproportionerligt, och kunna motivera någon inskränkning av principen om likabehandling (jfr även av Sandå åberopade HFD 2016 ref. 3). Det framstår därtill som osannolikt att en reell konkurrensbegränsning skulle kunna finnas i den delen att de olika bolagen — ens i en större koncern — skulle lägga anbud i samma upphandling utan vetskap om andra anbud från koncernbolag, med resultatet att samtliga anbud oväntat förkastas. Enligt förvaltningsrättens bedömning är den omständigheten att bolag inom en koncern begränsas till att tilldelas maximalt ett område inte tillräcklig för att angripa upphandlingen, även med beaktande av vad Sandå har anfört om brott mot likabehandlingsprincipen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.