



SÖKANDE

Top Marine Sverige AB, 559080-0651
Box 7
184 03 Ljusterö

Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
Box 1241
131 28 Nacka strand

MOTPART

Stockholms Stad, Idrottsnämnden
Box 8313
104 20 Stockholm

Ombud: Jenny Segervall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-05-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse på sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Top Marine Sverige AB:s anbud ska beaktas.

BAKGRUND

Stockholms stads idrottsnämnd genom idrottsförvaltningen har genomfört en upphandling av ramavtal för pontonbryggor m.m. Upphandlingen genomfördes med öppet förfarande och avsikten var att teckna ramavtal med tre leverantörer. Fyra leverantörer lämnade anbud, men vid stadens prövning av de inkomna anbuden förkastades Top Marine Sverige AB:s anbud. Stadens skäl till detta var att bolaget inte hade gett in en separat egen försäkran för företaget Top Marine OÜ vars kapacitet Top Marine Sverige AB åberopat. Idrottsförvaltningen ansåg sig därmed förhindrad att fortsätta prövningen av bolagets anbud. Tilldelningsbeslutet meddelades den 24 augusti 2018 och en annan leverantör än bolaget tilldelades kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Top Marine Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid bolagets anbud ska beaktas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Som grund för ansökan gör bolaget gällande att Stockholms stad, Idrottsnämnden, har brutit mot 15 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att ha förkastat bolagets anbud, trots att bolagets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och därmed rätteligen skulle ha utvärderats.

Stockholms stads idrottsnämnd genom idrottsförvaltningen (staden) bestrider bifall till ansökan. Som grund för bestridandet anger staden att den inte har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har lämnat in ESPD (en standardiserande egenförsäkran) för både sig självt och för Top Marine OÜ. Det saknas rättsligt stöd för att förkasta bolagets anbud på den grunden att svaren på frågorna i ESPD-formulären är de samma för båda företagen. Att båda ESPD-formulären är "likvärdiga" är självklart då det är ett standardiserat formulär. Staden har i upphandlingssystemet skapat ett särskilt ESPD-formulär som anbudsgivarna kunde använda, men i förfrågningsunderlaget har staden inte gett några instruktioner för hur en anbudsgivare som åberopade ett annat företags kapacitet skulle gå till väga för att fylla i en ESPD för det åberopade företaget. Då det enbart gick att fylla i ESPD-formuläret en gång fick bolaget skriva ut formuläret för att sedan scanna in det och ladda upp det i upphandlingssystemet. Att bolaget har bifogat två ESPD-formulär talar med all tydlighet för att det ena avser bolaget och det andra Top Marine OÜ.

Stadens bestridande grundas på att det enligt staden inte framgår att den andra egenförsäkran avser det åberopade företaget. Det är i och för sig korrekt att det inte framgår vilken egenförsäkran som avser bolaget respektive Top Marine OÜ. Detta beror helt och hållet på att det i ESPD-formuläret som staden har upprättat inte finns några avsedda svarsfält för att ange exempelvis företagsnamn eller organisationsnummer. Att sådan information inte har efterfrågats i ESPD-formuläret kan inte uppfattas på annat sätt än att staden är av uppfattningen att denna information inte behövdes. Det är staden som har utformat ESPD-formuläret och förfrågningsunderlaget i övrigt. Eventuella oklarheter måste tolkas till bolagets fördel. De grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval

av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare kan bestämmelsen i 15 kap. 1 § LOU inte tolkas på så sätt att den egenförsäkran som ska lämnas för det återopade företaget ska innehålla ytterligare uppgifter än den som avser anbudsgivaren. Staden synes hävda att stadens ESPD-formulär inte kan användas för det återopade företaget. EU-domstolens avgörande i mål C-27/15 är relevant i förevarande mål mot bakgrund av att det i stadens ESPD-formulär inte efterfrågas någon information som identifierar vilket företag som avses, samt att det av nationell lagstiftning inte följer att en egenförsäkran för det återopade företaget ska lämnas på något annat sätt än som är fallet för anbudsgivaren själv. Först om staden i ESPD-formuläret hade efterfrågat någon information som företagsnamn eller dylikt och bolaget inte fyllt i det hade det funnits fog för stadens anförande. Så är emellertid inte fallet utan staden har hittat på krav på att ange viss information som inte har efterfrågats på ett tydligt sätt. Den upphandlande myndigheten ska enligt 15 kap. 2 § LOU preliminärt godta en försäkran enligt 15 kap. 1 § LOU som bevis för att leverantören inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som myndigheten har ställt. Bolaget har inkommit med ESPD för såväl bolaget som för Top Marine OÜ i enlighet med 15 kap. 1 § LOU. Staden har emellertid inte godtagit dessa som preliminärt bevis. Därmed har staden brutit mot såväl 15 kap. 2 § LOU som transparens- och likabehandlingsprincipen.

Bolaget har lämnat anbud i upphandlingen och har fått sitt anbud förkastat. Utifrån de uppgifter som bolaget har fått ut av staden förmodar bolaget att bolaget har lämnat lägst pris. För det fall bolagets anbud vid en ny rättad utvärdering beaktas har bolaget således möjlighet att bli vinnande leverantör. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada, varför skäl till ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger. Med anledning av att bristen är hänförlig till prövningen av anbuderna och inte det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt med rättelse.

Staden

Staden anför huvudsakligen följande. Sökanden har för att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning samt kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet åberopat företaget Top Marine OÜ:s kapacitet. I sitt anbud har sökanden dock gett in två identiska bilagor med egen försäkran och det framgår inte att den ena skulle avse det åberopade företaget. Eftersom det saknas en separat egen försäkran för det företag vars kapacitet sökande åberopar är kravet i 15 kap. 1 § LOU inte uppfyllt.

Till stöd för sin talan har sökanden hänvisat till EU-domstolens avgörande i mål C-27/15 och hävdar att det av domen följer att likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten. Staden noterar att sökanden inte återgett domstolens slutsats i sin helhet. Domstolens slutsats i målet är att likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument. Som redogjorts för ovan följer det redan av LOU att en särskild försäkran ska lämnas varför omständigheterna inte är desamma som i EU-domstolens avgörande.

Sammanfattningsvis har staden inte brutit mot 15 kap. 2 § LOU och att förkasta sökandens anbud strider inte heller mot likabehandlingsprincipen eller kravet på öppenhet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Det är i målet ostridigt mellan parterna att bolaget har valt att åberopa ett annat företags kapacitet i enlighet med 14 kap. 6 § LOU samt valt att lämna en egen försäkran enligt 15 kap. 1 § LOU. Parterna är också överens om att bolaget har gett in två ESPD-formulär med egen försäkran. Det parterna inte är överens om är huruvida bolaget har, så som det är reglerat i 15 kap. 1 § andra stycket LOU, lämnat en särskild egen försäkran för företaget Top Marine OÜ vars kapacitet bolaget åberopat. Mot bakgrund av detta ska förvaltningsrätten först ta ställning till om staden har, på sätt som bolaget gjort gällande, brutit mot 15 kap. 2 § LOU samt principen om öppenhet och likabehandlingsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU genom beslutet att förkasta bolagets anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 15 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som lämnar ett anbud får lämna en egen försäkran om att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 13 kap. 1–3 §§, att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§, och att leverantören uppfyller eventuella begränsningskriterier enligt 4 kap. 6 §. Vidare anges i 15 kap. 1 § andra stycket att om leverantören åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 §, ska leverantörens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. I 15 kap. 1 § tredje stycket anges att en försäkran enligt första eller andra stycket ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 i direktiv 2014/24/EU.

Enligt 15 kap. 2 § första stycket LOU ska den upphandlande myndigheten preliminärt godta en försäkran enligt 15 kap. 1 § som bevis för att leverantören inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som myndigheten har ställt.

I förarbetena anges att upphandlande myndigheter måste för varje upphandling över tröskelvärdena tillhandahålla en ESPD för den aktuella upphandlingen (se prop. 2015/16:195 s 769).

Av Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 5 2017 "ESPD-systemet" sidan 19 kan utläsas att när man tillämpar reglerna om ESPD-systemet är det enbart innehållet i standardformuläret som binder en upphandlande myndighet, inte dess exakta struktur eller terminologi. En egen försäkran måste alltså inte lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt, utan tanken är att den ska lämnas i ett ESPD-formulär som är utarbetat på grundval av den.

I den i målet aktuella upphandlingen har upphandlande myndighet, staden, utarbetat ett ESPD-formulär som har integrerats i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget punkten "3.2 Egen försäkran (ESPD)" framgår att anbudsgivare har möjlighet att i stället för att vid anbudslämmandet ge in bevisning för avsnitt 3 Krav på leverantören lämna en egen försäkran genom ett separat formulär i förfrågningsunderlagets avsnitt 7. I förfrågningsunderlagets avsnitt 7. Egen försäkran (ESPD) tillhandahålls det ESPD-formulär som ska möjliggöra ingivandet av en egen försäkran.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumenten inte anges att företag vars kapacitet åberopas ska fylla i en separat egen försäkran. Det framkommer inte heller anvisningar för formkrav angående hur en särskild egen försäkran ska ges in för det fall en anbudsgivare skulle åberopa ett annat företags kapacitet. Vidare noterar förvaltningsrätten att det formulär

för egen försäkran som tillhandahållits under avsnitt 7 i förfrågningsunderlaget inte innehåller svarsfält där det ska anges för vilken ekonomisk aktör egen försäkran lämnas.

EU-domstolen har i avgörandet C-27/15 Pizzo konstaterat att lika-behandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när. Högsta förvaltningsdomstolen angav vidare att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Ett ESPD-formulär ges in som en försäkran om att det saknas skäl för uteslutning och att relevanta kvalificeringskrav är uppfyllda. Mot bakgrund av detta är det rimligt att staden efterfrågat uppgift om vilket eller vilka företag som avsågs med de likalydande ESPD-formulären bolaget lämnade in tillsammans med anbudet. Förvaltningsrätten anser emellertid, eftersom det är staden som tagit fram ESPD-formuläret där uppgift om ekonomisk aktör inte efterfrågats samt formulerat förfrågningsunderlaget utan att ange formkrav för egen försäkran, att staden har förfarit i strid med 15 kap. 2 §

LOU samt principen om öppenhet och likabehandlingsprincipen genom att förkasta bolagets anbud.

Förvaltningsrätten ska här efter pröva om stadens beslut att förkasta bolagets anbud ur den offentliga upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Bolaget har anfört att det lidit skada eller i vart fall riskerat skada att eftersom bolaget, utifrån de uppgifter som bolaget har fått av staden, förmodar att det har lämnat lägst pris och därmed skulle ha möjlighet att vid en ny rättad utvärdering bli vinnande leverantör.

Förvaltningsrätten bedömer att bolaget har klargjort och konkretiserat på vilket sätt det har eller har kunnat komma lida skada. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta vad bolaget har anfört i denna del.

Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget har lidit eller i vart fall kunnat komma lida skada till följd av att staden förfarit i strid med LOU. Bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen ska således bifallas.

Då det finns skäl för ingripande enligt LOU ska förvaltningsrätten slutligen undersöka förutsättningarna för huruvida upphandlingen ska göras om eller rättas. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2008 not 26). I det här fallet rör det sig om brister som i viss mån kan anses ha föranletts av brister i förfrågningsunderlaget men den överträdelse som har varit föremål för rättens prövning har dock avsett ett senare skede, nämligen stadens prövning av anbudet och beslutet att förkasta bolagets anbud. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd.

Sammanfattningsvis ska alltså bolagets ansökan om prövning bifallas med förordnande om rättelse på sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Top Marine Sverige AB:s anbud ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Lönnheim

Tf. rådman

Karoliina Paakkulainen 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 avisar 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.