



KLAGANDE

Svensk Storköksservice AB, 556672-3804

Ombud: [REDACTED]

MOTPART

Kristianstads kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 29 juni 2022 i mål nr 6725-21,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Svensk Storköksservice AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget vidhåller det som anförts i förvaltningsrätten och tillägger följande.

Elbehörighetskravet är inte tydligt. Vidare anger elbehörighetskravet ”BB1, BB2 eller motsvarande”. Förvaltningsrätten gör ingen bedömning av vad som skulle kunna motsvara B-auktorisering. Bolaget uppfyller samtliga krav som ställs i elsäkerhetslagen (2016:732) och övrig reglering på området. Den nivå som bolagets offererade servicetekniker har, dvs. att personen

omfattas av bolagets egenkontrollprogram enligt kraven i elsäkerhetslagen, är fullt ut att jämställa med B-auktorisering.

Förvaltningsrätten har missuppfattat omfattningen av det arbete som den personal som offereras i upphandlingen ska utföra. Förvaltningsrätten har, baserat på vad kommunen ensidigt anfört, angett att leverantören bland annat ska sätta upp och flytta ljusarmaturer, elkopplare och uttag med tillhörande kablar, samt förlägga och ansluta kablar. Något sådant arbete förekommer över huvud taget inte i upphandlingen.

Vad gäller bristande proportionalitet gör kommunen och förvaltningsrätten gällande att kommunen har rätt att ställa högre krav än vad elsäkerhetslagen anger. Det krävs i sådant fall att dessa högre krav är förenliga med proportionalitetsprincipen.

Det sätt som elbehörighetskravet nu tillämpats på är inte vanligt förekommande i upphandlingar. Det finns inte heller särskilda förhållanden som kräver att en av de offererade serviceteknikerna måste vara auktoriserad.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att några mindre ingripande alternativ inte föreligger, dvs. att kravet är nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet.

I AFB.33 anges följande. ”Anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud till 2021-09-10. För den händelse överprövning av upphandlingen pågår vid giltighetstidens utgång, förlängs anbudets giltighetstid med den tid som överprövningen pågår, dock längst med ytterligare 4 månader.”

Av vad som anges i AFB.33 följer att anbudens giltighetstid som längst ska löpa till och med den 10 januari 2022. Det föreligger alltså inga giltiga anbud i upphandlingen, och det är inte heller möjligt att förlänga något av dem till följd av det som anges i AFB.33.

Det är enligt fast praxis inte tillåtet att ingå avtal med en leverantör vars anbud inte är giltigt. Kommunen har således inte möjlighet att ingå avtal med de vinnande leverantörerna, och upphandlingen måste därför avbrytas och göras om.

Bolaget riskerar att lida skada.

Kristianstads kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Förvaltningsrätten har gjort en korrekt bedömning vad gäller att kommunen inte har brutit mot bestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling på ett sådant sätt att bolaget därigenom har riskerat skada och skäl för ingripande föreligger därmed inte.

Sedvanerättsliga principer är tillämpliga i frågor om anbudens giltighet och innehåll. En förlängning av ett anbuds giltighetstid är därför främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna.

Enligt praxis föreligger inget hinder för att ett anbuds giltighetstid förlängs efter att anbudets tidigare giltighetstid gått ut. Anbudets giltighetstid är således ingen grund för att upphandlingen måste göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Är anbudet inte längre giltigt?

Bolaget gör i kammarrätten gällande att upphandlingen måste göras om på grund av att det inte längre finns några giltiga anbud, eftersom alla anbuds giltighetstid gått ut som en följd av formuleringen i punkten AFB.33 i de administrativa föreskrifterna.

Enligt punkten AFB.33 ska anbudsgivare vara bunden av sitt anbud till den 10 september 2021. För den händelse överprövning av upphandlingen pågår vid giltighetstidens utgång, förlängs anbudets giltighetstid med den tid överprövningen pågår, dock längst med ytterligare fyra månader.

Den tid som anges i förfrågningsunderlaget är den längsta tid som anbudsgivare obligatoriskt är bundna av sitt anbud. När den tiden passerat finns det inget som hindrar att giltighetstiden förlängs ytterligare. Om så ska ske är främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Formuleringen i förfrågningsunderlaget utgör inget hinder mot detta.

Vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet hade den angivna tiden inte gått ut, utan anbuden var fortfarande giltiga. I målet finns inga uppgifter om ifall kontakter därefter har tagits mellan upphandlande myndighet och anbudsgivarna i fråga om förlängning av anbudstiden. Utredningen visar inte att samtliga anbudsgivare har vägrat att förlänga giltighetstiden för sina anbud. Det är därmed inte visat att samtliga anbud i upphandlingen är ogiltiga. Det finns därför inte skäl att göra om upphandlingen på den grunden.

Kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2022 ref. 4 framgår att en leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga redan under anbudstiden bör vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor och begära förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta kan kravet på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt.

Av utredningen i målet framgår inte att bolaget har ställt några frågor eller begärt förtydliganden innan anbudstidens utgång. Redan av detta skäl har bolaget inte lidit någon skada i fråga om utformningen av kravet i AFB.52.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att kravet innebär att anbudsgivaren ska offerera minst en namngiven auktoriserad servicetekniker samt att den lägsta auktorisationstypen räcker för att uppfylla kravet. Det är ostridigt i målet att bolaget inte offererat en sådan servicetekniker.

Är kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet oproportionerligt?
Förvaltningsrätten har bedömt att eftersom alla elinstallationsföretag som utövar egenkontroll enligt ett egenkontrollprogram måste ha minst en auktoriserad elinstallatör kan kommunens krav på att minst en auktoriserad servicetekniker ska offereras inte anses vara oproportionerligt. Kammarrätten instämmer i den bedömningen.

Sammanfattningsvis ska överklagandet avslås.

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

Niclas Falkendal

Eva Römbo

Sonja Huldén
referent
(skiljaktig)

/Jennie Wenneberg

Sonja Huldéns skiljaktiga mening

När det gäller frågan om kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet är oproportionerligt gör jag följande bedömning.

Det är ostridigt att det krav som ställs i upphandlingen är mer långtgående än de krav som finns i elsäkerhetslagen. Frågan är då om upphandling har genomförts i enlighet med principen om proportionalitet.

Kommunen anför att dess ansvar för att det inte uppstår säkerhetsrisker i samband med service och reparationer är stort. Detta ansvar är dock inte större än det som enligt 6 § elsäkerhetslagen åligger någon annan som innehar en starkströmsanläggning och utgör därmed inte skäl att frångå elsäkerhetslagens krav.

Inte heller kravet i upphandlingen att inställetiden vid akuta fel får vara högst två timmar utgör skäl att frångå elsäkerhetslagens krav.

Förvaltningsrätten har bedömt att eftersom alla elinstallationsföretag som utövar egenkontroll enligt ett egenkontrollprogram måste ha minst en auktoriserad elinstallatör kan kommunens krav på att minst en auktoriserad servicetekniker ska offereras inte anses vara oproportionerligt. Jag delar inte denna bedömning. Om ett elinstallationsföretag i sin personal har endast en auktoriserad elinstallatör, men andra elinstallatörer utan auktorisation, är det inte rimligt att förutsätta att just den auktoriserade installatören ska utföra arbetet i den aktuella upphandlingen – för att företaget ska kunna åta sig uppdrag från flera kunder måste alla anställda elinstallatörer kunna tilldelas uppdrag, inte bara den auktoriserade.

Jag anser därför att kravet inte är proportionerligt. Bolagets anbud har därmed felaktigt förkastats och bolaget har lidit skada. Frågan är då om bolaget har kunnat minska sin skada.

I det ovan nämnda avgörandet HFD 2022 ref. 4 finns inte stöd för att det när det gäller frågor om bristande proportionalitet krävs att en leverantör redan under anbudstiden vänder sig till den upphandlande myndigheten och ställer frågor samt begär kompletteringar och förtydliganden. Några ytterligare krav på att bolaget skulle ha vidtagit åtgärder för att minska sin skada kan därför inte ställas.

Enligt min uppfattning ska upphandlingen således göras om.



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 (söndagsregeln).

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 (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 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 upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e 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 nå 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.