

## **HFD 2016 ref. 37**

**Vid en prövning mot de allmänna principerna för offentlig upphandling har, framförallt med hänsyn till likabehandlingsprincipen, en upphandlande myndighet ansetts ha handlat rätt när den förkastat ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav (I) och felaktigt när myndigheten godtagit ett anbud med bortseende från ett sådant krav (II).**

1 kap. 9 §, 9 kap. 8 § och 15 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 20 maj 2016 följande domar (mål nr 555-15 och 2691-15).

### **I.**

#### **Bakgrund**

Nacka kommun har genomfört en upphandling avseende drift av skolkök i form av ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut angavs att Sodexo AB inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att en viss uppgift om fettmängd ska lämnas i den näringsberäkning som ska redovisas för en fyraveckorsmatsedel.

Sodexo ansökte om överprövning av upphandlingen och anförde att det var riktigt att bolaget inte hade specificerat det enkelomättade fett under en egen rubrik i näringsberäkningen, men att andelen sådant fett likväl framgick av näringsberäkningarna eftersom det enkelomättade fett var det som återstod när fleromättat och mättat fett dragits bort från den totala mängden fett. Att tillämpa kravet på så sätt att enkelomättat fett i onödan måste specificeras skulle enligt Sodexo vara oproportionerligt med hänsyn till syftet med kravet och konsekvenserna av att förkasta det bästa anbudet.

Nacka kommun bestred bifall till ansökningen. Kommunen anförde bl.a. att Sodexo i sin ansökan vidgått att kravet inte var uppfyllt och att det inte är kommunen som ska räkna om anbudet för att uppfylla kravet.

Förvaltningsrätten avslog Sodexos ansökan om överprövning.

Sedan Sodexo överklagat förvaltningsrättens dom konstaterade kammarrätten att det ifrågasatta kravet inte var uppfyllt även om det skulle kunna gå att räkna ut mängden enkelomättat fett på det sätt Sodexo påstått. Om Nacka kommun skulle ha beaktat Sodexos anbud skulle det därför ha inneburit ett avsteg från likabehand-

lingsprincipen. Enligt kammarrättens mening kunde det därför inte anses oproportionerligt att Nacka kommun upprätthöll det uppställda kravet. Överklagandet avslogs därför.

#### **Yrkanden m.m.**

*Sodexo* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid *Sodexos* anbud ska beaktas. *Sodexo* anför bl.a. följande.

Det reella syftet med kravet på näringsberäkningar är att säkerställa att de menyer som ska erbjudas i skolan från närings synpunkt uppfyller Livsmedelsverkets krav. Livsmedelsverket har dock inte angett något rekommenderat värde för enkelomättat fett varför en exakt gramangivelse inte är nödvändig för att säkerställa att Livsmedelsverkets råd uppfylls. Det förhållandet att det enkelomättade fettet inte specificerades i anbudet beror på ett rent förbiseende på grund av att sådant fett normalt inte tillmäts någon betydelse vid näringsberäkningen för skolbarn.

Den ungefärliga mängden enkelomättat fett framgår av anbudet. Avsaknaden av en uttrycklig specificering av mängden enkelomättat fett kan betraktas som en oväsentlig brist i sammanhanget. Det är därför oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av att den exakta mängden enkelomättat fett inte specificerats. Det saknas vidare anledning att anta att någon leverantör avhållit sig från att lämna anbud på grund av kravet. Avvikelse från kravet har inte heller medfört någon lättnad eller konkurrensfördel. Det är följaktligen förenligt med likabehandlingsprincipen och påbudet av proportionalitetsprincipen att godta anbudet.

*Nacka kommun* bestrider bifall till överklagandet, anholder om att Högsta förvaltningsdomstolen inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen och anför bl.a. följande.

Kraven i upphandlingen har ställts utifrån vad kommunen anser skolmåltiderna behöver innehålla för att tillförsäkra en näringsrik kost. Näringsberäkningar kan göras på flera olika sätt. Det sätt kommunen valt, att begära redovisning av de tre olika fetterna, är ett vedertaget sätt att näringsberäkna på. Näringsberäkning innebär att man bryter ner recept och beräknar energi- och näringsinnehåll i varje enskilt livsmedel. Sedan sammanställs uppgifterna och man ser då vilket energi- och näringsvärde som måltiden har. Kommunen har ställt krav på redovisning av samtliga fettmängder och fettkvaliteter för att få information om huruvida fetterna har analyserats, vilket bl.a. visar företagets kunskaper om näringsberäkning. Det ifrågasatta kravet utgör vidare en förutsättning för att Livsmedelsverkets krav på tillagning från närings synpunkt ska kunna uppfyllas. Kravet är vidare klart, tydligt och lättförståeligt.

Obligatoriska krav som ställs i en upphandling måste upprätthållas och kontrolleras av de upphandlande myndigheterna för att

säkerställa att likabehandlingsprincipen inte träds för när. Ett anbud som inte tillgodoser sådana krav måste läggas åt sidan. Om ett krav är proportionerligt måste upphandlande myndighet upprätthålla kravet genom hela upphandlingen, vilket innebär att anbud som inte uppfyller obligatoriska krav måste förkastas. Det är således den upphandlande myndighetens ansvar att garantera en objektiv jämförelse mellan inkomna anbud och att inte missgynna eller gynna en viss leverantör. Det är inte kommunens uppgift att räkna fram mängderna fett i bolagets anbud så att anbudet uppfyller ställda obligatoriska krav. Det är inte heller möjligt för kommunen att få fram rätt resultat med ledning av övriga uppgifter i bolagets anbud.

*Sodexo* vidhåller sin inställning och tillägger att argumentet att syftet med kravet är att garantera att anbudsgivarna har kompetens att näringsberäkna introducerades sent i processen i Högsta förvaltningsdomstolen och är något som kommunen kommit på i efterhand. *Sodexo* anför vidare att kommunens bestridande av att det är möjligt för kommunen att själv räkna ut mängden enkelomättat fett är en ny invändning och omständighet. Det saknas särskilda skäl för Högsta förvaltningsdomstolen att beakta detta vid prövningen.

*Nacka kommun* anför att den inte åberopat någon ny omständighet utan utvecklats sin talan i förhållande till vad *Sodexo* påstått i sitt överklagande.

### **Skälen för avgörandet**

Det bör inledningsvis noteras att *Sodexo* invänt att kommunen framfört nya omständigheter i högsta instans på ett sätt som står i strid med 37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Invändningen gäller att kommunen först i Högsta förvaltningsdomstolen anför att det inte är möjligt att räkna ut mängden enkelomättat fett med ledning av andra uppgifter i bolagets anbud. Detta är emellertid att se som del av en sådan utveckling av talan som inte förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas.

#### *Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen*

Den övergripande innebörden av de EU-rättsliga principer som aktualiseras i målet har uttolkats av EU-domstolen. Enligt fast praxis överlåts frågor om principernas tillämpning i det enskilda fallet till de nationella domstolarna att besvara (jfr RÅ 2005 not. 159). Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande ska därför avslås.

### *Vad målet gäller*

Frågan i målet är om det är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet förkastar en leverantörs anbud till följd av en avvikelse från ett obligatoriskt krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

### *Rättslig reglering m.m.*

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 15 kap. 12 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket får myndigheten begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU ger uttryck för vad som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och för vad som följer av principerna i EU-fördraget (jfr skäl 2 till direktivet och avsnitt 7.2 i prop. 2006/07:128). Bestämmelsen i 15 kap. 12 § motsvarar vad som gäller för upphandling som omfattas av direktivet.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se Kommissionen mot Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 37).

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 (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

I 1 kap. 9 § LOU anges de allmänna principerna för en offentlig upphandling. Till dessa hör principerna om likabehandling och proportionalitet. De ska iaktas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget 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 förfrågningsunderlaget 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 så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling.

Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelsen måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).

När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det i stället vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 15 kap. 12 § LOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

I målet är ostridigt att Sodexo inte specificerat mängden enkelomättat fett i den näringsberäkning som enligt förfrågningsunderlaget ska redovisas i anbudet.

Syftet med detta krav har bl.a. uppgetts vara att göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att bedöma hur väl den offererade kosten uppfyller vissa näringskrav. Kravet har således en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Det kan inte anses innefatta en tekniskt sett alltför betungande uppgift för en potentiell leverantör att ange uppgiften i sitt anbud. För denna slutsats talar att övriga anbudsgivare uppfyllt kravet och att också Sodexo uppgett sig ha kunnat iaktta detta, men på grund av förbiseende inte gjort det.

Det har inte framkommit eller annars gjorts troligt att den brist som Sodexos anbud innehöll var sådan att kommunen hade kunnat godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen.

Kommunen gjorde alltså rätt som förkastade anbudet från Sodexo. Överklagandet ska därför avslås.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Nord, Silfverberg, Bull* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Mattias Håkansson.

---

### ***Förvaltningsrätten i Stockholm (2014-10-03, Benndorf):***

Förvaltningsrätten finner att ska-kravet i förfrågningsunderlagets punkt 18.9 är klart och lätt förståeligt. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50). I detta fall har Sodexo inte visat att Nacka har brutit mot någon sådan princip. Detta särskilt mot bakgrund av att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare bör kunna tolka innebörden av förfrågningsunderlaget i nu aktuell del på samma sätt. Vid dessa förhållanden ska Sodexos ansökan om överprövning avslås. – Förvaltningsrätten avslår ansökan.

*Kammarrätten i Stockholm (2015-01-22, Eng, Schömer och Flank):*

Frågan i målet är om Nacka kommun har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och om detta i sådant fall medfört att Sodexo lidit eller kunnat komma att lida skada.

Det är ostridigt att Sodexo har redovisat den totala mängden fett och mängderna fleromättat samt mättat fett. Det ska-krav som Sodexo inte har uppfyllt är att ange mängden enkelomättat fett, vilket framgår av ska-kravet i 18.9, näringsberäkning.

I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att ska-kravet i förfrågningsunderlagets punkt 18.9 är klart och lättförståeligt. Även om det går att räkna ut mängden enkelomättat fett utifrån de övriga angivna fetternas mängd i förhållande till den totala mängden fett är ska-kravet i 18.9 inte uppfyllt.

Om Nacka kommun skulle ha beaktat Sodexos anbud skulle det ha inneburit ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Det kan inte anses oproportionerligt att Nacka kommun upprätthållit det i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kravet. Mot bakgrund härav anser kammarrätten att kommunen har gjort rätt när den inte utvärderade Sodexos anbud på grund av att ska-kravet inte var uppfyllt. Sodexos överklagande ska således avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

## II.

### Bakgrund

Vatten & Avfall i Malung-Sälen AB (VAMAS) har genomfört en upphandling av avfallshämtning i Malung-Sälens kommun i form av ett öppet förfarande enligt LOU. SITA Sverige AB (SITA) tilldelades kontraktet.

RenoNorden AB (RenoNorden) ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten och anförde att SITA inte uppfyllde ett krav i förfrågningsunderlaget att till anbudet bifoga en förteckning med uppgift om ungefärlig årsomsättning för bolagets viktigare uppdrag av liknande slag under de senaste tre åren. Enligt bolaget skulle anbudet därför inte ha upptagits till utvärdering, varför grund för ingripande förelåg.

Förvaltningsrätten avslog ansökningen och konstaterade att det av den av SITA ingivna förteckningen framgick att bolaget utfört ett flertal liknande och relativt omfattande uppdrag för andra kommuner, varför det fick anses stå klart att SITA hade den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågades i upphandlingen. Vid sådana förhållanden, och med beaktande av att avvikelserna från kravet inte var av sådan art att konkurrensen snedvridits, ansåg förvaltningsrätten att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet på grund av avvikelserna.

I det nu överklagade avgörandet avslog kammarrätten RenoNordens överklagande på väsentligen samma skäl som förvaltningsrätten.

### Yrkanden m.m.

*RenoNorden* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras utan att SITA:s anbud beaktas. Bolaget anför bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget har uppställts ett obligatoriskt krav på att anbudsgivaren ska bifoga en förteckning över referensuppdrag. Förteckningen ska innehålla uppgift om ungefärlig årsomsättning och invånarantal för de åberopade referensuppdragen. En anbudsgivare kan således inte uppfylla det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på styrkande av teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att endast ange en av dessa uppgifter. SITA har i sitt anbud inte redovisat ungefärlig årsomsättning. Detta krav är ställt i syfte att möjliggöra en bedömning av om anbudsgivaren har förmåga att utföra det aktuella uppdraget och är varken oväsentligt eller oproportionerligt. Genom att upphandlande myndighet har antagit ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen har konkurrensen snedvridits och likabehandlingsprincipen åsido-



satts. SITA:s anbud skulle rätteligen inte ha upptagits till utvärdering.

VAMAS motsätter sig bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

De uppgifter som SITA lämnat i den aktuella förteckningen över utförda uppdrag utgör tillräckligt underlag för att bedöma att SITA har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska styrkas med förteckningen. Av förteckningen framgår bl.a. att SITA har utfört ett flertal liknande och omfattande uppdrag för andra kommuner. I förteckningen återfinns också uppgifter om invånarantal för varje angivet uppdrag. Konkurrensen har inte snedvridits i upphandlingen och det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta SITA:s anbud enbart på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet på att ange årsomsättning. VAMAS är väl förtrogen med SITA och dess tekniska och yrkesmässiga kapacitet bl.a. genom medlemskap i Dala Avfall och har därigenom goda kontakter med flera kommuner i vilka SITA har uppdrag.

*RenoNorden* bestrider att uppgift om invånarantal ger tillräcklig information på det sätt som VAMAS gör gällande. Detta antal är endast en av flera parametrar som påverkar omsättningen i ett uppdrag. Antalet ger i och för sig viss indikation på uppdragets omfattning, men ytterligare faktorer måste beaktas om invånarantalet ska kunna läggas till grund för en mer seriös bedömning. Påståendet att uppgift om invånarantal kan likställas med uppgift om årsomsättning är felaktigt. Bristen i SITA:s anbud är varken irrelevant eller oväsentlig på det sätt VAMAS påstår.

### **Skälen för avgörandet**

Det bör inledningsvis noteras att *RenoNorden* invänt att VAMAS framfört nya omständigheter i högsta instans på ett sätt som står i strid med 37 § förvaltningsprocesslagen. Invändningen gäller att VAMAS först i Högsta förvaltningsdomstolen anförde att man varit väl förtrogen med SITA och bolagets tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta är emellertid att se som del av en sådan utveckling av talan som inte förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas.

#### *Vad målet gäller*

Frågan i målet är om det är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet godtar en leverantörs anbud trots att anbudsgivaren inte lämnat en i förfrågningsunderlaget efterfrågad obligatorisk uppgift.

### *Rättslig reglering m.m.*

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket första meningen får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt styckets andra mening får myndigheten också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 10 kap. LOU finns bestämmelser om krav som kan ställas på leverantörer och som, om de inte uppfylls, kan eller ska leda till uteslutning. I 11 kap. anges bestämmelser om hur en upphandlande myndighet ska kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kommer att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § första stycket besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU ger uttryck för vad som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och för vad som följer av principerna i EU-fördraget (jfr skäl 2 till direktivet och avsnitt 7.2 i prop. 2006/07:128). Bestämmelsen i 9 kap. 8 § andra stycket, andra meningen, motsvarar artikel 51 i direktivet.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se Kommissionen mot Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 37).

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 (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU:C:2005:644).

#### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

I 1 kap. 9 § LOU anges de allmänna principerna för en offentlig upphandling. Till dessa hör principerna om likabehandling och proportionalitet. De ska iakttas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget 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 förfrågningsunderlaget 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 så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling.

Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelsen måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).

När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det i stället vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten

har enligt 9 kap. 8 § LOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

I det aktuella fallet anges i förfrågningsunderlaget att ett anbud ska innehålla de bevis och uppgifter som beskrivs i avsnitt 3.1-3.3. I punkt 3.3 anges att anbudsgivaren som bevis på att kraven på leverantören uppfylls ska inge en förteckning över de viktigaste liknande uppdragen under de tre senaste åren och att denna förteckning ska innehålla bl.a. uppgift om ungefärlig årsomsättning. I punkt 4.2 anges att anbudet, för att leverantören ska bli kvalificerad, ska innehålla begärda och kompletta uppgifter enligt punkt 3.3.

Kravet har alltså utformats som ett obligatoriskt krav. Syftet har varit att upphandlande myndighet skulle kunna bedöma leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

SITA har inför anbudslämnandet inte invänt mot kravet. I stället har bolaget valt att inte lämna uppgiften om ungefärlig omsättning utan angett att uppgiften kan redovisas om så önskas. VAMAS har accepterat SITA:s anbud och anfört att uppgiften inte fyller någon funktion med hänsyn till hur kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet är formulerade. VAMAS har angett att uppdragens omfattning framgår redan av uppgiften om invånarantal. Att så skulle vara fallet bestrids av RenoNorden.

Det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för VAMAS. Kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses oproportionerligt.

Mot bakgrund av det anförda finner Högsta förvaltningsdomstolen att VAMAS åtgärd att godta SITA:s anbud inte är förenlig med likabehandlingsprincipen. Vid sådant förhållande och då åtgärden kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Överklagandet ska bifallas i enlighet med det anförda.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar, med ändring av underinstansernas domar, att den klandrade upphandlingen ska göras om.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Nord, Silfverberg, Bull* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Mattias Håkansson.

---

***Förvaltningsrätten i Falun (2015-03-16, Andersson):***

Det är ostridigt att SITA:s anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på att bifoga en förteckning över de viktigaste uppdragen innehållande uppgift om ungefärlig årsomsättning. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget inte ska beaktas vid utvärderingen.

VAMAS gör gällande att SITA:s anbud inte ska förkastas eftersom avvikelser från kravet är oväsentliga i upphandlingen och att det därmed skulle vara oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av avvikelserna. Det uppställs inget krav i förfrågningsunderlaget på att tidigare uppdrag ska ha haft en viss minsta ungefärlig årsomsättning. Det finns alltså ett utrymme för den upphandlande myndigheten att göra en självständig bedömning av om kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är uppfyllt utifrån de uppgifter som lämnas. Kravet på att ange ungefärlig årsomsättning tycks mot bakgrund härav syfta till att få in uppgift angående leverantörens tidigare uppdrag för att kunna bedöma om leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att kunna utföra uppdraget som upphandlas.

Av den förteckning över utförda uppdrag som SITA lämnat framgår att bolaget utfört ett flertal liknande och relativt omfattande uppdrag för andra kommuner. Uppdragen i de största kommunerna måste antas vara betydligt mer omfattande än uppdraget i Malung-Sälens kommun som nu upphandlas. Mot denna bakgrund får det anses stå klart att SITA har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågas i upphandlingen. Vid sådant förhållande, och med beaktande av att avvikelser från kravet inte är av sådan art att konkurrensen snedvrids, anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget innehåller ett krav som i den aktuella situationen blir orimligt att framhärda. Det skulle därmed strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta SITA:s anbud på grund av avvikelserna från kravet. Förvaltningsrätten anser därför att RenoNorden inte fört fram sådana omständigheter som visar att VAMAS brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ingripande. RenoNordens ansökan om överprövning ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår RenoNordens ansökan om överprövning.

***Kammarrätten i Sundsvall (2015-04-20, Sandström, Nihlén och Ruthström):***

Om en upphandlande myndighet inte förkastar ett anbud som inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav kan förfarandet strida mot likabehandlingsprincipen. För att myndigheten i en sådan situation ska ha fog för att förkasta anbudet bör det eller de krav som inte uppfyllts ha relevans i upphandlingen och vara av inte oväsentlig betydelse. I annat fall kan förfarandet i stället komma att strida mot proportionalitetsprincipen.

För att kvalificera sig ska anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att genomföra uppdraget. I syfte att

få underlag för att göra denna bedömning har VAMAS i förfrågningsunderlaget ställt upp vissa obligatoriska krav på vilka bevis anbudsgivaren ska foga till anbudet. Ett av dessa bevis är en förteckning över de viktigaste liknande uppdrag som utförts av anbudsgivaren under de tre senaste åren. Förteckningen ska innehålla uppgifter om uppdragsgivaren, ungefärlig årsomsättning, tidpunkt och invånarantal i kommunen/kommundelen. Någon nedre gräns för årsomsättningen har inte angivits. Som kravet utformats är det alltså uppfyllt oavsett vilken ungefärlig årsomsättning anbudsgivaren angivit i förteckningen. Det behöver dock inte betyda att teknisk och yrkesmässig kapacitet styrks.

Den förteckning SITA fogat till sitt anbud innehåller uppgifter om uppdragsgivaren, tidpunkt och invånarantal i kommunen/kommundelen, men inte om ungefärlig årsomsättning. I förteckningen har anbudsgivaren angivit att den redovisar omsättning om så önskas, men att den inte vill ha med det i anbudet. De uppgifter SITA lämnat i förteckningen får emellertid anses utgöra tillräckligt underlag för att anbudsgivaren har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska styrkas med förteckningen. Det har inte heller ifrågasatts att SITA har sådan kapacitet. På grund av det anförda och på i övrigt av förvaltningsrätten anförda skäl finner kammarrätten att det obligatoriska kravet under rådande omständigheter är orimligt att framhärda och att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta SITA:s anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet. Det förhållandet att VAMAS inte åberopat att SITA:s referensuppdrag haft viss omfattning, något som kan utläsas av de handlingar bolaget självt åberopat, föranleder inte någon annan bedömning. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.