



**SÖKANDE**

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

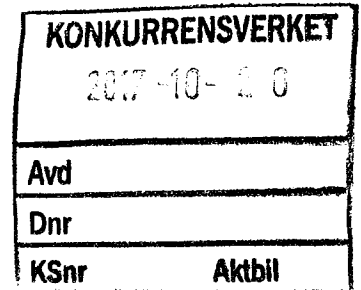
**MOTPARTER**

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 Järnbärens 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**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00  
**E-post:** forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
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 under-tecknade 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-direktivet<sup>1</sup>. Detta framgår av 15 kap. 1 § LOU.

---

<sup>1</sup> 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 genomförandeförordning<sup>2</sup> 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 upphandlingsdokument 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.

---

<sup>2</sup> 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-

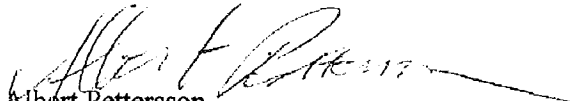


skrivning. Enligt förvaltningsrättens mening kan så inte anses vara fallet för den som sedan tidigare saknar kännedom om den verksamhet som TSHAB bedriver. Kommunen har därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen när den begärt och tillåtit den aktuella rättelsen.

*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 anbudsprövning. 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.

