



SÖKANDE

JOBmeal AB, 556576-5954

Vretenvägen 9

171 54 Solna

MOTPART

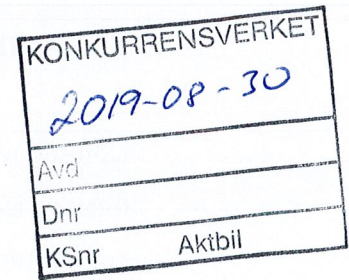
Svea hovrätt

Box 2290

103 17 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller JOBmeal AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen av totalservice av befintliga kaffeautomater samt vattenautomater till Svea hovrätt (dnr 1836-2018), ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Domstolsverket genomför för Svea hovrätts räkning en upphandling av totalservice av befintliga kaffeautomater samt vattenautomater till Svea hovrätt (dnr 1836-2018). Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt lagen om (2016:1145) offentlig upphandling, LOU. Av utvärderingsprotokollet framgår att JOBmeal AB:s anbud diskvalificerades då det inte bedömdes ha uppfyllt det obligatoriska kravet 2.10 angående intyg från tillverkare. Av utvärderingsprotokollet och tilldelningsbeslut daterat den 8 mars 2019 framgår att två andra leverantörers anbud kvalificerat sig för utvärdering och att en annan leverantör än JOBmeal AB har tilldelats kontraktet.

JOBmeal AB (bolaget) yrkar att tilldelningsbeslutet ska återtas och att bolagets intyg ska godkännas samt att deras anbud ska omvärderas och att bolaget ska tilldelas kontraktet. Vidare yrkas att samtliga övriga anbudsgivares anbud ska förkastas då anbud ej lämnats på svenska enligt kravet i förfrågningsunderlaget.

Svea Hovrätt anser att ansökan ska avslås.

Café Bar Sverige AB har av förvaltningsrätten beretts tillfälle att yttra sig och anför i huvudsak följande. Enligt Ska-krav 2.10 i förfrågningsunderlaget, ska ett giltigt intyg bifogas från maskintillverkaren, i detta fall De Jong Duke. Café Bar kan inte se att JOBmeal har inkommit med ett giltigt intyg innan sista anbudsdag. Café Bar anser inte att JOBmeal kvalificerar sig i denna upphandling utan JOBmeal bör diskvalificeras.

Fikapaus AB har av förvaltningsrätten beretts tillfälle att yttra sig men inte kommit in med något yttrande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som 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, 4 kap. 9 § LOU.

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet.

Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i en upphandling ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s.

91). Av praxis (HFD 2016 ref. 37 I och II) framgår att en upphandlande myndigheten redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget ska se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att de är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att de krav som anges är så viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud.

Vad parterna anför

Bolaget

I de obligatoriska kraven för upphandlingen står inte att de ska lämna ett certifikat utfärdat av tillverkaren utan endast ett intyg. Det har de tolkat som att det räcker med intyg från sin leverantör som i sin tur har tillgång till bl.a. programvarorna. I krav 2.9 och 2.10 står ”intyg från tillverkare” men inte att intyget ska vara direkt från tillverkaren varför de har tolkat det som att deras intyg från sin tillhandahållande mellanhand räcker.

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter Anbudets form och innehåll står bl.a. att anbudet ska vara skrivet på svenska. Bolaget har kommenterat och ställt frågan till Svea hovrätt då vinnande anbudsgivare Café Bar lämnat sitt intyg på engelska men något godtagbart svar har inte lämnats och Café Bar har ej diskvalificerats. Eftersom bolaget lämnat alla dokument i anbudet på svenska enligt kravet anser bolaget att de andra skulle ha följt samma krav eller blivit diskvalificerade för att följa LOU:s principer om likabehandling.

Bolaget undrar varför Svea hovrätt gjorde sig besvär och bad bolaget förtydliga sitt certifikat trots att det inte efterfrågats något certifikat utan intyg och skulle Svea hovrätt ha godkänt förtydligandet om intyget inte hade

varit daterat? JOBmeal har lämnat ett fullständigt anbud på svenska medan vinnande anbudsgivare inte har lämnat ett fullständigt anbud på svenska. Bolaget anser även att kravet om intyg är onödigt hårt ställt och därför utesluter istället för möjliggör fler anbudsgivare. Bolaget anser sig därför komma att lida ekonomisk skada om inte deras anbudsdokument omvärderas till att gälla som giltigt intyg och utvärderingen rättas på så sätt att bolaget vinner upphandlingen.

Att bolaget i första hand lämnat allt i anbudet på svenska var av en ren försiktighetsåtgärd då kravet var att lämna anbudet på svenska. Vid många upphandlingar står tydligt att eventuella intyg kan lämnas på annat språk eller specifikt på engelska vilket inte var fallet i denna upphandling. Att bolaget vid förtydligandet lämnade intyget på engelska beror inte på att bolaget uppfattat det som rätt att lämna intyg på annat språk utan beror på behovet av ett snabbt förtydligande svar till upphandlaren. Bolaget hann inte få det översatt då svaret krävdes in från ena till andra dagen.

Svea hovrätt

Aktuell upphandling avser service av bl.a. kaffemaskiner som finns i Svea hovrätts lokaler. Kaffemaskinerna är av märket de Jong DUKE. För att service ska kunna genomföras krävs att anbudsgivaren har tillgång till programvaror från de Jong DUKE och av det skälet har krav ställts på att anbudsgivare ska bifoga intyg från tillverkare som styrker att anbudsgivaren har sådan tillgång. Bolaget har kommit in med ett intyg från sin leverantör, Aromateknik som alltså inte är tillverkare av maskinerna. Intyg från tillverkare har således inte kommit in och bolaget uppfyller inte kravet i 2.10. Eftersom kravet har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och inte kan anses som oproportionerligt har bolagets anbud förkastats. Det saknar betydelse att bilagan i IT-stödet för upphandlingar har kallats ”Intyg från tillverkare”. Bolaget gavs initialt

möjlighet att komplettera sitt anbud med ett intyg från tillverkaren. Enligt 4 kap. 9 § LOU är det en möjlighet, inte en skyldighet, som upphandlande myndighet kan använda sig av. Bolaget har inte kommit in med vad som efterfrågats. Det rör sig därför inte om en komplettering för att undanröja ett enkelt sakfel. Att under sådana omständigheter tillåta en anbudsgivare att komplettera sitt anbud i efterhand skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Därför har Svea hovrätt valt att inte acceptera bolagets komplettering. Även om kompletteringen hade accepterats hade den inte inneburit att bolaget uppfyllt uppställt krav eftersom intyget är utfärdat den 6 mars 2019, alltså efter sista anbudsdag. Eftersom bolaget inte uppfyllt uppställt krav på intyg från tillverkare kan bolaget inte heller anses lida någon skada. Bolagets anbud har rätteligen förkastats och tilldelningen av Café Bar Sverige AB har skett i enlighet med LOU. Bolagets yrkande bör därför avslås.

I 2.2 i de administrativa föreskrifterna står att anbudet ska vara skrivet på svenska och att det ska utformas enligt förfrågningsunderlaget. Alla inkomna anbud är också skrivna på svenska. Att en bilaga till anbudet har varit på engelska förändrar inte denna bedömning. I upphandlingen har ställts krav på att anbudsgivare ska komma in med intyg från en utländsk tillverkare och det språk som intyg är författade på är givetvis beroende av om tredje part är en svensk eller utländsk aktör. Övriga anbudsgivare har också kommit in med intyg avfattade på engelska. Även bolaget förefaller ha tolkat förfrågningsunderlaget på detta vis eftersom även bolaget skickat in ett intyg från tillverkaren författat på engelska, dock först efter anbudstidens utgång.

Även om bedömningen görs att språket i intyget medför att anbudsgivarna inte utformat sina anbud enligt förfrågningsunderlaget, innebär det inte att anbuden ska diskvalificeras. Det skulle nämligen strida mot proportionalitetsprincipen. Syftet med språkkravet är att Svea hovrätt ska

kunna kontrollera att uppställda krav uppfylls. De intyg som bifogats av de två övriga anbudsgivarna är lätta att läsa och förstå. Det framgår tydligt vem som utfärdat dem och till vem de är utfärdade. Även en person med mycket ringa kunskap i engelska men som förstår svenska kan bilda sig en uppfattning om vad intygen avser. Att intygen skulle behöva vara på svenska är därför inte relevant för upphandlingen (jfr Kamrarrätten i Jönköping mål nr 897-14).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolagets anbud

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget 1A skakrav framgår av Krav på bilaga intyg i punkten 2.10 är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Vidare framgår av utredningen i målet att bolaget kom in med ett intyg från sin leverantör men inte något intyg från tillverkaren. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att Svea hovrätt rätteligen förkastade bolagets anbud eftersom bolaget inte kom in med efterfrågat intyg och alltså inte uppfyllde det obligatoriska kravet i 2.10, jfr HFD 2016 ref. 37. Huvudregeln är att anbud inte får ändras efter anbudstiden och att bolaget efter anbudstiden kom in med ett nytt intyg anser förvaltningsrätten inte är fråga om en sådan komplettering som avses i 4 kap. 9 § LOU. Det kan även konstateras att om bolaget hade tillåtits att komplettera sitt anbud med det nya intyget hade det inte kunnat ske utan risk för särbehandling och agerande i strid med likabehandlingsprincipen.

Café Bar Sverige AB:s och Fikapaus AB:s anbud

Bolaget anser att övriga anbudsgivare Café Bar Sverige AB:s och Fikapaus AB:s anbud borde ha förkastats eftersom de kommit in med det aktuella intyget (2.10) upprättat på engelska.

Om Café Bar Sverige AB:s och Fikapaus AB:s anbud inte uppfyller alla krav i upphandlingen finns det inga anbud att anta i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget har ett berättigat intresse av att få sina invändningar mot dessa anbud prövade, jfr EU-domstolens dom den 4 juli 2013 i mål C-100/12, Fastweb SpA och Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål 6420-15.

I förfrågningsunderlaget och de administrativa föreskrifterna, punkt 2.2. Anbudets form och innehåll, anges bl.a. att anbudet ska vara skrivet på svenska.

En förutsättning för att upphandlingsdokumentet 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. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på att anbudet ska vara skrivet på svenska är tydligt och objektivt utformat och att det får anses vara adekvat och relevant i förhållande till föremålet för upphandlingen. Ett krav att anbud ska vara skrivet på svenska omfattar även intyg och andra dokument som bifogas, jfr HFD 2016 ref. 37 och Kammarrätten i Jönköpings mål nr 897-14. Tillverkaren "De Jong DUKE" är ett nederländskt bolag och det går därför att anta att Svea hovrätt möjligen inte har förväntat sig att få in det efterfrågade intyget på svenska. Trots detta bedömer förvaltningsrätten att mot bakgrund av vad som har uttalats av Högsta förvaltningsdomstolen gällande obligatoriska krav i upphandlingar, att Svea hovrätt i strid med likabehandlingsprincipen har utvärderat Café Bar Sverige AB:s och Fikapaus AB:s anbud samt antagit Café Bars Sverige AB:s anbud eftersom de båda anbudsgivarna kommit in med det efterfrågade intyget på engelska. Vad Svea hovrätt angett om att de intyg som Café Bar Sverige AB och Fikapaus AB har gett in har varit lätta att läsa och förstå ger inte anledning att göra någon annan bedömning.

Inte heller vad Café Bar Sverige AB har anfört ger anledning att göra någon annan bedömning.

Eftersom alltså ingen anbudsgivare i upphandlingen har uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen borde samtliga anbud ha förkastats. JOBmeal AB har i vart fall kunnat komma att lida skada genom att Svea hovrätt felaktigt kvalificerat och utvärderat Café Bar Sverige AB:s och Fikapaus AB:s anbud samt tilldelat Café Bar Sverige AB upphandlingen trots att deras anbud borde ha förkastats. Grund för ingripande enligt LOU finns därmed och upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Jan Nyrén

Rådman

Hanna Axelsson 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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.

