


SÖKANDE

Welux Företagscenter i Westervik AB, 556733-8693
Lysningvägen 18
593 53 Västervik

Ombud: Advokaten Annika Andersson och jur. kand. Sarah Ottosson
Advokatfirman Lindahl KB

MOTPART

TjustFastigheter AB, 556060-6443

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist och bitr. juristen Sara Öwall
Foyen Advokatfirma KB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019 11 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerviks Bostads AB genomför på uppdrag av TjustFastigheter AB (Beställaren) en upphandling av byggtreprenad avseende hyresvärd/hyreslokal för kontorslokaler och arkiv till Socialförvaltningens verksamhet i Västerviks kommun, dnr 19/40, som förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. Beställaren meddelade den 11 juli 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Fastighetsaktiebolaget Hjälparen (Hjälparen) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Av upphandlingsrapport till beslutet framgår att Hjälparens anbud var det enda anbud som inkom i upphandlingen och att Beställaren fann att det var ogiltigt eftersom det innehöll uppgifter som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten. Med stöd av 19 kap. 7 § tredje stycket LOU jämfört med 6 kap. 6 och 16 §§ LOU övergick sedan

Dok.Id 396650

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se		måndag–fredag 08:00–16:00

Beställaren till en direktupphandling och inbjöd Hjälparen att inkomma med ett nytt anbud. Det nya anbudet bedömdes uppfylla ställda krav och tilldelning kunde då ske enligt ovan. Den 18 september 2019 beslutade Beställaren att återkalla det tidigare meddelade tilldelningsbeslutet på grund av uppmärksammade brister i Hjälparens anbud. Hjälparen tillställdes därefter en begäran om komplettering som bolaget efterkom. Beställaren konstaterade därefter att det inte längre förelåg brister i anbudet och på nytt tilldelade Hjälparen kontrakt i upphandlingen enligt ett tilldelningsbeslut den 20 september 2019.

Welux Företagscenter i Westervik AB (Welux) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att den ska göras om.

Beställaren bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Welux

Beställaren har genomfört upphandlingen i strid med upphandlingsdokumenten, LOU och de grundläggande principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens både avseende kravställningen i upphandlingsdokumenten och förfarandet i övrigt. Vidare har konkurrensen snedvridits. Welux har lidit eller kan komma att lida skada på grund av Beställarens förfarande i upphandlingen.

Kravet på referenser

Som en del av kvalificeringen har Beställaren i punkt 2.16.2 i upphandlingsdokumentet uppställt krav på att anbudsgivaren ska inkomma med uppgifter

om två referenser som avser förhyrning av kontorslokaler om minst 1 000 kvm. Beställaren har inte accepterat referenser som avser förhyrning av andra kommersiella lokaler med motsvarande behov med motiveringen att förhyrning av kontorslokaler inte går att jämföra med förhyrning av andra kommersiella lokaler. Detta är inte korrekt. Kravspecifikationen i upphandlingen innehåller inte krav avseende det aktuella upphandlingsföremålet som kan anses vara särskilt komplexa eller unika för denna typ av kommersiella lokaler.

Det som Beställaren i det stora hela söker är en stabil och erfaren fastighetsägare med vana av större uthyrningar som kan säkerställa en professionell och kontraktssnlig uthyrning till socialförvaltningen. Detta skulle kunna uppnås utan att endast ställa krav på referenser avseende kontorslokaler. Kravställningen avseende referenser ligger således inte i linje med proportionalitetsprincipen då det varken är lämpligt eller nödvändigt att uppställa ett krav med aktuell utformning för att uppnå det eftersträfvade syftet.

Upphandlingen avser inte heller enbart kontorslokaler utan även arkiv. Utöver vad som anges ovan kan det således även konstateras att det står i strid med principen om proportionalitet att krävställas att referenserna enbart får avse kontorslokaler. Kravet är för snävt då det är inte nödvändigt för att säkerställa anbudsgivares tekniska och yrkesmässiga kapacitet och kan inte motiveras utifrån upphandlingsföremålet.

Utformning av kravspecifikation

Den aktuella upphandlingen avser nya besöks- och kontorslokaler för Socialförvaltningens myndighets- och utredningsenhet i Västervik. Innan beslut om att genomföra upphandlingen togs anmälde två hyresvärdar, Hjälparen respektive Welux, sitt intresse för uthyrning av lokaler till socialförvaltningen. Efter att Hjälparen och Welux inkommit med offerter, där Hjälparen

offererade Atriohuset med en hyreskostnad på 2 345 000 kr per år med tillkommande elkostnad och fastighetskatt och Welux offererade fastigheten Västervik Västervik 4:129, med en hyreskostnad på 1 757 000 kr per år med tillkommande elkostnad samt uppvärmningskostnad, föreslog Kommunstyrelsen på förslag från Socialnämnden i Västerviks kommun den 26 februari 2019 att kommunfullmäktige skulle godkänna hyresavtalet för Atriohuset med Hjälparen. Västerviks kommun avsåg att ingå hyresavtal med Hjälparen. Efter att Welux uppmärksammande Västerviks kommun på att det aktuella hyresavtalet omfattade en upphandlingspliktig byggtreprenad, och att ett ingående av hyresavtalet skulle utgöra en otillåten direktupphandling, beslutades att det skulle genomföras en hyresvärdsupphandling enligt LOU istället.

Kravspecifikationen avseende upphandlingsföremålet är baserad på det förslag och den behovsanalys som Hjälparen, tillsammans med tjänstemän på socialförvaltningen, har tagit fram. Kravspecifikationen i den icke annonserade upphandlingen (Kravspecifikation 1) och kravspecifikation i upphandlingen (Kravspecifikation 2) uppvisar inte lika mycket skillnader som Beställaren vill ge sken av. Däremot finns ett par skillnader som är av särskild betydelse i aktuell situation.

I Kravspecifikation 1 uppställdes krav på 31 små kontorsrum, ca 8 kvm. I Kravspecifikation 2 uppställdes istället ett krav på 33 kontorsrum. Hjälparens ritningsförslag i den icke annonserade upphandlingen omfattade inte 31 kontorsutrymmen om ca 8 kvm. Beställaren har tagit bort storlekskravet i Kravspecifikation 2 vilket har medfört att Hjälparen kunnat offerera den lösning Hjälparen avsett från början.

I Kravspecifikation 1 angavs att en central placering ses som en fördel. I Kravspecifikation 2 uppställdes istället ett krav på en centrumnära placering,

en ändring som utan tvekan är till fördel för Hjälparen, då Hjälparens lokaler är "centrumnära". Mot bakgrund av Beställarens beskrivning av Welux lokaler kan det konstateras att Beställaren uppenbarligen är av uppfattningen att Welux lokaler inte har rätt/önskvärd placering. Aktuell ändring har således medfört att Welux utestängts från deltagande i upphandlingen. I sammanhanget kan det noteras att Welux lokaler ligger mindre än två kilometer från Västerviks tågstation, vilket svårigen kan betraktas som utanför centrum.

Mot bakgrund av ovanstående är det tydligt att Kravspecifikation 2 är framtagen i syfte att möjliggöra ingående av hyresavtal med Hjälparen på bekostnad av Welux deltagande i upphandlingen. Detta står i strid med de principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens. Dessutom snedvrids konkurrensen.

Om en anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling ska de andra anbudsgivarna enligt 4 kap. 8 § LOU informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget. Hjälparen har varit delaktig i förberedelserna inför upphandlingen och är även anbudsgivare i upphandlingen. Hjälparen har således fått en otillbörlig konkurrensfördel. Beställaren har enligt LOU en skyldighet att försöka neutralisera konkurrensfördelen så att alla leverantörer behandlas lika. Beställaren har inte informerat potentiella anbudsgivare vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats vid förberedelserna. Beställaren har således inte fullgjort sin skyldighet att försöka neutralisera konkurrensfördelen så att alla leverantörer behandlas lika.

Hjälparens anbud och övergång till direktupphandling

Beställaren har beträffande Hjälparens anbud i sin initiala utvärdering konstaterat att anbudet innehåller uppgifter som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten och att anbudet därmed är ogiltigt. Med uppgifterna avses: (i) att i bifogat dokument "Hyreskontrakt soc" anges att "fastighetsskatt ersätts i enlighet med bifogat fastighetsskattesklausul" medan det i upphandlingsdokumentet ställs krav på att fastighetsskatten ska ingå i angiven hyra, och (ii) att Hjälparen i strid med punkt 2.8 tredje stycket punkt 3 i upphandlingsdokumentet har angett inflyttningsdatum som ett intervall och inte som ett specifikt datum.

Beställaren har, med hänvisning till 19 kap. 7 § LOU jämfört med 6 kap. 6 och 16 §§ LOU, tillåtit Hjälparen att inkomma med ett nytt anbud som har bedömts som komplett. Av 6 kap. 16 § tredje punkten LOU framgår att en upphandlande myndighet får genomföra direktupphandling om den endast tar med anbudsgivare som har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i den ursprungliga upphandlingen. Med formella krav avses bl.a. de formkrav som den upphandlande myndigheten har valt att ställa upp på anbudet, exempelvis krav avseende hur anbud ska utformas, att anbud ska lämnas i tid samt ska vara avfattade på visst språk.

Kravet enligt punkt 2.8 att anbudsgivare i anbudet ska ange senast vilken dag, inom ett på förhand angivet intervall, som inflyttning kan ske är ett formellt krav på anbudets utformning. Av upphandlingsdokumentet framgår det klart och tydligt att anbudsgivare ska ange en specifik dag (datum), inom det angivna intervallet, då inflyttning kan ske. Det går inte att förstå kravet på annat sätt. Hjälparen har inte angett dag (datum) för när inflyttning kan ske. Mot denna bakgrund är förutsättningarna för att genomföra en direktupphandling enligt 19 kap. 7 § LOU inte uppfyllda.

Oaktat om förvaltningsrätten skulle anse att det enligt 19 kap. 7 § LOU skulle finnas formella förutsättningar för att genomföra en direktupphandling skulle ett sådant förfarande under alla omständigheter stå i direkt strid med upphandlingsdokumentet. Beställaren kan inte efterge eller bortse från krav som uppställts i upphandlingsdokumenten då detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Genom aktuell utformning av upphandlingsdokumenten har Beställaren inskränkt sin möjlighet att i aktuell situation och på de grunder som har åberopats genomföra en direktupphandling.

Mot bakgrund av ovanstående kan det konstateras att det inte finns några anbud som uppfyller samtliga i upphandlingsdokumenten angivna krav och att det inte heller är möjligt att genomföra en direktupphandling. Det är således inte möjligt för Beställaren att genomföra tilldelning av kontrakt i upphandlingen.

Hjälparens Anbud 1 innehåller betydligt fler brister/avvikelser än vad som uppgetts av Beställaren. Det ska även noteras att Beställaren i frågor och svar kring upphandlingen höll väldigt hårt på uppställda krav, men att man plötsligt vid prövningen av Hjälparens anbud inte längre fann anledning att hålla så hårt på sina krav.

Hjälparen har till Anbud 1 bifogat ett eget utkast till hyresavtal som på många sätt skiljer sig från det till upphandlingsdokumentet tillhörande utkast till hyresavtal. Det kan bl.a. konstateras att Hjälparen har (i) ändrat hyrestidens slut från "2034-12-31" till "2035-07-14–2035-10-14", (ii) ändrat ansvaret för att utföra och bekosta installation av erforderliga mätare från hyresvärden till hyresgästen, (iii) valt att använda fastighetsägarnas formulär 12.B.2 (reviderat 2012 och 2014) istället för fastighetsägarnas formulär 12.B.3 (upprättat 2018), (iv) ändrat regleringen avseende nedsättning av

hyra och (v) underlåtit att ange all snöröjning och sandning ingår i hyran. Samtliga brister/avvikelser utgör grunder för förkastande. Welux ifrågasätter varför Beställaren valt att gå vidare med ett så pass bristfälligt anbud samt varför Beställaren endast valt att uppge vissa brister/avvikelser.

I punkt 2.8 i upphandlingsdokumentet uppställs en rad krav på anbudets form och innehåll. Vidare fastslås att anbud kommer att förkastas om samtliga uppgifter enligt punkt 2.8 inte lämnas in. Hjälparens Anbud 2 innehåller en rad brister kopplat till punkt 2.8:

1. I anbudsförmuläret anges att anbudsgivaren ombud under avtalstiden med namn, e-postadress och telefonnummer ska anges. Hjälparen har inte i Anbud 2 fyllt i uppgifter avseende ombud under avtalstiden.
2. Anbudsgivare ska vidare bifoga utdrag ur fastighetsregistret. Hjälparen har till Anbud 2 bifogat ett utdrag som inte är komplett, endast sida 1 av 2 har bifogats.
3. Anbudsgivares svar på ställda frågor ska lämnas i avsedda fält i anbudsförmuläret. Anbudsgivaren ska intyga att denne godkänner hela förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor, eventuella PM som skickats ut under anbudstiden samt svar på ställda frågor. Hjälparen har inte i Anbud 2 intygat att de godkänner hela förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor, eventuella PM som skickats ut under anbudstiden samt svar på ställda frågor.
4. Anbudsgivaren ska bifoga situationsplan, sektionsritning, planritningar samt en kortfattad beskrivning av offererad lösning. Hjälparen har inte i Anbud 2 bifogat en beskrivning av offererad lösning.
5. Anbudsgivare ska ange senast vilken dag, inom det intervall som anges i punkt 1.3, 3 st., som inflyttning kan ske. I punkt 1.3, 3 st. anges att Socialförvaltningen ska kunna tillträda sina nya lokaler mellan den 15 juli 2020 och den 15 oktober 2020. Hjälparen har i Anbud 2 angett att inflyttning kan ske 2000-10-15, vilket inte ligger inom angivet intervall.

6. Enligt punkt 2.8 ska anbudsgivare till sitt anbud bifoga (i) situationsplan, (ii) sektionsritning, (iii) planritning utformade efter de i Kravspecifikation 2 angivna kraven. Hjälparen har i Anbud 2 inte bifogat samtliga efterfrågade bilagor. Såvitt kan bedömas saknas situationsplan, sektionsritning och planritning över plan 2 och 3 för hus 1.

7. I Kravspecifikation 2 anges bl.a. att fastigheten ska ha ett större konferensrum per enhet som rymmer hela dess personalgrupp, ett större samtalsrum för ca 20 personer, delbart samt ett vilrum. Inga av Hjälparens ritningar uppfyller dessa krav.

Oaktat vad förvaltningsrätten kommer fram till avseende huruvida Beställaren har haft rätt att övergå till direktupphandling eller ej kan det konstateras att Beställaren, mot bakgrund av ovanstående, rätteligen borde ha förkastat Hjälparens Anbud 2 då anbudet inte uppfyller de uppställda kraven.

Reglerna i 4 kap. 9 § LOU avseende rättelse av fel, förtydligande och kompletteringar gäller även vid direktupphandlingar, se 19 kap. 2 § LOU. Det följer av praxis att ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till att anbudsgivaren inger ett nytt anbud. Vidare har det slagits fast att det inte är möjligt att komplettera ett anbud som saknar en obligatorisk uppgift. Det ska särskilt noteras att detta även gäller vid avsaknad av obligatoriska uppgifter avseende kontraktsföremålet.

Beställaren har den 18 september 2019 skickat ut en begäran om komplettering till Hjälparen avseende vissa särskilt uppräknade brister. Samtliga brister är hänförliga till obligatoriska krav och avser uppgifter som saknas i Anbud 2. Hjälparen har således tillåtits att tillföra Anbud 2 nya uppgifter vilket de facto innebär att Hjälparen tillåtits att inge ett nytt anbud.

Det har således inte under några som helst omständigheter varit möjligt för

Beställaren att, inom ramen för LOU, tillåta Hjälparen att komplettera Anbud 2. Beställaren ska således bortse från Hjälparens komplettering. Mot bakgrund av detta kan det konstateras att Anbud 2 fortfarande i allra högsta grad är behäftat med de fel och brister som Welux anfört i målet. Beställaren borde rätteligen ha förkastat Hjälparens Anbud 2.

Hjälparen har i Anbud 1 och Anbud 2 offererat en årshyra uppgående till 2 375 352 kr. I samband med kompletteringen av Anbud 2 har Hjälparen offererat en ny, och väsentligt mycket högre, årshyra uppgående till 3 276 000 kr. En sådan ändring utgör inte en komplettering utan en otillåten reservation/ändring av anbud. Oaktat huruvida förvaltningsrätten kommer fram till att det har varit möjligt för Beställaren att begära komplettering enligt ovan eller inte, kan det konstateras att Hjälparen under alla omständigheter avvikit från vad som kan anses vara tillåtet inom ramen för en komplettering. Beställaren skulle med anledning av detta rätteligen förkastat Hjälparens Anbud 2.

Skada

Welux utgör en potentiell leverantör på marknaden och, om Beställaren hade genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och upphandlingsdokumenten, hade Welux haft möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Det ska dessutom särskilt noteras i detta avseende att Welux i ett tidigare skede har offererat en klart lägre lokalhyra än Hjälparen.

På grund av att Beställaren har uppställt alltför snäva och begränsande krav avseende referenser har Welux i onödan uteslutits från att delta i upphandlingen. Mot denna bakgrund har Welux lidit skada på grund av Beställarens förfarande.

Beställaren påstår att Welux inte hade kunnat uppfylla de krav på ekonomisk och finansiell ställning som uppställts i punkt 2.16.2 i upphandlingsdokumentet. Enligt 19 kap. 23 § LOU får en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet. Welux har således under alla omständigheter rätt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla uppställda krav på ekonomisk och finansiell ställning. Det är således inte möjligt för Beställaren att i detta skede utgå från att Welux inte skulle kunna uppfylla uppställda krav på ekonomisk och finansiell ställning. Förvaltningsrätten ska således helt bortse från detta påstående.

Beställaren gör gällande att Welux inte har lidit skada på grund av att fastigheten inte uppfyller kravet på "centrumnära placering". Detta är inte korrekt. Welux delar inte Beställarens tolkning av begreppet "centrumnära placering". Kravet avser inte en placering i centrum utan endast nära centrum. Welux är av uppfattningen att Welux fastighet har en centrumnära placering. Fastigheten ligger mindre än två kilometer från Västerviks tågstation, som är belägen i Västerviks centrum. Detta måste under alla omständigheter klassificeras som en centrumnära placering.

Slutligen ska det understrykas att Welux, och andra potentiella anbudsgivare, för det fall Beställaren rätteligen hade förkastat Hjälparens anbud, hade haft möjlighet att delta vid en ny upphandling och därigenom tilldelas kontrakt. Mot denna bakgrund har Welux lidit skada på grund av Beställarens förfarande.

Beställaren

Beställaren har inte utformat upphandlingsdokumenten i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Detta varken avseende det uppställda kravet på referenser avse-

ende teknisk och yrkesmässig kapacitet eller genom att ha positivt särbehandlat Hjälparen vid framtagandet av kravspecifikationen avseende den ursprungliga icke-annonserade lokalanskaffningen eller den i målet aktuella enligt LOU genomförda och annonserade upphandlingen. Beställaren har inte genomfört upphandlingen i strid med upphandlingsdokumenten, LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Welux har inte lidit, eller riskerar att lida skada, på grund av Beställarens förfarande i upphandlingen.

Kravet på referenser

Fråga är om en upphandling under tröskelvärdet för byggtreprenader och det för dessa upphandlingar aktuella kapitlet, 19 kap. LOU, saknar i princip regleringar om s.k. kvalificeringskrav avseende t.ex. ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det föreligger dock givetvis en rätt för upphandlande myndigheter att uppställa kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet också under tröskelvärdena, så länge dessa utformas inom ramen för de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling, däribland proportionalitetsprincipen.

Beställarens uppfattning är att det krav som uppställts i aktuell upphandling är i allra högsta grad i linje med proportionalitetsprincipen. Beställarens uppfattning är att det aktuella kravet på att referensen ska ha avsett förhyring av kontorslokaler är en effektiv och lämplig åtgärd som är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet samt att den negativa effekten som åtgärden får inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Antalet potentiella aktörer på lokalhyresmarknaden för kontor i Västerviks tätort med motsvarande krävd erfarenhet har nämligen inte begränsats till en eller få aktörer.

Kravet är tydligt och har en affärsmässig koppling till kontraktsföremålet som avser just förhyrning av kontorslokaler. Till skillnad från vad Welux påstår är inte en förhyrning av kontorslokaler att jämföras med vilken förhyrning som helst av kommersiella lokaler. Begreppet kommersiella lokaler är ett mycket vittomfattande begrepp och uthyrning av kommersiella lokaler skulle kunna vara fråga till exempel om industri- och logistikfastigheter, undervisningslokaler, butikslokaler och hotellfastigheter, verksamheter som i egenskap av hyresgäster har helt andra behov än en förhyrare av kontorslokaler.

Kravet på referenser i aktuell upphandling är mycket tillåtande i förhållande till den upphandlande myndighetens behov och har t.ex. inte inskränkts med i och för sig berättigade och lagliga behov, som Beställaren hade kunnat ställa, till exempel att fråga skulle vara om kontorsuthyrningar med skal-skydd, motsvarande den som socialförvaltningen har behov av.

Vad gäller Welux invändning att kravet inte avsåg att referensobjektet också skulle ha omfattat arkiv kan anföras att en upphandlande myndighet avgör vilka krav som, motiverade av behovet, kan ställas, men en upphandlande myndighet kan också underlåta att ställa ett i och för sig lagligt och motiverat skäl, efter eget skön. I detta fall är arkivdelen av underordnad betydelse och en kravställning avseende referenser som också omfattat detta, hade dessutom enligt Beställarens uppfattning, varit begränsande i onödan.

Utformning av kravspecifikation

Beställaren ställer sig i detta avseende frågande till påståendena om att det under den icke-annonserade lokalanskaffningsprocessen skulle ha förekommit en särbehandling av Hjälparen i förhållande till Welux. Även om kontakter och diskussioner förvisso förekom med såväl Hjälparen som med Welux och nuvarande hyresvärd, förekom dessa inte annat än under den

icke-annonserade lokalanskaffningsprocessen och inte under framtagandet av upphandlingsdokumenten till den annonserade upphandlingen.

Det kan konstateras att upphandlande myndigheter i upphandlingslagstiftningen aktivt uppmanas och rekommenderas att söka information inför en upphandling från marknadens aktörer. Det bestrids att kravspecifikationen i den annonserade upphandlingen är baserad på det förslag och den behovsanalys som Hjälparen, tillsammans med tjänstemän från socialförvaltningen, tagit fram och den är inte ett resultat av något samarbete med Hjälparen. Inte heller har Hjälparen haft möjlighet att komma med förslag och lösningar som är särskilt anpassade för den fastighet Hjälparen avsett att hyra ut till socialförvaltningen. Det bestrids vidare att "socialförvaltningen har en stark önskan om att hyra lokaler av Hjälparen".

Beställaren har inte utformat upphandlingsdokumenten i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling, konkurrensen har inte snedvridits och skäl för ingripande enligt LOU föreligger inte heller på denna grund.

Hjälparens anbud och övergång till direktupphandling

I upphandlingens första skede har Hjälparens anbud konstaterats inte uppfylla de ställda krav avseende vad som ska ingå i angiven hyra samt angivande av inflyttningsdatum då anbudet innehöll reservationer i förhållande till krav och villkor i upphandlingsdokumenten. Anbudet var således ogiltigt och kunde således inte antas.

Att som Welux gjort sätta likhetstecken mellan att inte ha uppfyllt formella krav på anbudet och att ha lämnat ett ogiltigt anbud är inte korrekt. Förvisso är det inte definierat vad som avses med "formella krav" i varken det bakomliggande EU-direktivet, lagtexten eller förarbetena. I doktrin framförs

dock att en rimlig tolkning av begreppet är att det med "formella krav" avses ett mer inskränkt tillämpningsområde än det som EU-direktivet anger avseende "ogiltiga" anbud.

De krav avseende upphandlingsföremålet som Welux angett att Hjälprens anbud avvek ifrån utgör inte formella krav. Att övergå till direktupphandling med stöd av 19 kap. 7 § LOU är vid dessa förutsättningar tillåtet.

I direktupphandlingen inkom Hjälpren med ett anbud helt i enlighet med de i upphandlingsdokumenten uppställda kraven och tilldelades därefter kontraktet. Vid genomförandet av den direktupphandling som är föremål för rättsens prövning har LOU och de grundläggande principerna iakttagits till fullo. Ingen annan än den ursprungliga anbudsgivaren fick delta, ingen ovidkommande hänsyn har tagits och ingen avvikelse från upphandlingsdokumentens krav och villkor har skett. Vid genomförandet av denna har Beställaren inte bortsett från, eller eftergett, något krav i upphandlingsdokumentet. Det kan även här konstateras att påståendet härom är helt obevisat, icke-konkretiserat och ogrundat.

Welux har påtalat att det finns brister i det anbud som Hjälpren har ingivit inom ramen för den genomförda direktupphandlingen. På grund av de uppmärksammade bristerna har Beställaren varit nödgad att återkalla det tidigare meddelade tilldelningsbeslut för vidare granskning av Hjälprens anbud.

En upphandlande myndighet har inom ramen för en direktupphandling rätt att bjuda in de leverantörer som inte ska uteslutas enligt 13 kap. LOU samt klarar uppställda kvalificeringskrav. Det finns inga hinder för myndigheten att tillåta en leverantör att, inom ramen för direktupphandlingen, avhjälpa eventuella brister i leverantörens anbud förutsatt att leverantören väl kommit över tröskeln för att bjudas in till direktupphandlingen. Fråga är vid direktupphandlingar inte om den strikta tillämpning som 4 kap. 9 § LOU påbjuder

om kompletteringar av bristfälliga anbud i förhållande till likabehandlingsprincipen och förbud mot att anta anbud som vid en första inlämning i direktupphandlingen avviker från ställda obligatoriska krav på dess form och innehåll. Beställaren har i detta avseende inte agerat i strid med LOU.

Hjälparen har, efter att tilldelningsbeslutet återkallats, tillställts en begäran om komplettering, Hjälparen har efterkommit Beställarens begäran. Då det efter komplettering inte längre förelåg några brister i Hjälparens anbud meddelade Beställaren ett nytt beslut den 20 september 2019 vari Hjälparen tilldelades kontraktet.

Skada

Vad avser den påstådda, men av Beställaren bestridda, medverkan från Hjälparen under framtagandet av upphandlingsdokumenten i det annonserade förfarandet samt påståendena avseende att kravspecifikationen i denna utförats på ett sätt som gynnar Hjälparen, har Welux överhuvudtaget inte anfört några argument kring vilken skada man lidit eller anser sig riskera lida av dessa påstådda upphandlingsfel. Inte heller har redovisats några som helst konkreta omständigheter avseende vad som i övrigt i kravspecifikationen förhindrar Welux att lämna anbud, eller lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att ett upphandlingsfel skulle föreligga i dessa delar finns alltså inte grund för ingripande enligt LOU.

Av Welux hemsida framgår att Welux disponerar över en fastighet som innehåller 3 000 kvm kontorsyta med ett flertal hyresgäster vilka rimligen förhyr kontorsytor. Welux har ägt fastigheten sedan minst tio år och det förefaller därför osannolikt att en förhyrning motsvarande uppställt referenskrav i vart fall avseende kontorslokaler inte förekommit under denna period och som kunnat användas som referens.

Givet den placering Welux fastighet har kan den inte anses uppfylla kravet på "centrumnära" varför fråga inte kan bli om att Welux under alla omständigheter lidit skada.

Beställaren har vid en kontroll av Welux kreditvärdighet uppmärksammat att Welux inte uppfyller det i upphandlingen ställda kravet om att anbudsgivaren ska vara kreditvärdig motsvarande 7 av 10 enligt Business Check i Sverige AB. Att Welux kreditvärdighet inte uppfyller det i upphandlingen ställda kravet medför att Beställaren, vi ett eventuellt ingivande anbud i upphandlingen från Welux, hade varit nödgat att diskvalificera Welux. Welux kan därav inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Welux har i målet gjort gällande (i) att det krav om referenser avseende förhyrning av kontorslokaler som Beställaren ställt i punkt 2.16.2 i upphandlingsdokumentet står i strid med principen om proportionalitet, (ii) att Hjälparen, som varit delaktig i förberedelserna inför den icke-annonserade upphandlingen därigenom har fått en otillbörlig konkurrensfördel i aktuell upphandling, (iii) att Beställaren inte haft rätt att övergå till direktupphandling samt (iv) att Hjälparens anbud borde ha förkastats då det innehåller ett flertal brister/avvikelser från obligatoriska krav i upphandlingen och det inte har varit möjligt för Beställaren att, inom ramen för LOU, tillåta Hjälparen att komplettera sitt anbud på det sätt som skett.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den aktuella upphandlingen avser en byggentreprenad, vars värde understiger tröskelvärden för tillämpning av det nationella regelverk som följer av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU. För upphandlingen är således endast 19 kap. LOU och de bestämmelser som 2 och 3 §§ i detta kapitel pekar ut som är tillämpliga.

Kravet på referenser

Welux har i målet gjort gällande att det obligatoriska kravet om referenser avseende förhyrning av just kontorslokaler som Beställaren ställt i punkt 2.16.2 i upphandlingsdokumentet är oproportionerligt eftersom det inte kan motiveras utifrån upphandlingsföremålet som inkluderar även arkiv samt då det varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet eftersom detta syfte kan tillgodoses genom t.ex. krav på erfarenhet av förhyrning av andra kommersiella lokaler med motsvarande behov.

Beställaren har i sin tur framfört att det aktuella kravet har en affärsmässig koppling till kontraktets föremål och är en effektiv och lämplig åtgärd som är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet samt att den negativa effekten som åtgärden får inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Av punkten 2.16.2 *Prövning av anbudsgivares lämplighet – kvalificeringskrav* i upphandlingsdokumentet framgår, såvitt här är relevant, följande.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Anbudsgivaren ska i detta avseende ha,

och i anbudet, lämna två referenser i form av förutvarande eller nuvarande hyresgäster som kan intyga god förvaltningsförmåga. [...] Referenserna ska avse förhyrning av kontorslokaler, för privat eller offentlig verksamhet, och ska avse en hyresperiod som pågår sedan minst tre år, alternativt har pågått minst tre år de senaste tio åren. [...]

En upphandlande myndighet har stor frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas, under förutsättning att kraven inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. I 19 kap. 2 § LOU finns inte någon hänvisning till de lagregler som återfinns i 14 kap. 5 § LOU rörande krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Den upphandlande myndigheten har således vid fastställande av kvalificeringskrav av denna typ att förhålla sig till de allmänna principer som följer av 4 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att det ställda kravet får anses ha ett naturligt samband med den tjänst som upphandlingen avser och framstår därmed som motiverat och inte för långtgående med hänsyn till sitt syfte. Det Welux anfört avseende att kravet saknar koppling till arkiv trots att upphandlingen även avser lokaler för arkiv föranleder ingen annan bedömning. Det ställda kravet står således inte i strid med proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Något skäl att på grund av det Bolaget gjort gällande i relevant avseende förordna om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU har således inte framkommit.

Utformning av kravspecifikation

Det framgår av praxis (jfr bl.a. EU-domstolens mål C-21/01 och C-34/03 Fabricom, Kammarrätten i Sundsvalls mål 2458-11 och Kammarrätten i Göteborgs mål 2967-13) att en otillbörlig konkurrensfördel har ansetts föreligga endast då en leverantör haft en faktisk möjlighet att påverka en upphandling, alternativt getts en otillbörlig informationsövertag i förhållande till

sin konkurrenter, och denna konkurrensfördel inte kunnat neutraliseras genom att den upphandlande myndigheten vidtagit lämpliga åtgärder. Welux har i målet till stöd för sitt påstående att Hjälparen getts en otillbörlig konkurrensfördel gjort gällande att kravspecifikationen avseende upphandlingsföremålet är baserad på det förslag och den behovsanalys som Hjälparen, tillsammans med tjänstemän på socialförvaltningen, har tagit fram samt att kravspecifikationen har anpassats för att möjliggöra ingående av hyresavtal med Hjälparen på bekostnad av Welux deltagande i upphandlingen. Något som styrker dessa påståenden har emellertid inte förevisats i målet. Förvaltningsrätten konstaterar att blott den omständigheten att kravspecifikationerna i den icke-annonserade och den aktuella upphandlingen har samma eller liknande innehåll eller att kravspecifikationen i den aktuella upphandlingen ändrats avseende vissa krav utgör i sig inte ett bevis att detta beror på att Beställaren velat ge Hjälparen en fördel eller för att utesluta Welux från deltagande i upphandlingen. Några konkreta omständigheter som visar att kommunen har agerat på ett sätt som strider mot LOU eller de grundläggande principerna för offentlig upphandling har således inte framkommit. Det saknas därför skäl för att med grund av det Welux gjort gällande i relevant avseende besluta om ingripande enligt LOU.

Hjälparens anbud och övergång till direktupphandling

Det är i målet otvistigt att det anbud Hjälparen först lämnade i upphandlingen inte uppfyllde vissa ställda obligatoriska krav. Då Hjälparens anbud är det enda anbud som lämnats i upphandlingen och Beställaren bedömde att anbudet är ogiltigt beslutade Beställaren att övergå till direktupphandling med stöd av 19 kap. 7 § LOU.

Welux gör gällande att Beställaren har brutit mot LOU genom att övergå till direktupphandling, eftersom ett av de krav Hjälparens anbud inte har uppfyllt är ett s.k. formellt krav, samt genom att utvärdera och anta Hjälparens

nya anbud som inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och som efter anbudets senaste ändring även innehåller ett högre pris är det som ursprungligen offererats.

Övergång till direktupphandling

Av 19 kap. 7 § LOU framgår, såvitt här är relevant, att direktupphandling får i tillämplig omfattning användas i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 6 kap. 6 § LOU framgår att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.

Av 6 kap. 16 § framgår följande. En upphandlande myndighet får i de fall som avses i 6 § avstå från att annonsera upphandlingen på nytt om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som 1. inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap., 2. uppfyller de krav som anges i 14 kap. och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och 3. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet annat är inte visat än att Hjälparen inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap. och att Hjälparen har uppfyllt de krav som ställts för kvalificering av leverantör. Fråga är då om Hjälparen har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående förfarandet så att alla förutsättningar för övergång till direktupphandling är uppfyllda.

I LOU saknas en legal definition av begreppet formella krav. Begreppet förekom även i den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandlings reglering av förutsättningar för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering utan att därvid legalt definieras. Inte heller i förarbetena till lagen finns någon närmare förklaring av begreppet. I doktrin har uttalats att begreppet ”formella krav” rimligtvis endast avser de formkrav som myndigheten valt att ställa upp på anbudets utformning och inte samtliga de förhållanden som innebär att ett anbud är att bedöma som ogiltigt (se Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, 2 uppl., Nordstedts Juridik AB 2915, kommentar till 4 kap. 6 §) samt att sådana krav är t.ex. krav på underskrift av anbudet, krav på att anbud ska ha inkommit inom viss tid eller krav på att anbudet ska vara avfattat på ett visst EU-språk (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB 2012, s 205 f.).

Det krav som Welux menar utgör ett formellt krav i den aktuella upphandlingen, som Hjälparen inte har uppfyllt, är kravet enligt punkt 2.8 i upphandlingsdokumentet att hyresvärden ska ange senast vilken dag inom intervallen 15 juli 2020–15 oktober 2020, som är inflyttningsdatum. Mot bakgrund av det som enligt ovan framgår avseende innebörden av begreppet ”formella krav” anser förvaltningsrätten att det aktuella kravet enligt punkten 2.8 inte utgör ett sådant formellt krav som åsyftas i bestämmelsen i 6 kap. 16 § LOU. Vid det förhållandet har annat inte påvisats än att Hjälparens anbud uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet och att alla förutsättningar för övergång till direktupphandling därmed varit uppfyllda när Beställaren fattade sitt beslut att övergå till detta undantagsförfarande. Skäl för att ingripa mot upphandlingen på grund av åberopade brister avseende valt upphandlingsförfarande föreligger enligt rättens mening således inte.

Hjälparens anbud

Det är i målet otvistigt att Hjälparen inom ramen för direktupphandling har tillåtits att först inkomma med ett nytt anbud och sedan att komplettera sitt anbud för att avhjälpa de brister i det som Beställaren konstaterat. Det är även otvistigt att Hjälparen i samband med sin senaste komplettering av anbudet har offererat ett högre pris än det som angavs i det ursprungliga anbudet. Fråga är då om ett upphandlingsrättsligt fel föreligger med anledning av detta.

Direktupphandling innebär att upphandlingen görs utan krav på anbud i viss form. När det gäller direktupphandlingar finns det inga särskilda förfaranderegler alls utan det står den upphandlande myndigheten fritt att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, men med iakttagande av de allmänna principerna. Det följer av de allmänna principernas ordalydelse jämte den materiellt sparsamma regleringen av direktupphandlingens närmare utformning och av praxis att upphandlande myndigheter har getts stor frihet att organisera sina direktupphandlingar (se HFD 2018 ref. 60). Denna frihet innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten i en direktupphandling, som den i målet aktuella, inte är förhindrad att tillåta leverantören att inkomma med kompletteringar för att avhjälpa brister i sitt anbud och för att uppfylla ställda obligatoriska krav och inte heller att förhandla med leverantör angående t.ex. priset (jfr HFD 2015 ref. 63).

Utifrån det anförda har Beställaren inte brutit mot LOU eller de grundläggande principerna genom att tillåta Hjälparen ersätta och komplettera sitt anbud och inte heller genom att acceptera ett högre anbudspris än det ursprungliga. Vid det förhållandet saknas även på grund av det Welux gjort gällande i relevant avseende skäl att besluta om ingripande i upphandlingen.

Slutsats

Mot bakgrund av det som ovan anförts ska ansökan avslås. Med anledning av detta saknas skäl att pröva vad Beställaren anført beträffande Welux uppfyllelse av skaderekvisitet enligt 20 kap. 6 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 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.