

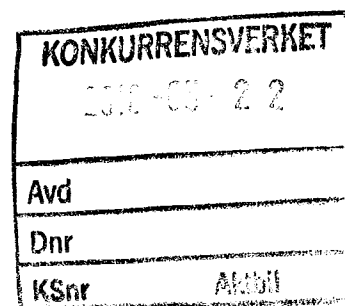


**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2018-05-18
Meddelad i Jönköping

Mål nr 3133-17



KLAGANDE

Värnamo kommun

MOTPARTER

1. EMP Storkök AB, 556646-5232
2. Tvätt & Storkök i Halland AB, 556412-8683

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 20 oktober 2017 i mål nr 3141-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 223190

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Värnamo kommun yrkar att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom. Till stöd för sin talan uppger kommunen bl.a. följande. I enlighet med bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen ska den upphandlande myndigheten alltid låta anbudsgivaren kommentera grunden för en uteslutning. Kommunen har agerat i enlighet med gällande lagstiftning och det saknas därför grund för ett ingripande mot upphandlingen.

EMP Storkök AB motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

Tvätt & Storkök i Halland AB har förelagts att yttra sig i målet men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 4 kap. 9 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning om åtgärden är förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2015/16:195 s. 446 f.) anges bl.a. följande (ej citat).

Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivbestämmelserna inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas enligt artikel 56.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) kan enligt regeringens mening sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak.

Enligt regeringens mening uttrycker direktivbestämmelserna att handlingar som har getts in av leverantörer får rättas, kompletteras eller förtydligas, om det är förenligt med principerna om öppenhet och likabehandling. Bestämmelserna torde därmed i huvudsak motsvara de nuvarande bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen

(2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. En avgörande skillnad är dock att rättelse av fel får göras enligt direktivbestämmelserna även om felet inte är uppenbart för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Den rättelse som Värnamo kommun tillät Tvätt & Storkök i Halland AB att göra utgjorde en förutsättning för att bolagets anbud skulle kunna anses uppfylla samtliga obligatoriska krav. Förfarandet innebar en otillbörlig fördel i upphandlingen för Tvätt & Storkök i Halland AB och Värnamo kommun bröt därigenom mot principen om likabehandling. EMP Storkök AB har, som förvaltningsrätten funnit, lidit eller kan komma att lida skada av detta och det fanns därför fog för det ingripande som domstolen förordnade om. Värnamo kommuns överklagande ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Kammarrättsråden Bodil Stelzer (ordförande), Göran Mattsson (referent) och Hans-Olof Hallbäck har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Håkan Jöngren 



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-10-20
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3141-17

SÖKANDE

EMP Storkök AB, 556646-5232
Box 1087
262 22 Ängelholm

MOTPARTER

1. Värnamo kommun
331 83 Värnamo

2. Tvätt & Storkök i Halland AB, 556412-8683
Växjövägen 24
331 42 Värnamo

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom ny anbudsprövning. Vid den ska anbudet från Tvätt & Storkök i Halland AB förkastas.

BAKGRUND

Värnamo kommun har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som i huvudsak gäller ramavtal för Värnamo, Gislaveds och Gnosjö kommuners samt fastighetsbolaget Järnbärarens löpande behov av storköksutrustning (dnr UHN.2017.69). Genom tilldelningsbeslut har anbudet från Tvätt & Storkök i Halland AB antagits. EMP Storkök AB har ansökt om överprövning.

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. att leverantören ska lämna en egen försäkran genom att fylla i och bifoga blanketten ”ESPD-request”.

Dok.Id 240324

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN

EMP Storkök AB (EMP) vill i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Värnamo kommun anser att ansökan ska avslås.

Tvätt & Storkök i Halland AB (TSHAB) anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

EMP Storkök AB

I blanketten ESPD-request anges bl.a. följande:

Förlitar sig den ekonomiska aktören på andra enheters kapacitet för att uppfylla urvalskriterierna i del IV och de eventuella kriterier och regler som anges i del V nedan?

- Ja
- Nej
- Fyll i ett separat formulär för upphandlingsdokumentet med den information som krävs enligt avsnitt A och B i denna del och i del III för var och en av enheterna i fråga. Formulären ska vara korrekt ifyllda och undertecknade av berörda enheter.

Observera att detta också omfattar tekniker och tekniska organ som inte direkt tillhör den ekonomiska aktörens företag, i synnerhet sådana som ansvarar för kvalitetskontroll och, i fråga om offentliga byggtreprenadkontrakt, de tekniker och tekniska organ som den ekonomiska aktören kan anlita för att genomföra byggtreprenaden.

TSHAB har besvarat den ovan angivna frågan med ja, men har inte lämnat något sådant formulär som enligt instruktionerna ska bifogas vid ja-svar. Därmed har TSHAB inte uppfyllt det obligatoriska kravet på att bifoga en egen försäkran. Denna brist har inte kunnat läkas genom begäran om för-

tydligande utan att de krav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU åsidosätts. Eventuell kunskap som kommunen har om den lokala leverantören ska inte kunna vägas in i utvärderingsprocessen. EMP håller inte med om att instruktionerna för hur ESPD-blanketten ska fyllas i är otydliga.

Värnamo kommun

ESPD-blanketten är ny och innehåller många frågor. Det är lätt att svara fel på frågorna eftersom det går att tolka dem på olika sätt. De flesta leverantörer är beroende av andra företags kapacitet på något sätt. Därför har kommunen begärt ett förtydligande från TSHAB genom att fråga om svaret ja på den aktuella frågan i ESPD-blanketten är korrekt. TSHAB har då meddelat att svaret på den aktuella frågan ska vara nej och att bolaget har tillräcklig egen kapacitet för att uppfylla kraven.

Tvätt & Storkök i Halland AB

Frågorna i ESPD-blanketten har fyllts i efter bästa förmåga. I efterhand har det framkommit att svaret på en av frågorna i dokumentet blivit fel. Det bör beaktas att uttrycket ”beroende av andra ekonomiska aktörer” kan tolkas på olika sätt. Bolaget kan exempelvis anses vara beroende av checkkredit från sin bank och av leveranser från alla de leverantörer som det köper utrustning från.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Av 4 kap. 1–3 §§ LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från

lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma 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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

En leverantör som lämnar ett anbud får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–3 §§ LOU för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen, att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§ LOU och att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 § LOU. Om leverantören åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU, ska leverantörens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. En försäkran av aktuellt slag ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 LOU-direktivet¹. Detta framgår av 15 kap. 1 § LOU.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Europeiska kommissionen har i en genomförandeförordning² fastställt ett sådant standardformulär som avses i 15 kap. 1 § LOU. Genomförandeförordningen innehåller två artiklar som reglerar ikraftträdandet. Vidare innehåller den två bilagor. Bilaga 2 innehåller det standardformulär som ska användas för utarbetandet av det enhetliga upphandlingsdokumentet och bilaga 1 innehåller anvisningar om användningen av det enhetliga upphandlingsdokumentet. På engelska benämns det enhetliga upphandlingsdokumentet European Single Procurement Document (ESPD).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärder av detta slag ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet. Detta framgår av 4 kap. 9 § LOU.

Uppfyller TSHAB:s anbud i ursprungligt skick de obligatoriska kraven?
Förvaltningsrätten har i första hand att pröva är om de uppgifter som TSHAB lämnat i standardformuläret för det enhetliga upphandlingsdokumentet innebär att dess anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Den fråga i standardformuläret som är aktuell i målet finns i del II, avsnitt C, under rubriken ”Extern kapacitet”. Frågan har följande lydelse: ”Förlitar sig den ekonomiska aktören på andra enheters kapacitet för att uppfylla urvalskriterierna i del IV och de eventuella kriterier och regler som anges i del V nedan?”

Frågan kan besvaras med ja eller nej. Om den besvaras med ja ska ett separat formulär för det enhetliga upphandlingsdokumentet fyllas i.

² Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet.

Standardformuläret för det enhetliga upphandlingsdokumentet använder samma termer och begrepp som LOU-direktivet. I LOU är termerna och begreppen däremot delvis annorlunda. I stället för ”den ekonomiska aktören” talas antingen om ”leverantören” eller ”anbudsgivaren”. I stället för ”andra enheters kapacitet” heter det i LOU ”andra företags kapacitet”. Ordet ”kvalificeringskrav” används i stället för ”urvalskriterier”. Dessa språkliga skillnader kan dock inte på något beaktansvärt sätt anses försvåra förståelsen av standardformuläret för det enhetliga upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten anser att standardformuläret inte heller i övrigt är oklart på så sätt att ett felaktigt ifyllande av det kan godtas.

Den i målet aktuella frågan i standardformuläret knyter väl an till 15 kap. 1 § andra stycket LOU. Kravet på en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas har i sin tur betydelse för anbudsprövningen på sätt att den upphandlande myndigheten då har möjlighet att begära in utredning som visar att dessa företag inte omfattas av någon uteslutningsgrund och uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav (se bl.a. 15 kap. 3–6 §§ LOU).

TSHAB har svarat ja på frågan om bolaget ”förlitar sig på andra enheters kapacitet för att uppfylla urvalskriterierna i del IV och de eventuella kriterier och regler som anges i del V nedan”. Bolaget har därmed meddelat att det inte har tillräcklig egen kapacitet för att uppfylla samtliga i upphandlingsdokumenten uppställda obligatoriska krav avseende ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. I stället kommer kraven att uppfyllas genom att bolaget kommer att kunna förfoga över nödvändiga resurser hos andra företag när kontraktet ska fullgöras. Bolaget kommer således att tillgodoräkna sig extern kapacitet för att uppfylla upphandlingens obligatoriska krav. Det har dock inte lämnat in något separat enhetligt upphandlingsdokument (särskild försäkran) för något annat företag vars kapacitet åberopas. Enligt förvaltningsrättens mening har TSHAB därmed inte uppfyllt upphandlingsdokumentens obligatoriska krav på att lämna

en försäkran (enhetligt upphandlingsdokument) som preliminärt kan godtas som bevis för att TSHAB inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som kommunen ställt (se 15 kap. 2 § LOU).

Har bristen i TSHAB:s anbud kunnat läkas genom rättelse?

Frågan är därmed om bristen i TSHAB:s anbud har kunnat läkas genom förtydligande, komplettering eller rättelse enligt 4 kap. 9 § LOU. Kommunen har frågat om det svar som TSHAB lämnat i standardformuläret för det enhetliga upphandlingsdokumentet är korrekt, och bolaget har svarat att det tidigare lämnade ja-svaret ska ändras till nej. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening inte ses som en begäran om respektive lämnande av ett förtydligande eller en komplettering. I stället måste det ses som en rättelse.

Genom 4 kap. 9 § LOU genomförs artikel 56.3 LOU-direktivet, som reglerar situationen att information eller dokumentation som ska lämnas av de ekonomiska aktörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller att särskilda dokument saknas. Det anges att den upphandlande myndigheten i en sådan situation, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt som genomför direktivet, får begära att de berörda ekonomiska aktörerna lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation inom en lämplig tidsfrist, förutsatt att en sådan begäran görs i full överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet.

EU-domstolen har uttalat att likabehandlingsprincipen under vissa förutsättningar inte utgör hinder för att anbud ändras på vissa punkter när det handlar om uppenbara sakfel, uppenbara materiella fel eller att det är uppenbart att anbudet behöver klargöras (se t.ex. EU-domstolens domar den 11 maj 2017 i mål C-131/16, *Archus och Gama*, punkt 29, och den 10 oktober 2013 i mål C-336/12, *Manova*, punkt 32).

Rättsfallen från EU-domstolen har dock avsett tidigare gällande upphandlingsdirektiv. I förarbetena till LOU anges bl.a. följande (prop. 2015/16:195 s. 446–447). Regleringen i LOU-direktivet avviker något från den i 2004 års LOU-direktiv, där det endast föreskrivs att den upphandlande myndigheten får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga vissa typer av inlämnade certifikat och handlingar. Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivsbestämmelsen inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas enligt artikel 56.3 LOU-direktivet kan enligt regeringens mening sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak. Bestämmelserna torde i huvudsak motsvara de nuvarande i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. En avgörande skillnad är dock att rättelse av fel får göras även om felet inte är uppenbart för den upphandlande myndigheten. Möjligheterna till rättelse av fel, förtydligande och komplettering enligt de nya lagarna bör motsvara vad som gäller enligt direktivsbestämmelserna.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det finnas ett visst utrymme för att godta rättelser av felskrivningar även om de inte är uppenbara. Bedömningen av om det är möjligt måste dock göras utifrån felets karaktär. Den rättelse som TSHAB gjort innebär att bolaget lämnat nya sakuppgifter av avgörande betydelse för prövningen av om dess anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att begära och tillåta den typen av rättelser om de inte avser uppenbara fel.

Det är visserligen uppenbart att något blivit fel när TSHAB fyllt i standardformuläret för det enhetliga upphandlingsdokumentet. Frågan är emellertid om det också är uppenbart att ja-svaret på den aktuella frågan var en fel-

skrivning. Enligt förvaltningsrättens mening kan så inte anses vara fallet för den som sedan tidigare saknar kännedom om den verksamhet som TSHAB bedriver. Kommunen har därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen när den begärt och tillåtit den aktuella rättelsen.

Avslutande slutsatser

Eftersom EMP kom på andra plats vid anbudsutvärderingen, har kommunens agerande inneburit att EMP lidit eller kunnat komma att lida sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LOU. Det finns således förutsättningar för att besluta om ingripande. Eftersom felet i upphandlingen inte hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, är det tillräckligt att det sker genom rättelse. Förvaltningsrätten beslutar därför att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom ny anbudsprovning. Vid den ska anbudet från Tvätt & Storkök i Halland AB förkastas.

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

Albert Pettersson

Förvaltningsrättsfiskalen Albert Pettersson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.