



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-07-12
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 2986-18

SÖKANDE

HNA Storköksservice AB, 556433-9439

Ombud: Erik Backlund
 Erik Backlund Juridik AB
 Västerled 33
 245 64 Hjärup

MOTPART

Höganäs kommun
 Stadshuset
 263 82 Höganäs

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-07-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Höganäs kommuns upphandling Service Storköksutrustning ska göras om.

Dok.Id 445870

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Höganäs kommun genomför en upphandling av Service Storköksutrustning. Upphandlingen avser service, underhåll och reparationer av storköksutrustning för Höganäs kommuns berörda förvaltningar. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade Höganäs kommun att anta anbudet från Storköksservice Syd AB.

YRKANDE M.M.

HNA Storköksservice AB (HNA Storköksservice) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om utan beaktande av anbudet från Storköksservice Syd AB (Storköksservice Syd). I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. HNA Storköksservice anför bl.a. följande.

Storköksservice Syd uppfyller inte upphandlingens krav avseende angivande av priser i prisbilagan, angivande av tidsperiod för referensuppdrag och angivande av namnuppgift på den som är ansvarig för kvalitetskontrollen.

Storköksservice har inte angett priser för artikelnummer 60433, vibrationsdämpare, respektive artikelnummer 10070, microbrytare. Vid dessa artiklar har Storköksservice Syd lämnat den felaktiga kommentaren ”Detta art nr finns inte”. Övriga två anbudsgivare har hittat och prissatt dessa artiklar enligt förfrågningsunderlagets instruktion. De felaktiga kommentarerna innebär att Storköksservice Syd inte uppfyllt kravet att fylla i priser i bilaga 1, Varukorg.

Storköksservice Syd har redovisat två referenskunder. Storköksservice Syd har dock inte för något av dessa referensuppdrag redovisat perioden för uppdraget vilket är ett krav i upphandlingen. Kravet på redovisning av period är av stor betydelse då det har en direkt koppling till styrkande av det underliggande kravet att referensuppdragen ska ha utförts under de senaste tre åren.

Ytterligare ett krav som inte uppfylls är kravet att lämna namnuppgift på den som är ansvarig för kvalitetskontrollen. Storköksservice Syds anbud saknar helt information om detta.

Kommunen har uppgett att man genomfört en ”nollställning” av anbudens avseende priserna i varukorgen. För att en sådan nollställning ska uppfylla LOU:s krav på transparens ska förutsättningarna för detta och hur en sådan ska ske vara tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget. Förutsättningarna för komplettering eller förtydligande av priserna har inte heller varit uppfyllda och det har därmed inte varit tillåtet att läka bristen genom att begära komplettering av prisuppgifterna från Storköksservice Syd. Bristen avseende referenser har enligt kommunen läkts genom kontakt direkt med uppgivna referenter. Det är inte tillåtet att på ett sådant sätt läka en brist avseende underlåtenhet att ange viss information i anbudet. Vad kommunen gjort förändrar alltså inte situationen att anbudet från Storköksservice Syd inte uppfyller upphandlingens krav. Vidare kan anmärkas att LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens gäller före förvaltningslagens bestämmelser.

Anbudet från Storköksservice Syd skulle sammanfattningsvis rätteligen ha diskvalificerats. Anbudet från HNA Storköksservice, som kom på andra plats i utvärderingen, skulle då ha rangordnats högst och tilldelats kontrakt i upphandlingen. HNA Storköksservice har därmed lidit skada av kommunens agerande.

Höganäs kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Utvärderingen är gjord i enlighet med de angivna kriterierna i förfrågningsunderlaget och i enlighet med LOU. All bedömning har skett objektivt och rättvist.

Upphandlande myndighet har möjlighet att begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en handling i enlighet med LOU. Detta har gjorts med varukorgsbilagan. Man kan antingen plocka bort de artiklar som inte är prissatta av samtliga anbudsgivare, eller prissätta med högsta angivet cirkapris. Detta är det mest rättvisa och riktiga sättet att göra, och det är förenligt med LOU. I båda fallen är anbudet från Storköksservice Syd lägst. Det är inte att likna vid att läka en brist. Höganäs kommun hänvisar i denna del till ett e-postmeddelande, vari anges att kommunen har gjort en nollställning av anbuden.

HNA Storköksservice påstår att Storköksservice Syd inte lämnat uppgifter om referensuppdragens storlek/tidsperiod. Det stämmer inte. Referenten har genom sitt svar intygat att uppdraget stämmer med ställda krav. Av förfrågningsunderlaget framgår vilka uppgifter referenterna skulle svara på. Storköksservice Syd har lämnat tillräcklig information för att referensernas värde ska kunna utvärderas. Om kommunen inte får ta kontakt med referenterna kan inte kraven på referenser utvärderas. Kommunen har inte varit i kontakt med referenterna i något annat syfte än vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Angående brist avseende angivande av namnuppgift på ansvarig för kvalitetskontroll hänvisas till bifogad Kvalitetspolicy där verkställande direktör är ansvarig.

Upphandlande myndighet har en skyldighet att inhämta kompletterande information, vilket följer av LOU och förvaltningslagen. Kommunen har varit tydlig och upphandlat helt i enlighet med LOU:s regler. Det finns därmed inte något belägg för HNA Storköksservices ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

HNA Storköksservice har bl.a. anfört att Storköksservice Syd inte lämnat någon fullständigt ifylld anbudsprislaga och därmed inte uppfyllt ett obligatoriskt krav. Kommunen anför i denna del att man gjort en nollställning av anbudet, vilket kan ske genom att man antingen plockar bort de artiklar som inte prissatts av samtliga anbudsgivare, eller att man prissätter med högsta angivet cirkapris.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Några bestämmelser om nollställning av anbud finns inte i nu gällande LOU. Så kallad nollställning av anbud innebär ett agerande från myndighetens sida i syfte att göra anbudet sinsemellan jämförbara, t.ex. genom inhämtande av en förtydligande uppgift. Ett sådant agerande kan vara tillåtet under förutsättning att inte 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i

lagen träds för när. Förutsättningarna för när ett anbud kan rättas eller förtydligas framgår av 4 kap. 9 § LOU. Enligt den bestämmelsen får myndigheten bl.a. tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

EU-domstolen har slagit fast att det med hänsyn till principen om likabehandling krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse av anbuden. Detta skulle inte uppfyllas om anbudsgivarna tilläts avvika från grundläggande bestämmelser i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag från de fall då dessa bestämmelser uttryckligen ger denna möjlighet (mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, punkt 37 och 40).

Högsta förvaltningsdomstolen har konstaterat att upphandlingsdokumenten utgör en central del av förfarandet i en upphandling. En förutsättning för att upphandlingsdokumenten ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs upprätthålls under hela förfarandet. Myndigheten måste därför redan vid framställandet av upphandlingsdokumenten se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om en upphandlande myndighet under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är

möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det vara så att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 4 kap. 9 § LOU i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud (se HFD 2016 ref. 37).

Syftet med den aktuella upphandlingen är att tillgodose kommunens behov av service och reparationer av storköksmaskiner för samtliga förvaltningar som tillreder måltider.

Angående den bilaga där priserna ska anges framgår i förfrågningsunderlaget, avsnitt 3.3.2, följande.

Bilaga 1, Varukorg, utgör en kostnads kalkyl för anbudsgivare att fylla i (gula fält). Den innehåller del en reservdelslista på ett antal produkter samt en fördelning av övriga reservdelskostnader inom beställarens fabrikat och speglar en ungefärlig förbrukning 2017. Kalkylen är således baserad på en historisk volym av beställningsarbeten och genererar en fiktiv jämförbar totalkostnad som kommer att utgöra ett slutligt anbudspris som anbuderna kommer att utvärderas efter. Anbudsgivare ska därför offerera **avtalspriser** för ”varukorgens” reservdelar. Dessa priser, som utgör en **avtalsprislista**, ska vara fasta under avtalstiden.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.3.1, Utvärderingsmetod, framgår att det anbud kommer att antas som uppfyller samtliga obligatoriska krav och enligt följande kriterier: (1) pris enligt varukorgsbilagan, 60 % och (2) service/utförande utifrån egna referenser och lämnade referenser, 40 %.

I avsnitt 3.3.2 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska offerera avtalspriser för ”varukorgens” reservdelar samt att dessa priser, som utgör

en avtalsprislista, ska vara fasta under avtalstiden. Mot bakgrund av textens utformning anser förvaltningsrätten att ett krav i upphandlingen är att prisbilagan fylls i med prisangivelser på varje produkt. Om bilagan fylls i på något annat sätt fyller den inte sitt syfte och kan inte användas som prislista över fasta priser för de aktuella produkterna. Inte heller offereras då samtliga de produkter som behövs för att reparationer och service av storköksmaskiner ska kunna genomföras. Med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning har det funnits skäl för potentiella leverantörer att förutsätta att det var viktigt att en fullständigt ifylld prisbilaga gavs in med anbudet, och att pris i den bilagan skulle offereras på samtliga positioner. Enligt förvaltningsrätten har kravet på en fullständigt ifylld prisbilaga en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen. Det har inte framkommit att det skulle vara oproportionerligt att upprätthålla kravet på att ge in en fullständigt ifylld prisbilaga.

Höganäs kommun har anfört att Storköksservice Syds anbud är lägst oavsett om de ej prissatta artiklarna plockats bort vid utvärderingen eller om de ej prissatta artiklarna prissätts med högsta angivet cirkapris. Förvaltningsrätten kan konstatera att det av förfrågningsunderlaget inte framgår något om att en ”nollställning” av anbud kan komma att ske, under vilka förutsättningar en nollställning kan bli aktuell eller hur den ska göras. Det framstår vidare som oklart vilka priser som ska gälla som avtalspriser på de positioner där Storköksservice Syd inte offererat pris, eller hur leverantören ska kunna leverera produkter som kommunen har behov av men som enligt leverantören inte finns. Det är inte heller tydligt hur många, eller vilka, produkter en leverantör kan underlåta att prissätta och ändå få sitt anbud utvärderat. Beroende på vilka produkter som inte har prissatts av någon leverantör och som därför ”plockas bort” från utvärderingen finns det också en risk att prisbilden i de olika respektive anbuden förändras på ett sätt som kan påverka resultaten i anbudsutvärderingen.

Mot ovanstående bakgrund anser förvaltningsrätten att den nollställning som gjorts av anbudet inte har kunnat göras utan att likabehandlingsprincipen och principerna om öppenhet, förutsebarhet och transparens träts för när. Höganäs kommun har således inte behandlat alla anbudsgivare lika när kommunen antog anbudet från Storköksservice Syd trots att bolaget inte gett in en fullständigt ifylld prisbilaga. Vad Höganäs kommun anfört visar inte heller att det varit fråga om en sådan tillåten komplettering som kan göras med stöd av 4 kap. 9 § LOU. HNA Storköksservice kom på andra plats i anbudsutvärderingen. Genom att Storköksservice Syd tilldelats kontrakt trots att bolaget inte gett in en fullständigt ifylld prisbilaga i sitt anbud har HNA Storköksservice därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Den upphandlande myndigheten har i förfrågningsunderlaget ställt upp ett obligatoriskt krav som sedan inte upprätthållits. Härigenom kan upphandlingens konkurrensuppsökande skede anses ha skadats. Upphandlingen ska därför göras om (jfr HFD 2016 ref. 37 II).

Vid denna bedömning saknas det anledning för förvaltningsrätten att pröva om det finns skäl för ingripande enligt LOU även på någon annan av de anförda grunderna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Louise af Klint

Susanne Axelsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

Fortf. 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.

