

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Stockholms läns sjukvårdsområde, SLSO
Box 45436
104 31 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har genomförts på så sätt att Stockholms läns sjukvårdsområde tilldelar FestMäklarna Sverige AB det utannonserade kontraktet.

genomförts genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, med lägst pris som angiven tilldelningsgrund. SLSO konstaterade efter att anbudstiden löpt ut att såväl FestMäklarna Sverige AB som en annan leverantör uppfyllde ställda ska-krav och båda godkändes därför vid utvärdering. Eftersom båda leverantörerna hade erbjudit samma anbudspris genomfördes lottning, varefter FestMäklarna Sverige AB tilldelades kontrakt genom beslut den 18 juni 2018. SLSO beslutade den 13 juli 2018 att återta sitt tidigare tilldelningsbeslut och förkasta FestMäklarna Sverige AB:s anbud med hänvisning till 13 kap. 3 § åttonde punkten a) LOU. Kontrakt tilldelades istället den andra leverantören.

FestMäklarna Sverige AB (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att bolagets anbud återtagits och tilldelningsbeslutet från den 18 juni 2018 förklarats gälla. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Efter att bolaget inledningsvis tilldelats kontrakt genom lottning kontaktades det av SLSO med begäran om att bolaget med mycket kort varsel skulle inkomma med underlag som visar att det uppfyller det obligatoriska kravet avseende förmedlingsområde, dvs. att överenskommelser funnits mellan bolaget och offererade restauranger i den omfattning som efterfrågats. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att det tvunget skulle finnas skriftliga samarbetsavtal eller annat underlag och inte heller att sådant skulle kunna uppvisas på begäran. Även fast det var semestertider fick bolaget tag på majorite-

och fått det till 39 istället för 35. Under tiden efter det första tilldelningsbeslutet har den andra leverantören i upphandlingen kontaktat många av de restauranger som haft överenskommelser med bolaget, och någon enstaka av dessa har då övertalats att frångå samarbetet. Utifrån det underlag som legat till grund för myndighetens beslut är det vidare endast tre restauranger som yttrat sig, inte åtta såsom myndigheten angett. En av de restauranger som åberopats, Haga forum, ingår i en större grupp av restauranger vilka samtliga räknats med av SLSO. Bolaget har dock endast avsett att åberopa en av restaurangerna, och endast en bör således räknas som avviken. Överenskommelsen med denna restaurang gjordes med en person som därefter gick på semester och det kunde därför inte styrkas att samarbete förelåg vid anbudstidens utgång. Istället ingicks ett nytt avtal med tjänstgörande driftchef i efterhand. Beträffande restaurangen Hotel J syftade den personen som i e-postmeddelande den 9 juli uppgav att avtal ingåtts under den föregående veckan på den skrivelse som skickades vid det tillfället, och som innehöll bekräftelse på att samarbetet ingicks inom anbudstiden. Avseende restaurangen World Trade Center har bekräftats att det fanns ett samarbete som var gällande innan anbudstidens utgång, även om priserna inledningsvis inte diskuterats eftersom det inte bedömdes nödvändigt med hänsyn till att restaurangens pris redan låg inom budgeten för ramavtalet med beaktande av bolagets rabatt/provision. Restaurangen godkände priserna exkl. rabatt/provision i samband med att SLSO begärde in skriftliga avtal. Restaurangen har därefter övertalats av den konkurrerande leverantören att avbryta samarbetet och överenskommelsen kan således inte åberopas av bolaget,

~

sammanställning av beaktade överenskommelser som bolaget tagit del av från SLSO framgår även att myndigheten missat att ta del av en återopad restaurang, Rosendals Wårdshus, för vilken samarbetsavtal ingetts. Denna restaurang verkar således ha fallit utanför SLSO:s beräkning. De restauranger som SLSO inledningsvis inte erhöll svar från förnekar att de fått några e-postmeddelanden från SLSO och har sedermera bekräftat samarbetena. SLSO har vidare underlåtit att ge bolaget tillfälle att yttra sig över de omständigheter som ansågs utgöra grund för uteslutning i strid med 13 kap. 4 § LOU. Även om bolaget skulle anses ha lämnat oriktiga uppgifter om samarbetsavtalen hade detta inte utgjort grund för uteslutning. Ska-kravet i förfrågningsunderlaget avser 30 restauranger. Även med SLSO:s sätt att räkna har det i vart fall funnits 32 avtalsbundna restauranger, dvs. fler än vad upphandlingen kräver. Även om de av SLSO ifrågasatta samarbetsavtalen skulle anses ogiltiga är detta heller inte fråga om oriktiga uppgifter i allvarlig omfattning. Bolaget har av förbiseende inte noterat att en av de offererade restaurangerna är belägen utanför Stockholms län. Det eventuella förhållandet att någon eller några av restaurangerna efter att ha kontaktats av den konkurrerande leverantören frångått sina samarbeten med bolaget innebär inte heller att bolaget lämnat oriktig information, eftersom avtalen ju fanns vid anbudstidpunkten. Sammanfattningsvis finns inget skäl att förkasta bolagets anbud varför den första tilldelningen ska bli gällande. SLSO:s skäl för förkastande framstår vidare stå i strid med likabehandlingsprincipen, då myndigheten helt har underlåtit att kontakta flera av den konkurrerande leverantörens angivna restauranger. Bolaget har på egen hand

och om förvaltningsrätten istället skulle besluta att upphandlingen ska göras om riskerar detta leda till ny lottning vilket innebär såväl ett otillbörligt missgynnande av bolaget som ett gynnande av den konkurrerande anbudsgivaren.

SLSO bestrider ändring av sitt tilldelningsbeslut den 13 juli 2018 och anför bl.a. följande. Efter att ingivna uppgifter avseende bolagets förmedlingsområde ifrågasatts av den andra leverantören i upphandlingen genomförde SLSO en kontroll, som visade att flera av de åberopade överenskommelserna inte överensstämde med kraven i upphandlingsunderlaget. Bolagets anbud förkastades därför med stöd av 13 kap. 3 § åttonde punkten a) LOU. SLSO har informerat bolaget om vilka av deras e-postöverenskommelser som inte godtagits och skälen varför. Vid kontrollen har myndigheten kontaktat ansvarig person via officiella kontaktuppgifter publicerade på respektive restaurangs hemsida. Bolaget har angett att vissa av tidigare beaktade restauranger inte ska medräknas, varför myndigheten korrigerat det totala antalet från 39 till 33. Vid den givna tidpunkten hade 21 av 33 restauranger bekräftat giltiga överenskommelser medan två inte överensstämde med ställda krav och en låg utanför Stockholms län. Därefter har ytterligare en restaurang inkommit med svar som visar att överenskommelsen inte motsvarar kraven. De restauranger som inte besvarat förfrågan har dock inte exkluderats från anbudet. Eftersom totalt 4 av 33 restauranger fallit bort uppfyller bolaget inte de obligatoriska kraven enligt avsnitten 2.2.1 och 2.2.3 i upphandlingsdokumentet. Någon överenskommelse med Rosendals Wårds-

svar in som visade överensstämmelse med kraven i upphandlingsunderlaget. De digitalt signerade avtalen är enligt SLSO:s mening juridiskt bindande och frågan huruvida obehörig person på en restaurang signerat dem är i första hand en angelägenhet för ansvarig arbetsgivare samt, i det fall restaurangen vill ogiltigförklara avtalet, en fråga och eventuell tvist avtalsparterna emellan. I det fall förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingsunderlaget varit otydligt, t.ex. då det inte uttryckligen angetts att skriftlig dokumentation krävs för att styrka förmedlingsutbudet enligt avsnitt 2.2.3, ska upphandlingen avbrytas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget har anfört. Parterna bär själva ansvaret för utredningen och domstolen är vid prövningen begränsad till vad parterna har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (se 20 kap. 6 § LOU). Domstolen

utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt bestämmelserna i lagen. Myndigheten ska enligt 13 kap. 4 § LOU innan den beslutar att utesluta en leverantör ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.

Förvaltningsrättens bedömning

SLSO har uteslutit bolagets anbud ur upphandlingen med hänvisning till 13 kap. 3 § åttonde punkten a) LOU, eftersom myndigheten anser att bolaget i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter om den information som begärdes för kontroll av anbudets uppfyllande av ska-kraven i fråga om förmedlingsutbud. Därutöver har SLSO bedömt att ställt ska-krav om 30 avtalsbundna restauranger runtom i Stockholms län inte är uppfyllt eftersom endast 29 av de som bolaget åberopat vid kontrollen kan godkännas i detta avseende.

I det aktuella upphandlingsdokumentets avsnitt 2.2.1 och 2.2.3 anges att en anbudslämnande leverantör ska verka för att ha en bred geografisk täckning av restauranger som omfattar Stockholms län och att utbudet i detta avseende ska uppfylla vissa krav i fråga om kapacitet, variation och belägenhet samt att det totala antalet restauranger ska uppgå till minst 30. Samtliga re-

Förvaltningsrätten kommer först att ta ställning till om bolaget uppfyller ställda ska-krav eller om det ska uteslutas redan på grund av brist i detta avseende, och därefter – om det blir aktuellt – huruvida det funnits fog för att utesluta bolaget med hänvisning till 13 kap. 3 § åttonde punkten a) LOU.

I det förstnämnda avseendet har SLSO vidgått att 29 av de åberopade restaurangerna uppfyller ställda krav i upphandlingsdokumentets avsnitt 2.2.3. Myndigheten har vidare i yttrande uppgett att fyra av restaurangerna underkänts, samt att ytterligare en inte ingått i det underlag som skickades in i samband med kontrollen varför den inte beaktats. Av ingiven förteckning framgår emellertid att det korrekta totalantalet uppgår till sex ej godtagna verksamheter (Bomans hotell, Hotel J, World Trade Center, Magic Xmas på Stockholmsmässan, Haga Forum och Rosendals Wärdshus).

Vad gäller Magic Xmas på Stockholmsmässan motsvarar verksamheten enligt myndighetens uppfattning inte kraven eftersom det i e-postmeddelande från restaurangen framkommit att erbjuden verksamhet i själva verket avser en föreställning som i vissa fall kan kombineras med julbord. Förvaltningsrätten finner emellertid att det inte utav kraven i upphandlingsdokumentet kan utläsas att erbjudna julbordsverksamheter inte får kombineras med andra tillhandahållanden. Av refererade e-postkonversationer beskrivs Magic Xmas som ”en magisk julföreställning” som under vardagar skulle kunna kombineras med jullunch eller julbord. I ett meddelande anges visserligen att Stockholmsmässan inte kommer arran-

ning kan enligt förvaltningsrättens mening inte i sig anses medföra att överenskommelsen inte uppfyller kraven i upphandlingsdokumentet, och det har inte framkommit några andra skäl till att den erbjudna tjänsten skulle strida mot uppställda krav. Eftersom restaurangen således ska godkännas i detta avseende uppfyller bolagets anbud det aktuella ska-kravet avseende antal erbjudna restauranger i förmedlingsutbudet, eftersom det uppgår till åtminstone 30.

Förvaltningsrätten anser dock vidare att även restaurangen Rosendals Wårdshus bör godkännas. Också i detta fall har det lämnats motstridiga uppgifter av personal på restaurangen avseende förekomsten av åberopat avtal. Detta tycks emellertid har utgjort missförstånd på grund av att olika personer oberoende av varandra tecknat avtal utan ömsesidig kännedom, vilket klargjorts i e-post den 28 juli från driftansvarig på restaurangen. Det beaktas också att kontrollen genomfördes i semestertider när personal med kännedom om samtliga giltiga överenskommelser inte nödvändigtvis kan antas vara i tjänst. Omständigheterna tyder i tillräcklig utsträckning på att avtal funnits på plats vid tiden för anbud. Huruvida överenskommelsen med Rosendals Wårdshus var del av det underlag som skickades till SLSO i samband med kontrollen i början av juli påverkar inte bedömningen i detta avseende, eftersom det relevanta för kravuppfyllnaden är huruvida avtal fanns vid tidpunkten för anbudslämnandet och inte vad som skickats eller inte skickats in till myndigheten i efterhand.

Rosendals Wårdshus uppfyller kraven i upphandlingsdokumentet. Uppgifterna om dessa kan därför inte anses oriktiga.

Vad avser restaurangerna Hotel J och World Trade Center finns det e-postkonversationer som tyder på att avtal, i det senare fallet med avseende på fastställt pris, mellan dessa och bolaget inte ingåtts förrän efter bolaget lämnade in sitt anbud. Det finns dock inget som tyder på att avtal saknades vid tidpunkten då uppgifterna lämnades i början av juli, även om det beträffande World Trade Center vidgåtts av bolaget att restaurangen i efterhand frånfallit överenskommelsen.

I fråga om restaurangen Haga forum har personal i e-post uppgett att den kontakt bolaget haft med verksamheten inför anbudstillfället inte skett med någon som varit behörig att skriva avtal. Att samarbete sedermera ingåtts bekräftades dock den 5 juli 2018, innan uppgifterna lämnades till SLSO. Restaurangen Bomans hotell är slutligen belägen utanför Stockholms län.

De oriktiga uppgifter som bolaget lämnat är således begränsade till åberopande av tre restauranger för vilka avtal tycks ha saknats vid anbudstillfället men funnits vid uppgiftlämnandet samt en som ligger utanför det geografiska område som efterfrågats. Givet att ska-kraven är uppfyllda utan beaktande av dessa restauranger samt att det varit fråga om endast fyra verksamheter av ett mycket större totalantal anser förvaltningsrätten att de belysta felaktigheterna inte är att anse som oriktiga uppgifter i en allvarlig omfatt-

handlingen och har genom sitt tilldelningsbeslut den 13 juli 2018 brutit mot likabehandlingsprincipen. Innan beslutet i fråga fattades hade bolaget tilldelats kontrakt i upphandlingen och bolaget har därigenom lidit skada på grund av myndighetens agerade. Förvaltningsrätten finner således att ansökan om överprövning ska bifallas. Eftersom bristen inte avser upphandlingens konkurrensuppsökande skede och det inte heller i övrigt framkommit skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om är rättelse en tillräcklig åtgärd. Förvaltningsrätten beslutar därför att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har genomförts på så sätt att SLSO tilldelar bolaget det utanonserade kontraktet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Maria Malmgren
Rådman

Veronica Montell har föredragit målet.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens

- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

