



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2015-05-28
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6507-15

SÖKANDE

Björn Hägglunds Maskiner AB, 556745-4508

Ombud: Advokat Caroline Falconer
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Tyresö kommun
135 81 Tyresö

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 2 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att kvalificeringen av anbud görs med bortseende från kravet i AFB.511 att anbudsgivaren inte får ha varit försenad med inbetalningar för sociala avgifter och skatter vid tre olika tillfällen under de tre senaste åren.

Dok.Id 606922

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun (kommunen) genomför upphandlingen Maskintjänster i Tyresö kommun 2015-2018. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Genom tilldelningsbeslut den 19 mars 2015 beslutade Tyresö kommun att anta annan leverantör än Björn Hägglunds Maskiner AB (bolaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas avseende anbudsområdena 1, 2, 3, 5 och 6 på så sätt att bolagets anbud kvalificeras och utvärderas, och att bolaget tilldelas kontrakt. Som grund för ansökan anger bolaget följande. Kommunen har brutit mot 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU genom att utesluta bolaget från upphandlingen, eftersom bolaget inte har några restförda socialförsäkringsavgifter eller skatter. En uteslutning skulle även stå i strid med proportionalitetsprincipen. Bolaget har lidit skada då bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för fem av sex maskiner.

Tyresö kommun anser att bolagets ansökan ska avslås och anför följande. Bolagets anbud har inte förkastats med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU. Kravet i AFB.511 strider inte mot proportionalitetsprincipen och bolagets anbud har rätteligen förkastats. Bolaget har inte lidit någon skada eftersom det inte kvalificerat sig.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Förvaltningsrättens

prövning enligt 16 kap. 6 § LOU utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av AFB.511 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha fullgjort sina erforderliga skyldigheter avseende registreringar och betalningar för sociala avgifter och skatter i Sverige. Anbudsgivaren ska ha uppfyllt sina skatteplikter de senaste tre åren. Har anbudsgivaren varit försenad med inbetalningar vid tre olika tillfällen under de tre senaste åren kommer kommunen begära att det finns en av kommunen godtagbar förklaring och att åtgärder vidtagits för att detta inte ska upprepas.

Av tilldelningsbeslut den 19 mars 2015 framgår att bolaget inte anses uppfylla det obligatoriska kravet i AFB.511 i förfrågningsunderlaget och därför inte har kvalificerat sig till utvärdering.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är ostridigt att bolaget inte har några restförda socialförsäkringsavgifter eller skatter, men att bolaget under de senaste tre åren har varit försenat med betalning av skatt vid åtminstone tre tillfällen. Frågorna i målet är dels om kommunen haft rätt att utesluta bolaget med hänvisning till de tidigare skatteskulderna, dels om bolaget kan anses ha lidit skada.

Uteslutning

AFB.51 i förfrågningsunderlaget har rubriken "Uteslutning av anbudsgivare". Kriterierna för uteslutning av leverantörer regleras

uttömmande i 10 kap. LOU. Det finns således inte utrymme för upphandlande myndighet att formulera egna kriterier för uteslutning.

I 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet. Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet (10 kap. 4 §).

Tyresö kommun har anfört att bolagets anbud inte har förkastats med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU, utan med hänvisning till kravet i AFB.511 i förfrågningsunderlaget. Kravet i AFB.511 är dock utformat på ett sätt som i stort överensstämmer med formuleringen i 10 kap. 2 §. Kommunen har emellertid utvecklat denna uteslutningsgrund genom tillägget om att anbudsgivaren inte får ha varit försenad med inbetalningar vid tre olika tillfällen under de tre senaste åren utan att det finns en godtagbar förklaring.

Även om kommunen har förtydligat vad den avser med kravet att anbudsgivaren ska ha fullgjort sina skyldigheter avseende betalningar för sociala avgifter och skatter så är det ytterst domstolen som avgör vad som avses med rekvisitetet "har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt". Det är t.ex. inte tillåtet att utesluta en anbudsgivare som gjort sig skyldig till "fel i yrkesutövningen", utan att felet är "allvarligt" (jfr 10 kap. 2 § första stycket 4).

Frågan i målet är således om kommunens formulering i AFB.511 är förenlig med ordalydelsen i 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU.

EU-domstolen har i målen C-226/04 och C-228/04 (La Cascina) uttalat bl.a. följande. Det är genom nationella regler som det ska fastställas vid vilken tidpunkt, eller inom vilket frist, de berörda måste ha fullgjort sina betalningsskyldigheter. Denna tidpunkt kan till exempel anges vara sista datumet för att inge ansökan om att få lämna anbud, det datum då inbjudan att lämna anbud skickas, sista datumet för att inkomma med anbud, det datum då den upphandlande myndigheten bedömer anbuden eller en tidpunkt som omedelbart föregår tilldelningen av kontraktet.

Huvudregeln för när ett ska-krav ska vara uppfyllt har ansetts vara vid tidpunkten för anbudsingivandet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 96-12). Även de exempel som EU-domstolen anger i "La Cascina"-domen talar för att den relevanta tidpunkten inte kan avse tid före det att upphandlingen påbörjats.

Av förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU (prop. 2009/10:180 s. 274), enligt vilken den upphandlande myndigheten ska inhämta uppgifter från Skatteverket, framgår att leverantören tidigare själv begärde ut relevanta uppgifter genom att skicka in en blankett (SKV 4820) där det bl.a. lämnades uppgifter om leverantören *har* restförda skatteskulder.

Även i litteraturen har uttalats att då det gäller bristande betalning av exempelvis skatter och avgifter, anses dessa grunder inte kunna tillämpas efter att betalning skett (Lag om offentlig upphandling – en kommentar, Jan-Erik Falk, tredje upplagan, s. 333). Uttalandet saknar dock närmare motivering.

Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning, och med hänsyn till att bestämmelsen bör tillämpas restriktivt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09), att kommunens krav i AFB.511 inte kan

anses vara förenligt med det tillåtna kriteriet för uteslutning i 10 kap.
2 § första stycket 5 LOU.

Skada

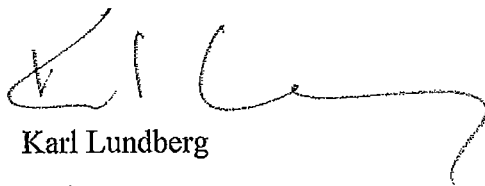
Bolaget har uppgett att om bolaget inte hade uteslutits skulle bolaget ha tilldelats kontrakt avseende fem maskiner/anbudsområden genom att vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har inte ifrågasatt detta påstående utan endast anfört att bolaget inte lidit någon skada eftersom det inte kvalificerat sig för utvärdering. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget får anses ha visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Åtgärd

Felet kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför en tillräcklig åtgärd att upphandlingen rättas på så sätt att kommunen vid kvalificeringen av anbud inte får tillämpa kravet i AFB.511 att anbudsgivaren inte får ha varit försenad med inbetalningar vid tre olika tillfällen under de tre senaste åren.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Karl Lundberg
Rådman

Mia Svärd 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 mål om övertprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

