



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-01-12

Meddelad i Stockholm

Mål nr
11635-17

1

SÖKANDE

Fastec Sverige AB, 556481-9372
Box 709
931 27 Skellefteå

Ombud: Adv. Sylvia Lindén och jur.kand Lukas Rozenau
Kilpatrick Townsend & Stockton
Box 5421
114 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2018-01-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Tornberget Fastighetsförvaltning AB, 556428-5806
136 81 Haninge

2. MVB Öst AB, 556295-7505
Box 444
124 04 Bandhagen

Ombud: Adv. Frank Reijbrandt och bitr. jurist Camilla Lind
Kiströms Advokatbyrå KB
Box 7184
103 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om, varvid MVB Östs anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 908039

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Tornbergets Fastighetsförvaltning AB (Tornberget) genomför en upphandling avseende nybyggnation av en idrottshall i Haninge kommun (243/2016). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 5 maj 2017 beslutade Tornberget att teckna avtal med MVB Öst AB (MVB Öst).

Fastec Sverige AB (Fastec) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits genom att utvärderingen görs om utan beaktande av MVB Östs anbud och i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Som grund för talan anförs att Tornberget utvärderat och antagit MVB Östs anbud trots att bolaget inte har uppfyllt samtliga obligatoriska kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget. Tornberget har således brutit mot principerna om likabehandling och transparens och därmed agerat i strid med LOU. I andra hand görs gällande att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att det varit möjligt att erbjuda flera funktioner i en och samma person. Om det hade varit tydligt att det gick att strukturera anbudet så som MVB Öst har gjort, och att det var godtagbart enligt förfrågningsunderlaget, hade Fastec kunnat lämna ett klart mer konkurrenskraftigt anbud. Fastec har lidit skada på grund av Tornbergets felaktiga utvärdering eftersom Fastec skulle ha vunnit upphandlingen om MVB Östs anbud hade uteslutits.

Tornberget bestrider bifall till Fastecs ansökan.

MVB Öst bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De frågor förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är Om MVBs anbud uppfyller det i förfrågningsunderlaget under AFB.52. p. 5 ställda beviskraven avseende teknisk kapacitet i form av

- förteckning över två referensobjekt och
- CV för nyckelpersoner: arbetschef, projektledare, platschef arbetsledare samt installationssamordnare eller motsvarande befattning.

Har MVB Öst uppfyllt det ställda kravet avseende förteckning över två referensobjekt?

Av förfrågningsunderlaget AFB.52 p 5. Teknisk kompetens framgår att anbudsgivaren ska ha utfört två liknande projekt de senaste fem åren. Med liknande projekt avses nybyggnation av konstruktionsmässigt likvärdiga projekt. Entreprenadsumma om minst 35 miljoner kronor per projekt. Anbudsgivaren ska redovisa förteckning över två referensprojekt innehållande kort beskrivning av projekten, objektens adress, entreprenadsumma samt kontaktperson med kontaktuppgifter.

Fastec har anfört följande. MVB Öst har som referensobjekt använt sig av arbeten utförda av MVB Syd AB (MVB Syd). Det rör sig om projekten Helsingborgs arena, Helsingborg och Klaghams sporthall, Limhamn. Detta strider direkt mot förfrågningsunderlaget AFB.52 där det framgår att det är anbudsgivaren som ska ha utfört två liknande projekt under de två senaste åren. Anbudsgivare har inte heller åberopat detta andra bolags resurser i upphandlingen. Den offererade anställda personal, som är bosatt i Stockholmstrakten, har inte heller vid tidpunkten för färdigställande av referensuppdragen varit bosatt i södra Sverige. MVB Öst har såsom det får förstås inga egna referensobjekt att ange och har därmed inte nödvändig teknisk kompetens för upphandlingen. I vart fall har MVB Öst inte kommit in med efterfrågade bevis i upphandlingen. Tornberget har inte gjort en noggrann och seriös prövning av anbudet.

Tornberget anför följande. Tornberget har inte särskilt reagerat på att de referensobjekt som MVB Öst åberopat utförts av systerbolaget MVB Syd. Tornberget har förutsatt att MVB Öst åberopat systerbolagets kapacitet i det avseendet och inte funnit skäl att begära in bevisning särskilt om detta eftersom fråga varit om koncernförhållande. Det kan ifrågasättas om ett krav att infordra bevis om sådan uppgift verkligen kan ställas på Tornberget som upphandlande

myndighet när det är fråga om här ett koncernförhållande. Tornberget har förlitat sig på MVB Syds kapacitet kommer projektet till del.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

I förarbetena (prop. 2015/2016:195 s. 755) till ovan nämnda bestämmelse poängteras att det är skillnad mellan underleverantörer som en leverantör anlitar för att fullgöra ett kontrakt och ett företag som leverantören förlitar sig på för uppfyllelse av kvalificeringskraven. Vidare anges att det åligger leverantören att bevisa att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna men det saknas anledning att föra in ett särskilt formkrav för detta.

I förfrågningsunderlaget anges inte något specifikt beträffande åberopande av andra företags kapacitet för att uppfylla kvalifikationskraven. MVB Öst har som bevis för att kraven på teknisk kapacitet är uppfyllt bifogat referensobjekt som utförts av annat aktiebolag, MVB Syd. Det har inte ifrågasatts i målet att MVB Öst därmed åberopar MVB Syd:s tekniska kapacitet och det får därmed anses vara klart att MVB Öst AB inte ensamt har tillräckligt teknisk kapacitet för att uppfylla kvalifikationskraven.

MVB Öst AB har i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att MVB Öst och MVB Syd båda är en del av MVB koncernen. Båda bolagen är helägda dotterbolag till MVB Holding AB, som valt att organisera sina olika regioner i sina bolag i stället för att låta all verksamhet utföras i samma bolag. Det finns

ett mycket nära organisatoriskt samband mellan MVB Öst, MVB Syd och MVB Holding.

Förvaltningsrätten konstaterar att MVB Syd, vars tekniska kapacitet MVB Öst åberopat, är en egen juridisk person även om bolagen ingår i samma koncern. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte enbart det förhållandet att det åberopade företaget ingår i samma koncern vara tillräckligt som bevis för att MVB Öst kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna. MVB Öst har inte lämnat bevis i någon annan form som visar att bolaget tillsammans med det åberopade företaget uppfyller det ställda kravet på teknisk kapacitet. MVB Öst uppfyller därmed inte de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven på teknisk kapacitet i form av två referensobjekt.

Kravet avseende teknisk kapacitet är ett obligatoriskt krav som ska kontrolleras av upphandlande myndighet vid kvalificeringsfasen, dvs. innan anbudet utvärderas och prövas. Att Torberget inte funnit skäl att kontrollera det uppställda kravet strider mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Den omständigheten att det varit fråga om ett koncernförhållande föranleder inte annan bedömning. Eftersom Tornberget är skyldig att upprätthålla samtliga i upphandlingen ställda ska-krav borde MVB Östs anbud ha uteslutits från utvärderingen.

Att Tornberget har utvärderat och godkänt MVB Östs anbud trots att anbudet inte uppfyllt de obligatoriska kraven avseende referensobjekt strider mot LOU. Fastec får härigenom anses ha lidit skada och det finns skäl för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att bristen inte ligger i upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om, varvid MVB Östs anbud inte beaktas.

Vid denna utgång i målet finner förvaltningsrätten inte anledning att pröva om MVB Öst uppfyller kravet på teknisk kapacitet avseende CV för nyckelpersoner: arbetschef, projektledare, platschef arbetsledare samt installationsamordnare eller motsvarande befattning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Ann-Kristin Rosén har föredragit målet



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

