



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 30

DOM
 2017-06-22
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 7562-17

SÖKANDE

Irec Svenska AB, 556800-4971

Ombud: Advokat Markus Mårline
 Advokatbyrån Sigeman & Co AB
 Anna Lindhs plats 4
 211 19 Malmö

MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 702000-9226
 Box 5199
 121 19 Johanneshov

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Irec Svenska AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 843039

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00
 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) genomför en upphandling av ramavtal avseende Avfallshanteringsprodukter, dnr 17-113. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förnyat tilldelningsbeslut fattades den 28 mars 2017, av vilket bl.a. framgår att Irec Svenska AB:s anbud inte ansågs uppfylla samtliga obligatoriska krav.

Irec Svenska AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen avseende anbudsområde A-F görs om, varvid bolagets anbud ska beaktas, men utan beaktande av anbuderna från San Sac AB, PWS Nordic AB, Plastic Omnium AB, Luowia Sverige AB, Liselotte Lööf Miljö AB, Peter Töndel Markbyggarna AB och Weland Aluminium AB (vinnande anbudsgivare). Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuderna avseende anbudsområde A-F görs om, varvid bolagets anbud ska beaktas. Bolaget yrkar i tredje hand att upphandlingen ska göras om vad gäller avtalsområde A-F.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att behörig företrädare för anbudsgivaren ska underteckna en sanningsförsäkran. Enligt p. 1.3.1 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren med sanningsförsäkran intyga att denne inte är föremål för omständigheter angivna i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Den hänvisning som gjorts till Bilaga 2 är uppenbarligen felaktig. I p. 1.2.4.1 och 1.2.4.2 hänvisas till Bilaga 3, dock avser detta dokument inte ett intygande om att anbudsgivaren inte träffas av några uteslutningsgrunder och det är inte lämnat ”på heder och samvete”. Det uppfyller således inte kraven som ställs i 10 kap. 3 § LOU samt i p. 1.3.1 i förfrågningsunderlaget och dokumentet är inte en sanningsförsäkran i den mening som avses i LOU. Därtill synes

HVB ha tillämpat den äldre lagen istället för den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, vilket har gjort det ännu mer otydligt vad som egentligen var tänkt att kontrolleras enligt p.1.3.1. Kraven måste tolkas på så sätt att anbudsgivarna ska inkomma med en undertecknad sanningsförsäkran som uppfyller kraven i p. 1.3.1. Bolaget upprättade därför på egen hand en korrekt sanningsförsäkran, som uppfyller dessa krav. Det framgår vidare redan av p. 1.2.5 och det ifyllda anbudet att bolaget har accepterat villkoren utan reservationer och tillägg. Ingen annan anbudsgivare uppfyller kravet på intygande av uteslutningsgrunder enligt p. 1.3.1 och övriga anbud ska därför förkastas. Vinnande anbudsgivare har lämnat in undertecknade versioner av Bilaga 3, men dokumentet uppfyller inte kraven i LOU och i förfrågningsunderlaget. HBV har dessutom tilldelat kontrakt utan att kontrollera uteslutningsgrunder i enlighet med 10 kap. 3 § LOU och p. 1.2.6 i förfrågningsunderlaget. De påstådda bristerna i bolagets anbud i förhållande till kraven är direkt hänförliga till HBV:s egna brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Under alla omständigheter är oklarheterna avseende vad som krävs sådana att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud och godta övriga anbudsgivares anbud. Förkastandet av bolagets anbud har således skett i strid med såväl proportionalitetsprincipen som likabehandlingsprincipen och i strid med LOU.

För det fall förvaltningsrätten skulle anse att det varit korrekt att förkasta anbudet, anser bolaget att p. 1.2.4.1, 1.2.4.2 och 1.3.1 i förfrågningsunderlaget, tillsammans med den mall till sanningsförsäkran som HBV bifogat till förfrågningsunderlaget, uppvisar sådana brister och otydligheter att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Bristen har lett till att det uppstått oklarheter i vad som ska intygas med en sanningsförsäkran och hur en sådan sanningsförsäkran ska se ut, vilket har varit den direkta orsaken till hur bolaget har upprättat sitt anbud och således också lett till att HBV har förkastat bolagets anbud. Om förfrågningsunderlaget hade

varit tydligt hade bolaget utformat sitt anbud annorlunda och i överensstämmelse med ställda krav och anbudet hade i en sådan situation inte blivit förkastat. Därutöver uppvisar utvärderingsmodellen sådana brister att det inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse hur utvärderingen skulle gå till och de tekniska specifikationerna för efterfrågade produkter är i många fall kopierade från San Sac AB:s produktkatalog vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Helt oberoende av om övriga anbudsgivares anbud ska förkastas är det högst troligt att bolaget hade tilldelats kontrakt avseende anbudsområdena A-F om bolagets anbud hade utvärderats. Bolaget har därmed lidit skada, eller åtminstone riskerat att lida skada, på grund av upphandlingsfelen.

HBV bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har skett i enlighet med de grundläggande principerna i LOU och upphandlingslagstiftningen i övrigt. Bolaget kan inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada i upphandlingen. HBV har i upphandlingsföreskrifterna p. 1.2.4.1, 1.2.4.2 och 1.3.1 ställt krav på att undertecknad *Bilaga 3 Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande* ska bifogas anbudet. Till nio av tio anbud har den efterfrågade Bilaga 3 bilagts enligt de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet. Bolaget har skickat in en egen sanningsförsäkran, vilken skiljer sig väsentligt från Bilaga 3, och uteslöts därför. Oavsett detta kan bolagets sanningsförsäkran inte motsvara Bilaga 3 i upphandlingsdokumentet. Under arbetet med att framställa upphandlingsdokumentet missades att uppdatera den nya bilagehänvisningen i p. 1.3.1. Kravet i p. 1.3.1 tillsammans med övrig information i upphandlingsdokumentet har ändå varit tillräckligt tydligt. Samtliga anbudsgivare utom bolaget har skickat in den efterfrågade handlingen. Bolaget har inte skickat in Bilaga 3 överhuvudtaget och därmed inte heller följt instruktionerna i p. 1.2.4.1 och 1.2.4.2 och Bilaga 3. Eftersom HBV inte fått kännedom om att någon omständighet som finns uppräknad i 10 kap. 1-2 §§ föreligger hos de övriga anbudsgivarna, eller dess företrädare, har en sådan skyldighet som

bolaget åberopar aldrig inträtt för HBV. Förfrågningsunderlaget har inte brutit i förutsägbarhet och tydlighet, tvärtom har bolaget brutit i sin egen omsorg vid utformandet av sitt anbud. Därtill har bolaget inte offererat några produkter i anbudsområde C och E och endast en produkt i anbudsområde F. Därmed har bolaget inte uppfyllt det obligatoriska kravet på minsta antal offererade positioner för respektive anbudsområde. Förutsättningar att ingripa mot upphandlingen är inte uppfyllda.

Slutligen uppger HBV att upphandlingen startade i TendSign den 5 oktober 2016 varvid upphandlingsförfarande valdes. Den 11 november 2016 undertecknade upphandlingschefen i ett strategidokument att upphandlingen av avfallshanteringsprodukter skulle genomföras. Samma dag lades information ut externt om den planerade upphandling på HBV:s hemsida. Den 24 januari 2017 annonserades slutligen upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 och ersattes med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock fortfarande för upphandlingar som påbörjades före ikraftträdandet. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 31 uttalat att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Av handlingarna i målet framgår att det senast i november 2016 kommit till kännedom utåt att HBV beslutat att inleda den aktuella upphandlingen, genom att HBV publicerat information om den kommande upphandlingen på sin hemsida. I detta fall ska alltså lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämpas.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § 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.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll av om det, utifrån de omständigheter sökanden har anfört, finns grund att ingripa mot upphandlingen enligt samma lag. I 16 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48 I-II).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 37 uttalat att en förutsättning för att förfrågningsunderlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet och 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 samt att en

upphandlande myndighet måste se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt i målet att handlingarna i förfrågningsunderlaget innehåller olika uppgifter beträffande vilket underlag som ska lämnas in. Av förfrågningsunderlagets p. 1.2.4.1 och 1.2.4.2 framgår att anbudet ska undertecknas av behörig företrädare i *Bilaga 3 Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande*. I den aktuella bilagan anges även att "Undertecknad Bilaga, Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande, scannas och bifogas/laddas upp som en del av anbudet enligt förutsättningarna i detta förfrågningsunderlag". I p.1.3.1 anges dock att HBV förbehåller sig rätten att utesluta anbudsgivaren om anbudsgivaren, företrädare för anbudsgivaren eller företag vars kapacitet åberopas av anbudsgivaren är föremål för omständigheter angivna i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Behörig företrädare ska intyga, genom undertecknande av sanningsförsäkran i *bilaga 2 Anbudformulär*, att sådana omständigheter inte föreligger.

Förvaltningsrätten anser att den felaktiga hänvisningen i p. 1.3.1 medför att förfrågningsunderlagets tydlighet kan ifrågasättas. Förvaltningsrätten finner dock, med beaktande av vad som sammantaget kan utläsas av förfrågningsunderlaget beträffande de nu aktuella kraven samt övriga handlingar i upphandlingen, att den felaktiga uppgiften i p. 1.3.1 inte medför att principen om likabehandling och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU har åsidosatts.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det av LOU inte följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten att efterforska förekomsten av uteslutningsgrunder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU om det inte finns en grundad anledning. Inte heller av förfrågningsunderlaget kan utläsas en mer långtgående kontrollskyldighet för HBV. Det har inte visats att det funnits

sådana omständigheter att det funnits anledning för HBV att närmare kontrollera anbudsgivarna utifrån 10 kap. 1 och 2 §§ LOU.

Bolaget har vidare gjort gällande att det uppfyller kraven i p. 1.2.4.1, 1.2.4.2 och 1.3.1 då det har undertecknat och lämnat in en egen sanningsförsäkran.

Det är ostridigt i målet att bolaget inte har bifogat en undertecknad kopia av *Bilaga 3, Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande* till sitt anbud. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget därmed underlåtit att uppfylla ett obligatoriskt krav. Förvaltningsrätten anser att HBV inte kunnat godta bolagets egen sanningsförsäkran utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen. HBV har därför gjort rätt som förkastade anbudet från bolaget.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt sett inte att lida någon skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits, såvida inte samtliga andra anbud också borde ha förkastats, varvid upphandlingen måste göras om (jfr Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål 5630-15 och 6420-15). Bolaget har bl.a. uppgett att de anbudsgivare som HBV har antagit inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingarna, genom att de inte har uppfyllt kravet i p. 1.2.4.1 och 1.2.4.2. Det är ostridigt i målet att samtliga dessa bolag har undertecknat och lämnat in den efterfrågade handlingen *Bilaga 3, Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande*. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget genom vad det anfört inte har visat att övriga bolag inte uppfyller det aktuella kravet. Bolaget har därmed inte kunnat lida någon skada av förhållandet att dessa anbudsgivare har tilldelats avtal i upphandlingen.

Bolaget har slutligen anfört att förfrågningsunderlaget är behäftat med ett antal fel bl.a. gällande utformningen av produktspecifikationer och

utvärderingsmodellen. För att ett ingripande i upphandlingen ska bli aktuellt i målet krävs enligt 16 kap. 6 § LOU att bolaget har lidit skada av att HBV har handlat i strid med LOU. Det ankommer på den som ansöker om överprövning av en upphandling att visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrätten finner att bolaget genom vad det anfört inte visat att det obligatoriska kravet i upphandlingen avseende undertecknande av *Bilaga 3 Sanningsförsäkran och anbudets undertecknande* strider mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att bristerna i bolagets anbud avseende detta obligatoriska krav inte orsakats av något upphandlingsrättsligt fel i förfrågningsunderlaget. Bolaget kan därför inte anses ha lidit, eller riskerat att lida, skada av de övriga påstådda felen i förfrågningsunderlaget. Det innebär att det som bolaget anför om brister i förfrågningsunderlaget inte kan föranleda ett ingripande mot upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melander

Rådman

Bodil Norberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.