



**KLAGANDE**  
Malmö kommun  
205 80 Malmö

**MOTPART**  
HNA Storköksservice AB, 556782-2746  
Farhultsvägen 396  
263 95 Farhult

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**  
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 10 maj 2013 i mål nr 1431-13,  
se bilaga A

**SAKEN**  
Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-02-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

### KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

### YRKANDEN M.M.

*Malmö kommun* yrkar i första hand att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår HNA Storköksservice AB:s (HNA) ansökan om överprövning. I andra hand yrkar kommunen att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återförvisar målet till förvaltningsrätten för ny handläggning. Till stöd för sin talan anför kommunen följande. Den ifrågavarande upphandlingen genomfördes enligt 4 kap. 2 och 6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) sedan den föregående upphandlingen avbrutits p.g.a. bristande konkurrens, då endast ett (HNA:s) anbud återstod att utvärdera. Sakligt skäl för avbrytande förelåg således.

I enlighet med förvaltningsrättens dom får bedömningen huruvida anbud är olämpliga enligt 4 kap. 5 § 1 LOU respektive ogiltiga enligt 4 kap. 2 § 1 och 6 § LOU olika rättsföljder. Kommunen har i förvaltningsrätten felaktigt hänvisat till 4 kap. 5 § 1 LOU, men har argumenterat utifrån 4 kap. 2 § 1 och 6 § LOU. Några nya omständigheter har således inte anförts i kammarrätten. Det är orimligt om upphandlingen ska göras om p.g.a. felhänvisningen till 4 kap. 5 § 1 LOU, då upphandlingen skett i enlighet med LOU. Eftersom HNA valt att inte delta i den nu aktuella upphandlingen är skaderekvisitet inte uppfyllt. För det fall kammarrätten finner sig förhindrad att pröva målet gentemot 4 kap. 2 § 1 och 6 § LOU bör målet, mot bakgrund av att förvaltningsrättens prövning gjorts endast gentemot bestämmelsen i 4 kap. 5 § 1 LOU, återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning.

*HNA* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Förvaltningsrätten har dömt över vad som anförts i målet. Enligt rättspraxis måste officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling och sökanden i mål om offentlig upphandling har ett särskilt ansvar att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69). Samma ansvar åvilar kommunen i förevarande situation. Då kommunen under processen argumenterat utifrån bestämmelsen i 4 kap. 5 § 1 LOU är kammarrätten förhindrad att lägga annan information till grund för sitt avgörande. Genom de nya grunder som anføres i kammarrätten ändras saken för rättens bedömning. Det är bl.a. av processekonomiska skäl inte skäligt att kommunen först i andra instans anför nya skäl vilka leder till helt andra rättsföljder än vad prövningen i första instans gav för handen.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Enligt 16 kap. 4 § LOU får en upphandling överprövas efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande

principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

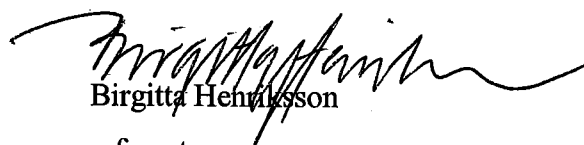
Bestämmelsen i 16 kap. 4 §, som reglerar talerätten, utgår från sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada, medan sökandens uppfattning om skada eller risk för skada inte är tillräcklig för att domstol ska ingripa mot en upphandling enligt 16 kap. 6 §. För att domstol ska förordna om sådant ingripande krävs att sökanden visar att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats. HFD har i mål där sökanden invänt att upphandlande myndighet tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande konstaterat att, eftersom sökanden inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande medfört skada eller risk för skada för sökanden, det saknats anledning att pröva huruvida den upphandlande myndigheten tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande eller ej och funnit att ansökan om överprövning skulle avslås (HFD 96-13).

I målet har framkommit att HNA via e-post inbjudits att delta i den aktuella upphandlingen. HNA deltog dock inte i upphandlingen. Mot bakgrund härav och då HNA inte anförts på vilket sätt kommunens val av upphandlingsförfarande medfört skada eller risk för skada för bolaget saknas det förutsättningar för att förordna om ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.

  
Göran Bodin

  
Birgitta Hennelsson  
referent

  
Eva Römbö

  
/Elin Strand



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**  
**2013-05-10**  
Meddelad i  
Malmö

*Bilaga A*  
Mål nr  
1431-13

Sida 1 (6)

**SÖKANDE**

HNA Syd AB, 556782-2746  
Farhultsvägen 396  
263 93 Höganäs

**MOTPART**

Malmö stad  
205 80 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att Malmö stads upphandling av storköksutrustning med service geografiskt område 1 och 2 ska göras om.

---

Dok.Id 147006

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00

**Telefax**  
040-97 24 90

**E-post:** [forvaltningsrattenimalmo@dom.se](mailto:forvaltningsrattenimalmo@dom.se)

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## **BAKGRUND**

Malmö stad genomför upphandling av storköksutrustning med service geografiskt område 1 och 2. Upphandlingen genomförs med förfarande förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 5 februari 2013 ska kontraktet tilldelas Bravida Sverige AB (Bravida). Den nu aktuella upphandlingen har föregåtts av en upphandling som genomförts med öppet förfarande och som har avbrutits av Malmö stad den 9 januari 2013. Motiveringen till avbrytandet var att konkurrensen ansågs som bristfällig eftersom endast två anbud kommit in (Bravidas och HNA Syd AB:s) varav ett (Bravidas) har diskvalificerats.

## **YRKANDE OCH INSTÄLLNING**

HNA Syd AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att utvärderingen avseende delområde 1 och 2 ska göras om utan beaktande av anbudet från Bravida. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan.

## **OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKAN OCH KOMMUNENS INSTÄLLNING**

Till stöd för ansökan anför HNA Syd AB i huvudsak följande. Staden har använt sig av ett otillåtet förfarande och HNA Syd AB har till följd härav lidit skada. Det föreligger inga omständigheter som medger tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vad som anförs för tillåtligheten av förfarandet är oklart med hänsyn till att det inte angivits i utvärderingsprotokollet eller inbjudan till förhandling. Det ankommer på Staden att redovisa skälen. Bolagets anbud för de båda delområdena 1 och 2 var det enda som kvalificerade sig till utvärdering i den föregående upphandlingen och

skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet. HNA Syd AB har gett ett korrekt anbud i upphandlingen. HNA Syd AB har heller inte fått någon information om att en ny upphandling påbörjats. Enligt Staden har e-postmeddelande med en inbjudan till förhandlat förfarande skickats till företrädare för bolaget men någon bevakning har inte skett då den förra upphandlingen varit avslutad.

Malmö stad invänder bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och sökanden har inte lidit eller riskerat att lida skada. Staden startade den pågående upphandlingen med förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU genom att via e-post skicka en specifik inbjudan att delta till de två anbudsgivare som deltagit i den föregående upphandlingen. HNA Syd AB lämnade inte något svar, vilket medför att bolaget inte deltar i den pågående upphandlingen. I samband med att HNA Syd AB ansökte om överprövning av den tidigare upphandlingen genom vilken Bravida tilldelades kontrakt på grund av att Bravida, enligt föreskriven tilldelningsgrund lämnat lägsta pris, konstaterade Staden emellertid att tilldelningsbeslutet inte var i överensstämmelse med LOU. Staden hade godkänt två grytor som avvek avseende godtagbara mått. Staden återtog därför detta tilldelningsbeslut och avbröt upphandlingen. Innan staden fattade beslut om att avbryta granskades anbudet från HNA Syd AB. Det konstaterades då att anbudet inte uppfyllde ställda krav avseende produktinformation och därmed inte var möjligt att utvärdera.

Staden har genom att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering gett sökanden och anbudsgivaren Bravida möjlighet att korrigera vissa detaljer avseende tidigare lämnat anbud. Staden har istället för exakta måttkrav avseende grytor ställt krav på de efterfrågade produkternas funktion. Bravida har uppfyllt ställda krav och har tilldelats kontrakt. De korrigeringar som anbudsgivarna har beretts möjlighet att genomföra inom ramen för det förhandlade förfarandet medför inte några väsentliga förändringar som ändrar förutsättningarna och ställda krav i förfrågningsunderlaget.

HNA Syd AB hävdar mot Stadens talan att i avbrytandebeslutet och den information som gavs till anbudsgivarna i samband med detta angavs uttryckligen att det förelåg ett kvalificerat anbud, vilket i sig är ett sakligt skäl för avbrytande. Vad Staden numera anger att man redan före avbrytandet konstaterat att HNA Syd AB:s anbud var orent verkar vara en uppenbar efterhandskonstruktion. I annat fall har Staden underlåtit att underrätta anbudsgivarna om skälen för avbrytandet. HNA Syd AB har uppfyllt kraven så som de har formulerats i förfrågningsunderlaget och anbudet har därmed kvalificerats för utvärdering. Staden har därmed inte haft rätt att tillämpa det aktuella upphandlingsförfarandet. För den händelse rätten skulle finna att HNA Syd AB:s anbud är orent görs gällande att kontraktet som tilldelats Bravida innehåller en väsentlig förändring jämfört med upphandlingens villkor, varför tilldelningen är olaglig. Det finns fler brister i Bravidas anbud än de som Staden redovisat. Bravida uppfyller inte ställda krav gällande inställelsetid och att bifoga intyg från Securitas Sverige AB.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Tillämpliga bestämmelser*

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på



talans av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 5 § 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

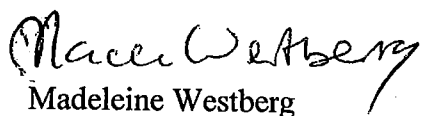
HNA Syd AB gör gällande att Malmö stad har brutit mot LOU genom att tillämpa ett otillåtet upphandlingsförfarande och genom att tilldela Bravida kontraktet trots att Bravida inte uppfyllt ställda skall-krav.

Malmö stad har i den aktuella upphandlingen använt förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering innebär ett undantag från regeln att all upphandling ska annonseras och ska tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten, i det här fallet Malmö Stad, som har att visa att förutsättningar för att tillämpa förfarandet föreligger. Malmö stad åberopar – såsom talan får förstås – som grund för tillämpning av det aktuella förfarandet att det föregående, öppna, förfarandet fick avbrytas med hänvisning till att endast ett anbud, nämligen HNA Syd AB:s anbud, fanns kvar för tilldelning av kontrakt samt att det också funnits brister i detta. Det sistnämnda har omöjliggjort en utvärdering av anbudet och Malmö stad påstår därmed att inget giltigt anbud inkommit vid det öppna förfarandet.

I LOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud och olämpliga anbud. Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder är ogil-

tigt. Ett anbud kan vara olämpligt om det t.ex. är för dyrt. Det är av synnerlig vikt att skilja på vad som är ett ogiltigt anbud och vad som är ett olämpligt anbud eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga. Av 4 kap. 2 § 1 LOU framgår att förhandlat förfarande *med* föregående annonsering får användas bl.a. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga. För att en upphandlande myndighet ska få använda ett förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU vid tilldelning av kontrakt krävs att det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Enligt vad Malmö stad påstår om de två anbud som gavs in från Bravida respektive HNA Syd AB i det öppna förfarandet, har dessa bedömts vara ogiltiga. Det har emellertid inte framkommit, eller ens påståtts från Stadens sida, att något av anbuden i det öppna förfarandet inte var lämpligt. Då de lämnade anbuden bedömts som ogiltiga och inte som olämpliga är inte 4 kap. 5 § 1 LOU tillämplig. Genom att felaktigt tillämpa åberopat undantag från annonseringsskyldigheten och tilldela Bravida kontrakt på sätt som skett har Malmö stad agerat i strid med LOU. HNA Syd AB har till följd därav lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed. Detta kan inte ske på annat sätt än att upphandlingen görs om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1B LOU)

  
Madeleine Westberg

Lena Palmér har föredragit målet.

## 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.

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.