



SÖKANDE

Svenska Pontonhamnar AB, 556753-2568

Box 24024

104 50 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Biträdande jurist Viktor Robertson

Advokatfirman Kahn Pedersen KB

Box 16119

103 23 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, Idrottsnämnden

Box 8313

104 20 Stockholm

Ombud: Malin Lindvall

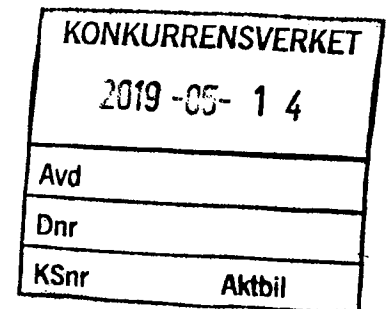
Juridiska avdelningen

Stadsledningskontoret

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse på sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Svenska Pontonhamnar AB:s anbud ska beaktas.

BAKGRUND

Stockholms stads idrottsnämnd genom idrottsförvaltningen har genomfört en upphandling av ramavtal för pontonbryggor m.m. Upphandlingen genomfördes med öppet förfarande och avsikten var att teckna ramavtal med tre leverantörer. Vid prövningen av leverantörerna beslutade staden att utesluta Svenska Pontonhamnar AB:s anbud. Som skäl för beslutet angavs i huvudsak att bolaget inte inom angiven tid lämnat aktuella bevis på att det inte finns grund att utesluta anbudsgivaren enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Staden fann därmed att Svenska Pontonhamnar AB inte inom angiven tid hade visat att ställda krav på leverantören och uppdraget var uppfyllda.

YRKANDEN M.M.

Svenska Pontonhamnar AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så vis att stadens beslut att utesluta bolaget upphävs och att bolaget därmed får delta i upphandlingen och får sitt anbud utvärderat. Som grund för ansökan anför bolaget bl.a. följande. Genom att ge bolaget för kort tid för att ge in begärda handlingar, som dessutom staden redan hade tillgång till, och genom att utesluta bolaget utan stöd för detta samt utan att bolaget fått tillfälle att yttra sig över stadens skäl för uteslutning har staden brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet och LOU. På grund av stadens överträdelse har bolaget inte fått sitt anbud utvärderat i upphandlingen vilket i förlängningen hindrat bolaget från att teckna avtal, i vart fall som en av tre avtalstecknande leverantörer.

Stockholms stads idrottsnämnd genom idrottsförvaltningen (staden) bestrider ansökan om överprövning. Som grund för inställningen anger staden att den inte brutit mot någon bestämmelse i LOU.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande. Staden har uteslutit bolaget med stöd av bestämmelsen i 13 kap. 3 § 8 c LOU eftersom staden ansett att bolaget inte lämnat in den begärda bevisningen i tid. Staden hade dock redan tillgång till exakt samma uppgifter som den sedan kom att kräva av bolaget. I detta avseende har staden anført att den bevisning som senare kom att begäras in innebar att leverantören angav ”på heder och samvete” att de lämnade uppgifterna var korrekta och att den därför var annorlunda än vad bolaget tidigare uppgett. Ett sådant straffansvar som staden gör gällande följer emellertid redan av den tidigare ingivna, och undertecknade egenförsäkran, varför tillägget ”på heder och samvete” inte medför någon särskild betydelse ifråga om straffansvar. Det intygande som bolaget redan lämnat utgör således en försäkran som anges i 15 kap. 9 § LOU. Staden var då i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. 5 § LOU förhindrad att begära in sådan information som staden redan hade.

Vidare är en uteslutning av bolaget inte möjlig av rent lagtekniska skäl. Som anges i 13 kap. 3 § 8 c LOU kan en leverantör nämligen endast uteslutas om leverantören i allvarlig omfattning inte har lämnat begärd information. Av bestämmelsens ordalydelse framgår att den aktuella uteslutningsgrunden endast kan tillämpas om en leverantör överhuvudtaget inte har lämnat in begärd bevisning. Bolaget har vid flera tillfällen tillhandahållit staden de begärda uppgifterna och dessa har, oavsett den tidsram som staden satte upp, kommit in till staden innan dess att tilldelningsbeslutet meddelades. Bolaget har således inte underlåtit att lämna den begärda informationen.

Skulle förvaltningsrätten trots detta anse att bolaget borde ha kommit in med den begärda bevisningen vid ett tidigare tillfälle kan bristen i vart fall inte anses vara av någon sådan ”allvarlig omfattning” som krävs enligt 13 kap. 3 § p 8 LOU. Detta med beaktande av att uppgifterna ostridigt funnits tillgängliga hos staden redan den 22 augusti 2018 och såldes i god tid före beslutet om tilldelning, den 24 augusti 2018. Staden har inte heller angett på vilket sätt bolaget allvarligt skulle anses ha brustit i sin skyldighet.

Att utesluta bolaget ur upphandlingen för att det inte till fullo förstått hur det aktuella upphandlingsverktyget fungerar kan inte heller anses förenligt med proportionalitetsprincipen. Dessutom vore det oproportionerligt att utesluta bolaget för att det begärda materialet ändå gavs in tre arbetsdagar efter den tidsram staden satt upp. Skulle förvaltningsrätten emellertid ändå göra bedömningen att uppgifterna kommit in efter den utsatta tidsramen vidhåller bolaget att den åsatta tidsfristen om fyra dagar varit alltför kort, särskilt som begäran skedde under semestertid. En uteslutning måste stå i proportion till de felaktigheter som läggs leverantören till last.

Vidare var staden, som en direkt följd av proportionalitetsprincipen och bestämmelsen i 13 kap. 4 § LOU, tvungen att låta bolaget yttra sig över skälen till uteslutning innan uteslutning skedde. Så har dock inte skett.

Staden har hänvisat till likabehandlingsprincipen som grund för den aktuella uteslutningen och de uttalanden som Upphandlingsmyndigheten gör i sin vägledning. Av vägledningen framgår dock att likabehandlingsprincipen ålägger en myndighet att utesluta en leverantör som överhuvudtaget inte fullgjort sina skyldigheter att lämna in bevis. Eftersom bolaget ostridigt har lämnat in de begärda bevisen innan tilldelningsbeslut meddelades aktualiseras inte likabehandlingsprincipen i detta avseende.

Genom att bolaget uteslöts ur upphandlingen och inte fick sitt anbud utvärderat har bolaget inte kunnat komma ifråga för avtalstecknande. Det framgår av tilldelningsbeslutet att samtliga leverantörer utom en uteslutits ur upphandlingen. Bolaget skulle därmed, om det fick delta i upphandlingen, tilldelas ramavtal och i vart fall rangordnas som nummer två av tre med möjlighet att i framtiden få leverera de aktuella produkterna till staden. Efter att ha fått del av den vinnande anbudsgivares utvärderingspris kan bolaget även konstatera att den vinnande anbudsgivarens pris är väsentligt mycket högre än det pris som bolaget lämnat i upphandlingen. Om staden inte brutit mot LOU skulle bolaget således ha tilldelats ramavtal med rangordning högst upp i avropsordningen, och därmed i första hand kommit ifråga för samtliga aktuella avrop. Genom att fråntas denna möjlighet har bolaget, oavsett utgången i ett annat överprövningsmål mellan en annan anbudsgivare och staden, lidit eller riskerat att lida skada på det sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Staden

Staden har anfört bl.a. följande. Sökanden har gett in en egenförsäkran och mot den bakgrunden har staden krävt in bevis för att grund för uteslutning enligt 13 kap. 1 § LOU inte föreläggat. Till meddelandet från den 13 augusti har bifogats en handling med rubriken "Försäkran om straffrihet". I handlingen ska företrädare för anbudsgivaren lämna en sanningsförsäkran på heder och samvete att grund för uteslutning enligt 13 kap. 1 § inte föreligger. Anbudsgivaren uppmanas att fylla i handlingen och skicka in den via TendSign senast den 17 augusti.

En leverantör är enligt 15 kap. 5 § 1 LOU inte skyldig att lämna in bevis om myndigheten redan har tillgång till materialet. Staden har inte haft tillgång något bevis enligt 15 kap. 7 och 9 §§. Påståendet att staden redan haft tillgång till begärt dokument bestrids. Att sökanden fyllt i en egenförsäkran

ersätter inte det bevis som begärts in. Det är en väsentlig skillnad mellan att lämna uppgifter i en egenförsäkran och att lämna en sanningsförsäkran på heder och samvete. Vidare, om en försäkran enligt ESPD-dokumentet hade den innebörden som bolaget gör gällande skulle inga bevis behöva begäras in överhuvudtaget. Det finns inget stöd för sökandens synsätt i den delen.

Det bestrids vidare att tidsfristen för inlämnandet av beviset var för kort. Hur lång tid en leverantör har på sig anges varken i LOU-direktivet eller i LOU. Av proportionalitetsprincipen följer att tidsfristen måste fastställas med hänsyn till att vissa bevis tar längre tid att få fram än andra. I det här fallet är det inte fråga om en handling som anbudsgivaren ska ta fram och där tidsåtgången är beroende av omständigheter utanför anbudsgivarens kontroll. Istället är det fråga om en handling som staden skickar till anbudsgivaren med instruktion om att den ska fyllas i och skickas in via TendSign. Att fylla i handlingen innebär i praktiken att skriva under den. En tidsfrist på drygt fyra arbetsdagar kan i sammanhanget under inga förhållanden anses vara för kort. Av handlingarna i ansökan om överprövning framgår vidare att det inte berott på tidsfristen att beviset för anbudsgivarens del inte kommit in i tid utan på att anbudsgivaren inte förstått att handlingen skulle ges in. Av ingivna handlingar framgår att handlingen undertecknats av anbudsgivaren först den 22 augusti 2018. På grund av likabehandlingsprincipen är den upphandlande myndigheten tvungen att utesluta en leverantör som inte fullgjort sina skyldigheter i dessa avseenden.

Anbudet har enligt 13 kap. 3 § 8 c LOU uteslutits på den grunden att sökanden inte lämnat det bevis som visar att det inte finns grund för att utesluta leverantören och som staden har begärt in enligt 15 kap. 3-5 §§ LOU. Skyldigheten att ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning är inte relevant för uteslutningsgrunden att en leverantör inte har lämnat in de bevis

som begärts av den upphandlande myndigheten. Staden gör vidare gällande att det även gäller om beviset ges in men efter angiven tidsfrist. För det fall leverantören fått tillfälle att yttra sig hade skälet som anförs i överprövningen, nämligen att bolaget inte förstått att handlingen skulle ges in, inte lett till ett annat beslut från stadens sida. Staden delar inte sökandens uppfattning att ett bevis som ges in den 22 augusti 2018 inkommit i god tid innan beslutet om tilldelning den 24 augusti 2018. Syftet med fristen den 17 augusti 2018 var att ge staden rimlig tid för en slutlig prövning av anbuden.

Staden gör gällande att sökanden inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med LOU. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, anbud har prövats i enlighet med förutsättningarna och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Sökandens talan ska därför ogillas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det förvaltningsrätten först ska pröva är frågan om staden har förfarit i strid med LOU, på sätt som bolaget gjort gällande, genom att utesluta bolaget från den offentliga upphandlingen.

I målet har framkommit att bolaget valde att vid anbudslämnandet ge in en egen försäkran för att intyga att bolaget inte ska uteslutas ur upphandlingen enligt uteslutningsgrunder i 13 kap. 1-2 §§ LOU, att bolaget uppfyller kvalificeringskraven och att bolaget kan ge in efterfrågade bevis för detta.

I 15 kap. 3 § LOU anges bl.a. att en leverantör som lämnat en egen försäkran ska på begäran av en upphandlande myndighet komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. Bland annat får en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 6 § punkten 1 begära att

leverantören ska ge in sådan utredning som visar att det inte finns grund för att enligt 13 kap. utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Av 15 kap. 7 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära att en leverantör lämnar in ett utdrag ur ett brottsregister eller en likvärdig handling som har utfärdats av en behörig myndighet i ursprungsstaten eller den stat där leverantören är etablerad och som visar att det inte finns omständigheter som enligt 13 kap. 1 § utgör skäl för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Polismyndigheten och Upphandlingsmyndigheten har dock i en gemensam skrivelse den 10 mars 2017 uttalat att man i Sverige idag inte utfärdar sådana utdrag ur belastningsregister som avses i 15 kap. 7 § LOU. Därför får sådana intyg tills vidare ersättas av en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran i enlighet med 15 kap. 9 § LOU (se Polismyndighetens och Upphandlingsmyndighetens gemensamma skrivelse 2017-03-10 dnr UHM 2017-0083 respektive dnr A101.405/2017).

Mot bakgrund av detta begärde staden en tid efter anbudsgivningen att bolaget skulle ge in en försäkran på heder och samvete om att det inte förelåg grund för att utesluta bolaget med stöd av 13 kap. 1 § LOU. Ett formulär för sanningsförsäkran skickades till bolaget som sedan skulle fylla i och återsända det senast den 17 augusti 2018. Bolaget gav dock in intyget den 22 augusti 2018. Detta föranledde att bolagets anbud uteslöts ur den offentliga upphandlingen enligt 13 kap. 3 § 8 c LOU i samband med tilldelningsbeslutet som fattades två dagar senare den 24 augusti 2018.

I 13 kap. 3 § LOU anges omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. En sådan grund är att leverantören i allvarlig omfattning inte

har lämnat in de kompletterande dokument som myndigheten begärt in enligt 15 kap. 3–5 §§, se 13 kap. 3 § 8 c LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i det här fallet, trots att det skedde för sent, har gett in det kompletterande intyg som staden har begärt. Även om det bör åligga anbudsgivare att följa de tidsfrister som en upphandlande myndighet angett, bedömer förvaltningsrätten att bolagets försening inte kan likställas med att bolaget i allvarlig omfattning underlåtit att ge in sådana kompletterande dokument som begärts. Syftet med intyget, att bolagsföreträdare på heder och samvete skulle intyga att det inte fanns grund för att enligt 13 kap. 1 § LOU utesluta bolaget från att delta i upphandlingen, var trots allt uppfyllt vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. Mot den bakgrunden bedömer förvaltningsrätten att det var felaktigt att utesluta bolaget från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 8 c LOU.

Vid denna utgång föreligger det inte skäl att ta ställning till de övriga grunder bolaget gjort gällande som grund för att staden brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten ska här efter pröva om stadens beslut att utesluta bolagets anbud ur den offentliga upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Bolaget har anfört att det lidit skada eller i vart fall riskerat skada att eftersom samtliga leverantörer utom en uteslutits ur upphandlingen och bolaget skulle därmed, om det fick delta i upphandlingen, ha tilldelats ramavtal och i vart fall rangordnas som nummer två av tre med möjlighet att i framtiden få leverera de aktuella produkterna till staden. Bolaget har vidare anfört att det, efter att ha fått ta del av den vinnande anbudsgivares utvärderingspris, kan konstatera att den vinnande anbudsgivarens pris är väsentligt mycket högre än det pris som bolaget lämnat i upphandlingen. Om staden inte brutit mot LOU skulle bolaget således ha tilldelats ramavtal med rangordning högst upp i avropsordningen, och därmed i första hand kommit ifråga för samtliga aktuella avrop.

Förvaltningsrätten bedömer att bolaget har klargjort och konkretiserat på vilket sätt det har eller har kunnat komma lida skada. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta vad bolaget har anfört i denna del. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget har lidit eller i vart fall kunnat komma lida skada till följd av att staden förfarit i strid med LOU.

Stadens överträdelse är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet så rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Bolagets ansökan om omprövning ska därför bifallas med förordnande om rättelse på sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Svenska Pontonhamnar AB:s anbud ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Lönnheim

Tf. rådman

Karoliina Paakkulainen 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.