



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2021-06-24
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3996-21

SÖKANDE

Forcit Consulting AB, 556811-9357

Ombud:

Mikael Rendahl

MOTPART

Halmstads kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Halmstads kommuns upphandling av Tekniska konsulter 2020 – Teknik och fastighet – Rangordning – Teknikområde 13 Riskanalys och vibrationskontroll, KS 2021/00090, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering.

Dok.Id 779322

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Halmstads kommun genomför en upphandling av *Tekniska konsulter 2020 – Teknik och fastighet – Rangordning – Teknikområde 13 Riskanalys och vibrationskontroll, KS 2021/00090*.

Av tilldelningsbeslut den 25 mars 2021 framgår att Forcit Consulting AB:s anbud har förkastats då det inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav gällande form och innehåll.

YRKANDEN M.M.

Forcit Consulting AB (bolaget) 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 att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har förkastat bolagets anbud med motiveringen att krav gällande AUB.31 Anbuds form och innehåll inte uppfylls då anbudet endast hänvisat till bifogade bilagor. Bolaget har under punkt 6. Anbudsformulär hänvisat till tre bifogade bilagor. Den första bilagan utgör en kreditupplysning, den andra bilagan avser en företagspresentation för att uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet och den tredje bilagan avser en begäran om sekretess avseende uppgifter i anbudet. – Gällande den bifogade kreditupplysningen kan det av AUB.51 konstateras att det är kommunen som ska inhämta kreditupplysningen till styrkande av att kravet är uppfyllt. Det är endast om anbudsgivaren inte uppfyller kravet som anbudsgivaren är skyldig att redovisa något. Som framgår av bolagets kommentar i anbudsformuläret samt av bifogad kreditupplysning är kravet på ekonomisk ställning uppfyllt. Med hänsyn härtill har det inte funnits något obligatoriskt krav innebärande att bolaget skulle ha redovisat något. Dessutom kan en kreditupplysning från

tredje part svårligen återges i ett fritextfält i anbudsformuläret. Att bolaget har bifogat en kreditupplysning kan mot bakgrund av det anförda inte föranleda att bolagets anbud ska förkastas. – Beträffande den bilaga som bolaget bifogat med anbudet innehållande en begäran om sekretess framgår av punkt AUB.55 i upphandlingsdokumentet att ett uteblivet svar eller ett ofullständigt svar endast medför att anbudet kan komma att lämnas ut i sin helhet. Det är därmed inte på något sätt fråga om ett obligatoriskt krav i den meningen att en avvikelse resulterar i att anbudet ska förkastas. Det förhållandet att bolaget har angett sin begäran om sekretess i en bilaga i stället för i det avsedda fritextfältet kan som mest innebära att bolagets sekretessbegäran lämnas utan avseende. Med anledning härav är det inte fråga om en brist i anbudet som kan få konsekvensen att anbudet ska förkastas. – När det gäller den bilaga som bolaget har bifogat med anbudet innehållande en företagspresentation är det i och för sig, till skillnad från ovanstående, fråga om obligatoriska uppgifter som ska lämnas till styrkande av att kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är uppfyllt enligt AUB.51 i upphandlingsdokumentet. En sådan oväsentlig och bagatellartad avvikelse från ett krav kan dock inte i sig innebära att anbudet ska förkastas. Det aktuella kravet i AUB.31 på att ange svar direkt i det avsedda svarsfältet, i stället för i bilaga, avser endast hur en del av anbudet ska struktureras. Det är inte fråga om att bolaget inte har lämnat efterfrågade uppgifter i sitt anbud. Således är det en ordningsföreskrift som saknar betydelse i konkurrenshänseende och att förkasta anbudet på dessa grunder strider mot proportionalitetsprincipen. Föreskriften att inte ange svar i bilaga har inte en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen, nämligen att utföra riskanalys och vibrationskontroll vid sprängningsarbeten. En brist i detta avseende kan inte rimligen leda till att anbudet ska uteslutas. Bolaget har offererat lägst pris i upphandlingen. För det fall bolagets anbud vid en ny rättad utvärdering ska beaktas kommer bolaget således att tilldelas ramavtal där bolaget rangordnas på första plats. Detta innebär att bolaget med allra största sannolikhet kommer att erhålla avrop och har genom detta visat att

bolaget har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av kommunens förfarande.

Halmstads kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Påståendet att kommunen har brutit mot proportionalitetsprincipen i LOU, genom att ha förkastat bolagets anbud på grund av en oväsentlig och bagatellartad avvikelse från en ordningsföreskrift, bestrids. Kommunen har i stället förfarit helt korrekt och i enlighet med upphandlingsdokumentets obligatoriska krav i punkten AUB.31 och därmed förkastat anbudet. Bolaget har, vilket är ostridigt i målet, hänvisat till en bilaga innehållande den aktuella företagspresentationen och har därigenom inte uppfyllt kravet i ovan nämnd punkt. Något mellanting mellan obligatoriska krav och utvärderingskriterier, av bolaget benämnda ”ordningsföreskrifter”, framgår inte av nu aktuellt upphandlingsdokument och finns inte heller i LOU. Det framgår klart och tydligt att kravet i punkten AUB.31 är ett obligatoriskt krav och att bristande uppfyllelse medför att anbudet förkastas. Förutom bristande uppfyllelse av kravet i punkten AUB.31 avseende företagspresentationen, har bolaget även hänvisat till en bilaga kopplat till sin begäran om sekretess. Andra stycket i AUB.55 anger klart och tydligt var bolagets begäran om sekretess ska anges, och tillsammans med ställda krav i AUB.31 utgör detta obligatoriska krav gällande anbudets form och innehåll, vilka måste vara uppfyllda för att gå vidare till utvärdering. Bolaget har här alltså endast hänvisat till en bilaga vilket gör att kravet i andra stycket AUB.55 inte är uppfyllt. Av det ovan anförda följer således att bolagets anbud brister i kravuppfyllelse i två avseenden när det gäller det obligatoriska kravet i AUB.31. Att vid sådant förhållande underlåta att förkasta anbudet skulle i stället medföra att kommunen gjorde sig skyldig till brott mot den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen. När det sedan gäller den aktuella kreditupplysningen har bolaget valt att självmant bifoga en bilaga trots att kommunen inte begärt detta vid uppfyllelse av kravet avseende ratingnivå. Det som kommunen har anført ovan har klart

och tydligt stöd i och bekräftas av bl.a. HFD 2016 ref. 37. Högsta förvaltningsdomstolen fastslog här att likabehandlingsprincipen innebär att obligatoriska krav alltid är just obligatoriska och därmed måste upprätthållas strikt enligt sin ordalydelse.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 (4 kap. 1 § LOU).

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

Förvaltningsrättens bedömning

Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunen har haft fog för att förkasta bolagets anbud i upphandlingen på grund av att det inte uppfyllt krav på anbuds form och innehåll gällande ekonomisk ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet samt sekretessbegäran.

Av avsnittet AUB.31 Anbuds form och innehåll i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande:

Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal krav som måste uppfyllas, s.k. obligatoriska krav (skallkrav). Uppfylls inte dessa krav både avseende anbudsgivare

och anbud kan inte anbudet prövas. [...] Fritextsvar skall lämnas direkt i förfrågningsunderlaget. Hänvisning till bilagor där det inte särskilt efterfrågas accepteras inte. Svar som enbart finns i bilagor medför att anbudet inte utvärderas.

Av avsnitt 6. Anbudsformulär i upphandlingsdokumentet anges jämte fritextfält bl.a. följande:

AUB.51 Ekonomisk ställning – Vid lägre rating än 40 hos Creditsafe ska förklaring lämnas här till hur kravet på ekonomisk ställning uppfylls exempelvis genom moderbolag/garant (beställaren kan komma att begära intyg).

AUB.51 Teknisk och yrkesmässig kapacitet – Beskrivning.

AUB.55 Eventuell begäran om sekretess inkl. motivering. Uppgifterna ska preciseras avseende vilket stycke och mening/ord eller liknande som avses.

I avsnitt AUB.31 anges bl.a. att fritextsvar ska lämnas direkt i upphandlingsdokumentet och att hänvisning till bilagor inte accepteras och att svar som enbart finns i bilagor medför att anbudet inte kommer att utvärderas. Förvaltningsrätten anser att även om detta krav endast är av ordningskaraktär måste det anses ha utformats som ett obligatoriskt krav.

Upphandlingsdokumenten i en upphandling utgör en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av upphandlingsdokumenten se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är såpass viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37 I–II).

Vid upphandling ska vidare proportionalitetsprincipen tillämpas. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i upphandlingsdokumenten ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (jfr RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

Förvaltningsrätten anser att kravet i AUB.31 är tillräckligt tydligt och att det klart framgår att svar ska lämnas i avsedda fält i upphandlingsdokumentet. Kommunen har inte redogjort för syftet med kravet och har inte visat varför kravet har varit nödvändigt att ställa. Förvaltningsrätten bedömer ändå att kravet inte kan anses ha varit betungande för en anbudsgivare att uppfylla. Kravet har sannolikt inte heller fått en potentiell anbudsgivare att avstå från att lämna anbud. Det är därmed inte i sig oproportionerligt att ställa ett sådant krav (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 29 januari 2021 i mål nr 3025-20).

För att ett krav ska vara obligatoriskt att uppfylla måste det emellertid också ha en tydlig och adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen (jfr HFD 2016 ref. 37 I-II). Frågan är då om kravet har den adekvata koppling till upphandlingsföremålet som krävs för att kravet ska kunna upprätthållas eller om kommunen utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen skulle ha godtagit anbudet. Till bolagets anbud har det i avsedda fritextfält för svar angivits hänvisningar till bilagor gällande ekonomisk ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet samt sekretessbegäran. Det har inte framkommit annat än att den information som lämnats i bilagorna är samma

information som skulle ha angivits i fritextfälten i anbudsformuläret. Kravet på att svaren ska anges i fritextfälten i anbudsformuläret kan därmed inte anses ha den adekvata kopplingen till ändamålet med upphandlingen, nämligen att utföra riskanalyser och vibrationskontroller i samband med entreprenader, att brister i detta hänseende kan leda till att anbudet ska uteslutas (jfr Kammarrättens i Göteborg ovannämnda avgörande i mål nr 3025-20). Då det därtill är fråga om ett förhållandevis begränsat antal uppgifter har kommunen inte heller behövt leta efter den efterfrågade informationen i upphandlingsdokumentet (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 30 januari 2017 i mål nr 2896-16).

Till följd av detta bedömer förvaltningsrätten att det skulle vara oproportionerligt att förkasta bolagets anbud i upphandlingen endast på den grunden att svaren lämnats i bilagor och inte i fritextfält (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 10 november 2020 i mål nr 5727-20). Det står inte heller i strid med likabehandlingsprincipen att i ett fall som detta godta bolagets lämnade anbud. Kommunens agerande har också lett till att bolaget har lidit skada. Bolagets ansökan ska därför bifallas.

Det har i upphandlingen inte varit fråga om sådana brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet och som medför att upphandlingen måste göras om. Det är i stället tillräckligt att ingripande sker genom rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras, varvid de svar som bolaget har lämnat i bilagor gällande punkterna AUB.51 och AUB.55 avseende ekonomisk ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet samt sekretessbegäran i anbudsformuläret ska beaktas även om de har besvarats genom bilagor och inte i avsedda fritextfält.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 nyårs-afton, 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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.