



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2016-02-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18086-15

KONKURRENSVERKET	
2016-02-09	
Avd	
Dnr	
KSgr	Aktbil

SÖKANDE

Yrkes & Profilkläder i Botkyrka AB, 556808-8206
Fågelviksvägen 9
145 53 Norsborg

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och biträdande jurist Elin Eriksson
MAQS Advokatbyrå Göteborg AB
Box 11918
104 39 Göteborg

MOTPART

Telge Inköp AB, 556770-1437

Ombud: Kristina Rosén
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Telge Inköp AB:s upphandling av arbets- och profilkläder inom varsel och hantverk för Södertälje, Salems, Nykvarns, Katrineholms och Vingåkers kommun (ref. TI 2015-1041) ska göras om avseende anbudsområdet Södertälje, Telgekoncernen, Salems samt Nykvarns kommun.

Dok.Id 642866

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Telge Inköp AB (Telge) genomför en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, av arbets- och profilkläder inom varsel och hantverk för Södertälje, Salems, Nykvarns, Katrineholms och Vingåkers kommun (ref. TI 2015-1041). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande. Upphandlingen var uppdelad i två anbudsområden, och Yrkes & Profilkläder i Botkyrka AB (YP) har lämnat anbud på området Södertälje, Telgekoncernen, Salems samt Nykvarns kommun. Telge beslutade den 12 augusti 2015 att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med kvalificerade anbudsgivare. Som skäl angavs att ingen anbudsgivare uppfyller kraven i upphandlingen gällande rabattbilaga och jämförelselista samt att inga anbud därmed kunnat gå vidare till utvärdering enligt lägsta pris.

YP ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende anbudsområdet Södertälje, Telgekoncernen, Salems samt Nykvarns kommun.

Telge bestrider bifall till ansökan. Telge yrkar vidare att förvaltningsrätten häver tidigare meddelat interimistiskt beslut och låter Telge avsluta upphandlingen för arbets- och profilkläder, skyddsskor och personlig utrustning för samtliga myndigheter i enlighet med Telges beslut att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Förvaltningsrätten förordnade den 21 augusti 2015 att Telge inte får ingå avtal med anledning av upphandlingen avseende anbudsområde Södertälje, Telgekoncernen, Salems samt Nykvarns kommun innan något annat har bestämts. Förvaltningsrätten avtog i beslut den 9 och 23 september 2015 Telges yrkanden om upphävande av förvaltningsrättens interimistiska beslut.

Vad YP anför

Telge har inte haft rätt att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. YP bestrider att samtliga anbud som inkommit i den första upphandlingen, som genomfördes som ett öppet förfarande, var ogiltiga eftersom de inte uppfyllde uppställda ska-krav avseende rabattbilaga och jämförelselista. Förfrågningsunderlaget i kombination med frågor och svar har utgjort tydliga instruktioner för hur priser och rabatter skulle offereras. Det får därför hållas för uteslutet att samtliga anbud har formulerats i strid mot förfrågningsunderlaget. I vart fall uppfyllde YP kraven. Det är Telge som har bevisbördan för att förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan användas. Enligt allmänna principer om bevisbördans placering är det den part som har möjlighet att föra bevisning om visst rättsfakta som har bevisbördan härför. Telges tolkning av kraven, innebärande att anbudsgivarna inte har kunnat välja vilka varumärken de ska offerera utan att de varit tvungna att offerera samtliga varumärken i hela sitt sortiment, är befängd och framstår som en direkt efterhandskonstruktion. YP har utan minsta tveksamhet tolkat förfrågningsunderlaget som att YP ska ange rabattsats för hela YP:s sortiment i upphandlingen och således för samtliga varumärken som offereras, vilket också gjorts. Att tolka kravet som ett tvång att anbudsgivaren måste offerera samtliga varumärken som finns i anbudsgivarens normala sortiment är orimligt. Vidare är syftet med kravet högst oklart. Om kravet ska tolkas som Telge gör gällande skulle det medföra orimligt stora insatser för aktörer som YP, som har ett stort antal varumärken i sitt sortiment. En sådan tolkning av kravet är i strid med principen om proportionalitet. Vidare förklaras begreppet "Återförsäljarens sortiment" aldrig närmare i upphandlingen och inte heller upprepas det på något annat ställe. Det bekräftar YP:s tolkning. För det fall förvaltningsrätten finner att aktuella krav ska tolkas som Telge gör gällande är kraven i förfrågningsunderlaget otydliga och har brustit i kraven på förutsebarhet och transparens.

YP bestrider att YP inte uppfyller kravet avseende ekonomisk ställning. Vid anbudslämmandet hade YP motsvarande rating hos Creditsafe, som är ett erkänt och i offentliga upphandlingar mycket vanligt förekommande kreditvärderingsinstitut. Uteslutning av YP av skäl som enbart är kopplade till viss kreditrating är inte tillåtet. Vidare är det oklart huruvida övriga anbudsgivare uppfyller kraven avseende ekonomisk ställning. Det är också oklart vilka dessa anbudsgivare är. Även denna förutsättning är omöjlig för YP att kontrollera och det kan därför konstateras att det är oklart huruvida den andra förutsättningen enligt 4 kap. 6 § LOU är uppfylld, dvs. att endast anbudsgivare som uppfyller krav enligt 10 och 11 kap. LOU är inbjudna/kommer att bjudas in.

Vidare krävs att de tidigare inlämnade anbuden uppfyller de "formella kraven" i upphandlingen. Det framgår varken av lagtext, förarbeten, rättspraxis eller det bakomliggande direktivet vad som avses med de "formella kraven", men det står klart att paragrafens hänvisning innebär en ytterligare förutsättning för paragrafens tillämplighet samt att denna förutsättning inte är hänförlig till kraven som följer av 10 och 11 kap. LOU. En rimlig tolkning är att det med "de formella kraven" avses de formkrav som den upphandlande myndigheten har valt att ställa upp på anbudets utformning. För det fall att samtliga anbud är ogiltiga, vilket bestrids, beror det på att formkrav inte har uppfyllts av övriga anbudsgivare. Såvitt kan förstås rör det sig inte om brister i ska-kraven avseende produkter eller utförandet av tjänsten utan de påstådda bristerna är hänförliga till två bilagor som ska ges in av respektive anbudsgivare. De krav som uppställts avseende rabattbilagan och jämförelseprislistan utgör formkrav avseende anbudets utformning, såsom att samtliga kolumner i respektive bilaga ska fyllas i, att rabattsatserna ska anges i bilagan, att standardprislistor ska bifogas till anbudet, att rabatt ska anges per varumärke m.m. Telge har därmed inte heller visat att

de anbudsgivare som Telge kommer att bjuda in till det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering uppfyller de formella kraven.

Det är uppenbart att YP, genom Telges beslut att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering, lider eller riskerar att lida skada eftersom YP är uteslutet från denna senare upphandling. Om upphandlingen skulle ha hanterats rättsenligt, dvs. om den skulle ha avbrutits och gjorts om med ny annonsering och nytt anbuds-förfarande, skulle YP ha getts möjlighet att ge in nytt anbud och då kunna bevisa att YP uppfyller kraven på ekonomisk ställning genom t.ex. en moderbolagsgaranti eller liknande.

Vad Telge anför

Samtliga anbud i det öppna förfarandet är ogiltiga. De motsvarar inte ställda krav i förfrågningsunderlaget avseende rabatt- och jämförelsebilaga. I beslut den 12 augusti 2015 om att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering framgår bl.a. följande.

”Frågor och svar har publicerats och även där framgår det att upphandlingen avser rabatt på anbudsgivarens samtliga varumärken. Differentierade rabatter godkänns ej.”

Telge har varit tydligt i förfrågningsunderlaget och i frågor och svar. En anbudsgivare kan inte välja vilka varumärken de ska ta med i sin rabattbilaga utan det är samtliga varumärken som anbudsgivaren för vid anbuds-tillfället som ska rabatteras. Nivån på rabatten för respektive varumärke är däremot upp till anbudsgivaren YP har inte uppfyllt kravet avseende rabattbilaga eftersom samtliga YP:s varumärken inte varit rabatterade.

I punkt 1.6.3 i förfrågningsunderlaget under Krav på Anbudsgivaren, Ekonomisk ställning anges:

”Anbudsgivaren skall ha tillräckligt stabil ekonomisk och finansiell ställning för att kunna genomföra uppdraget.

Riskklassificering ska vara minst 3 (UC)/A (Soliditet)/motsvarande klassificering eller högre.

Om Anbudsgivaren har lägre riskklassificering eller ovanligt låga respektive negativa nyckeltal utifrån branschgenomsnittet och/eller negativt resultat skall Anbudsgivaren ändå anses uppfylla ovanstående krav om man i anbudet lämnar en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att Anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Telge Inköp AB förbehåller sig rätten att själva kontrollera dessa uppgifter genom att ta en kreditupplysning, ta egna referenser samt att i efterhand infordra bevis.”

Telge har gjort en kreditprövning på YP. Kreditprövningen visade att YP har kreditvärdighet B och därmed faller under kravet som är A (Soliditet). Telge har dessutom gjort kreditprövning på moderbolaget Guston Retail AB, också det påvisar en ekonomi som inte är tillfredsställande och genererat kreditvärdighet B, ej godkänt. Då upphandlingen inte är avslutad utan övergått i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska denna information huruvida en anbudsgivare är kvalificerad eller inte kvalificerad framgå av tilldelningsbeslutet. Därav följer formuleringen enligt beslutet den 12 augusti 2015 att upphandlingen övergår till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med kvalificerade anbudsgivare. Då YP inte uppfyller ställt krav avseende ekonomi kvalificerar sig bolaget inte vidare för utvärdering av sitt anbud i upphandlingen. Bolaget är därmed inte heller kvalificerat att delta i det förhandlade förfarandet som upphandlingen har övergått till. Telge har vid kontroll av respektive anbud inte tillåtit komplettering eller ändring av anbud. Likabehandlingsprincipen har därmed tillämpats. Någon förklaring till anbudsgivarens ekonomiska ställning går inte att finna i anbudet.

Eftersom alla anbud är ogiltiga är förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § 1 LOU uppfyllda. Eftersom YP inte uppfyllt de formella kraven är bolaget inte kvalificerat att delta i det förhandlade förfarandet. Telge har således haft rätt att använda förhandlat

förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 6 § LOU. Då upphandlingen är pågående råder anbudssekretess. Då YP inte uppfyllt kvalificeringskrav kan bolaget inte anses lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 4 kap. 2 § 1 LOU anges bl.a. att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m.

I 4 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. I de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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.

Förvaltningsrättens bedömning

YP har anfört att Telge inte har haft rätt använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förfarandet utgör ett undantagsförfarande och en

upphandlande myndighet har bevisbördan för att omständigheter som rättfärdigar användandet av förfarandet föreligger. Bevisningen måste vara detaljerad. Om myndigheten lägger fram sådan detaljerad bevisning kan motparten behöva lägga fram motbevisning (se Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, 2014, s. 1062). Telge har anfört att samtliga anbud i det öppna förfarandet var ogiltiga.

I beslut den 12 augusti 2015 anges att ingen anbudsgivare uppfyller kraven i upphandlingen beträffande rabattbilaga och jämförelselista samt att inga anbud därmed kunnat gå vidare till utvärdering enligt lägsta pris. Telge menar att kravet avseende rabattbilaga innebär att samtliga varumärken som anbudsgivaren för vid anbudstillfället ska rabatteras. I förfrågningsunderlagets punkt 1.9.3 Utvärdering anges att anbudsgivaren i rabattbilaga ska ange vilken rabattsats beställarna erhåller, att anbudsgivaren ska bifoga sina standardprislistor samt att samtliga av återförsäljarens sortiment ska omfattas av rabatt. I frågor och svar har uppgetts att i rabattbilagan ska samtliga varumärken som anbudsgivaren saluför framgå. YP har tolkat förfrågningsunderlaget som att rabattsats ska anges för samtliga varumärken som offereras i upphandlingen och har inte offererat samtliga varumärken som bolaget saluför. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlagets krav får förstås som innebärande att anbudsgivarens hela saluförda sortiment ska offereras och att YP därmed inte uppfyller kravet. Kravet får, enligt förvaltningsrättens mening, anses uppfylla LOU:s krav på förutsebarhet och transparens. YP har anfört att en sådan tolkning av kravet är i strid med proportionalitetsprincipen. Telge har inte specifikt bemött detta. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att syftet med kravet framstår som oklart och att Telge inte har visat att det är proportionerligt. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det i målet inte är visat att övriga anbud inte uppfyller ställda krav avseende rabatt- och jämförelsebilaga.

Telge har i förvaltningsrätten anfört att YP inte uppfyller krav på ekonomisk ställning och därför inte är kvalificerat att delta i det förhandlade förfarandet. Vad gäller ekonomisk ställning uppställs i förfrågningsunderlaget krav på riskklassificering minst 3 (UC)/A (Soliditet)/motsvarande klassificering eller högre. Telge har uppgett att YP har kreditvärdighet B (Soliditet). YP har invänt att bolaget har motsvarande rating hos Creditsafe. Telge har inte bemött denna invändning. Vad som framkommit i målet visar således, enligt förvaltningsrättens mening, inte att YP inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Telge har inte heller i målet visat att de anbudsgivare som bjudits in till det förhandlade förfarandet uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU samt de formella kraven i upphandlingen.

Telge har därmed inte visat att förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser att de brister som framkommit ger stöd för att YP i vart fall har riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om avseende anbudsområdet Södertälje, Telgekoncernen, Salems samt Nykvarns kommun. Då målet avgörs slutligt och vid denna utgång saknas skäl saknas att ta ställning till Telges yrkande att förvaltningsrättens interimistiska beslut ska upphävas.

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



Anneli Berglund Creutz

Rådman

Daniel Ekwall 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.