



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-12-30
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 6597-16

KONKURRENSVERKET	
2016-12-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Sydbeläggningar AB, 556655-1338
 Bolestad 4800
 264 94 Klippan

Ombud: advokaten Mikael Karlsson och jur.kand. Max Carlin
 Moll Wendén Advokatbyrå
 Stortorget 8
 211 34 Malmö

MOTPART

Ängelholms kommun
 262 80 Ängelholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sydbeläggningar AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 352276

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli.l.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag-fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Ängelholms kommun genomför en upphandling avseende ramavtal av asfaltarbeten, dnr KS 2015-885. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 29 december 2015 antog kommunen fem anbud. Sydbeläggningar AB rangordnades som nummer ett och NCC Roads AB som nummer två. Efter att NCC Roads AB ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten genom dom den 20 juni 2016 (mål nr 423-16) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts vid vilken anbudet från Sydbeläggningar AB inte skulle beaktas. Efter ny utvärdering beslutade kommunen genom tilldelningsbeslut den 22 juni 2016 att anta fyra anbud. Anbudet från Sydbeläggningar AB förkastades i enlighet med förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Sydbeläggningar AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand den får avslutas först sedan rättelse skett genom att anbudet från bolaget tas upp till fortsatt prövning och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget bestrider vidare kommunens yrkanden om att rätten ska avskryva målet och att någon avtalsspärr inte ska gälla. Bolaget anför som grund för sin ansökan följande. Bolagets anbud uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Ängelholms kommun har genom att felaktigt förkasta bolagets anbud agerat i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Det framgår av uppställningen i kommunens anbudsutvärdering att bolagets angivna referenser inte befunnits uppfylla de uppställda kraven. Förvaltningsrätten har emellertid överhuvudtaget inte uttalat sig om kravenligheten av de referenser som bolaget åberopat i sitt anbud. Till grund för förvaltningsrättens dom låg i stället bedömningen att bolaget inte uppfyllde det uppställda kravet om teknisk kapacitet i punkten AFB.52 samt att det kompletterande intyget från moderbolaget Veidekke utgjorde en otillåten komplettering. Kommunen har

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

däremot funnit att bolaget uppfyllde kravet på teknisk kapacitet. Det framstår således som uppenbart att kommunens tilldelningsbeslut bygger på en missuppfattning av förvaltningsrättens dom.

Bolaget har till punkt och pricka följt anbudsformulärets föreskrifter för att styrka att det förfogar över den tekniska kapacitet som kommunen ställt som krav i sitt förfrågningsunderlag under punkten AFB.52. Det är enligt förfrågningsunderlaget den som åberopar annat bolags tekniska kapacitet som ska intyga åberopandet precis som skett. Till anbudet fogades således ett intyg av vilket framgår att bolaget fritt åberopar moderbolags tekniska kapacitet. Redan genom detta faktum står klart att förvaltningsrätten bör ingripa mot tilldelningsbeslutet eftersom upphandlande myndighet aldrig kan förkasta en leverantör på grund av att leverantören inte uppfyller ett skall-krav vars uppfyllelse leverantören påvisat genom att ha följt anvisningarna i det förfrågningsunderlag som upphandlande myndighet tillhandahållit. Vidare är upphandlingen genomförd helt i enlighet med regeln i 15 kap. 15 a § LOU eftersom det intyg som bolaget ingivit enligt anvisningen i förfrågningsunderlaget är just ett sådant "annat sätt att visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullföljas" som denna bestämmelse tillåter. Domen som ligger till grund för beslutet som nu är under överprövning är felaktig i detta avseende genom att domstolen oriktigt tillämpat ovan nämnda bestämmelse. Såsom förfrågningsunderlaget var utformat behövde bolaget inte agera på annat sätt än man gjort för att styrka att man åberopade Veidekkes kapacitet. Att komma till slutsatsen att bolaget inte gjort tillräckligt för att påvisa sin tekniska kapacitet är inte förenligt med EU-rättens proportionalitets- och likabehandlingsprinciper som är tillämpliga även i förhållande till upphandlingar som faller under 15 kap. LOU. Förvaltningsrättens krav på tillhandahållande av ett åtagande utställt av en behörig företrädare för det företag vars kapacitet åberopas saknar stöd i såväl lag som kommunens anbudshandlingar.

Upphandlande myndighet har enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU rätt att begära att ett anbud kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I det aktuella fallet förekom ingen sådan risk eftersom bolagets anbud, med det ursprungligen bifogade intyget, var vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Att den upphandlande myndigheten sedan efterfrågar bevisning utöver vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget innebär inte en särbehandling till förmån för bolaget. Uppgiften det här är fråga om är att bolaget har tillgång till Veidekkes tekniska kapacitet och härigenom uppfyller skallkraven på sådan kapacitet. Den komplettering som begärdes in av Ängelholms kommun var bara en viss typ av bevismedel. Att ett dotterbolag intygar att bolaget, som dotterbolag, fritt kan åberopa moderbolagets kapacitet är ett sådant bevismedel. Ett intyg från moderbolaget att dotterbolaget får tillgång till kapaciteten är ett annat. Det angavs inte i förfrågningsunderlaget att sistnämnda bevismedel skulle krävas i upphandlingen. Uppgiften om bolaget verkligen förfogar över Veidekkes tekniska kapacitet förekom redan i upphandlingen. Det kan inte råda något tvivel om att kompletteringen som begärdes in av kommunen var lagligen grundad.

Om förvaltningsrätten vid sin prövning av beslutet som nu är underkastat överprövning skulle finna att kompletteringen var otillåten, vilket i och för sig bestrids, är det fråga om ett rättsstridigt förfarande från kommunens sida. Kommunen begärde in ett kompletterande intyg och bolaget efterkom den upphandlande myndighetens begäran. Rättsföljden bör då inte bli att upphandlingen ska rättas till nackdel för bolaget. Om kommunen förfarit felaktigt i upphandlingen i förhållande till en anbudsgivare ska detta inte genom domstols ingripande drabba endast en viss anbudsgivare vilket följer direkt av likabehandlingsprincipen. Om förvaltningsrätten alltså finner att det föreligger skäl att ingripa mot upphandlingen bör domstolen förordna att upphandlingen ska göras om.

Det är vidare inte korrekt att ett av bolaget åberopat referensobjekt i Laholms kommun inte skulle uppfylla kraven som ställts upp i förfrågningsun-

derlaget genom att kravet på kontraktssumma inte skulle vara uppfyllt. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att kommunen ställt krav på att båda referensobjektens kontraktssumma varje år måste överstiga 6 miljoner kronor. Därför är det i och för sig tillräckligt att kontraktssumman under minst en årsperiod per referensobjekt har överstigit 6 miljoner kronor. Kontraktssumman avseende år 2014 i Laholms kommun översteg med marginal 6 miljoner kronor. Genom referenserna från Trondheims kommune och Laholms kommun uppfyller bolagets anbud således kravet i AFB.52 på två ramavtal för beläggningsarbete med en årlig kontraktssumma om minst 6 miljoner kronor. Även om rätten skulle finna att invändningen i och för sig kan vara av betydelse i målet skulle det stå i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud med hänvisning till omsättningen året 2015 i Laholmsreferensen.

Bolaget har på grund av kommunens agerande i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna lidit skada. Bolagets anbud skulle inte ha förkastats utan skulle vid en korrekt anbudsutvärdering haft lägst pris och bolaget skulle därmed ha tilldelats ramavtal i upphandlingen.

Ängelholms kommun bestrider bolagets ansökan om överprövning och yrkar att förvaltningsrättens ska avslå ansökan och avskriva målet samt besluta att någon avtalsspärr inte ska gälla. Kommunen anför följande. Förvaltningsrätten har genom dom i mål 423-16 beslutat att bolagets anbud inte ska beaktas och kommunen har följt förvaltningsrättens dom. Då frågan handlar om huruvida bolagets anbud uppfyller ställda krav finns inte fog för att besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget uppfyller inte samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Förutom de domskäl förvaltningsrätten anger för att bolagets anbud ska förkastas finns det ytterligare en brist avseende de av bolaget ingivna referenserna. Anbudsgivare skulle ge in referenser från två uppdrag som avsåg ramavtal för beläggningsarbete med en årlig kontraktssumma överstigande 6 miljoner kronor enligt punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har funnit att så inte är fallet.

Kommunen har gjort exakt det som förvaltningsrätten har beslutat i sin dom i mål nr 423-16. Det är riktigt att domstolen inte har tagit ställning till frågan avseende referensen som avsåg Trondheims kommune och inte heller uttalat sig om referensen som avsåg Laholms kommun. I detta fall är det dock ställt utom allt tvivel att referensen inte uppfyller det krav på omsättning som ställts upp. Det är emellertid inte nödvändigt att behandla detta då det, enligt domstolen, inte har varit tillåtet att begära en komplettering med intyg från Veidekke. Redan här finns grund för att förkasta anbudet. Bolagets egenförfattade intyg ansågs inte kunna styrka att kapacitet fanns. Förvaltningsrätten har redan konstaterat att bolagets anbud ska förkastas och frågan kan därför inte tas upp igen. Frågan om ifall bolagets anbud är kvalificerat är avgjord och bolaget uppfyller inte kvalificeringskraven enligt förvaltningsrätten. Vidare delar kommunen domstolens uppfattning att ett intyg från det företag vars kapacitet en anbudsgivare önskar åberopa måste finnas men gjorde bedömningen att det var möjligt att begära en komplettering då uppgiften om att bolaget skulle åberopa Veidekkes kapacitet fanns i anbudet. Domstolen har emellertid ansett att detta var fråga om en otillåten komplettering och kommunen har att förhålla sig till detta. Bolagets resonemang där man kräver att upphandlingen ska göras om är helt obegripligt. Att begära in ett intyg möjliggjorde för kommunen att utvärdera bolagets anbud. Bolaget har således inte lidit skada av att ett intyg begärdes. Man har tvärtom gynnats av detta.

Kommunen har visat att man inte brutit mot LOU genom det nya tilldelningsbeslutet. Det har redan tidigare visats att bolaget inte har lidit någon skada av det nya tilldelningsbeslutet då deras anbud inte uppfyller kraven enligt förvaltningsrätten. Vidare får påpekas att den första domen i mål 423-16 vunnit laga kraft.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

När det först gäller frågan om en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande beträffande en offentlig upphandling utgör hinder för prövning av en senare ansökan om överprövning av upphandlingen kan förvaltningsrätten konstatera att Högsta förvaltningsdomstolen funnit att regleringen av upphandlingsförfarandet förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. En förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål ska inte anses vinna negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen (HFD 2013 ref. 36). Det föreligger således inte hinder mot att i nu föreliggande mål pröva bolagets yrkanden.

När det gäller kravet i punkten AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet, om att anbudsgivare inom de senaste fem åren ska ha utfört minst två uppdrag av den typ som upphandlingen avser, framgår av utredningen att bolaget åberopat annat företags kapacitet och till sitt anbud bifogat en bilaga vari det anges att bolaget är ett dotterbolag till Veidekke och att bolaget som sådant kan åberopa moderbolagets kapacitet av maskiner, kunskaper och referensobjekt. Vidare framgår att bolaget efter anbudstidens utgång lämnat ett intyg i vilket anges att Veidekke ställer sin kapacitet till bolagets förfogande. Intyget har lämnats på begäran av kommunen.

Förvaltningsrätten har i en lagakraftvunnen dom meddelad den 20 juni 2016 (mål nr 423-16) funnit att det av bolaget till anbudet bifogade intyget inte kan anses visa att bolaget förfogar över den åberopade kapaciteten och att bolagets anbud således inte uppfyller det aktuella kravet i punkten AFB. 52 i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten fann vidare att det förtydligande som bolaget lämnat utgjorde en sådan otillåten komplettering som står i strid med bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten beslutade därför att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts i vilken anbudet från bolaget inte beaktas. Kommunen har i tilldelningsbeslut följt förvaltningsrättens dom.

Även med beaktande av vad bolaget anfört i nu aktuellt mål kan förvaltningsrätten inte finna att det framkommit skäl för att göra någon annan bedömning jämfört med den som legat till grund för förvaltningsrättens dom meddelad den 20 juni 2016 (mål nr 423-16). Med hänsyn härtill och då bolaget redan på dessa grunder inte kan anses uppfylla samtliga obligatoriska krav och således ska diskvalificeras från utvärdering föreligger inte skäl för förvaltningsrätten att pröva vad som i övrigt anförts i målet om att bolaget inte uppfyller ställda krav. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att vad bolaget anfört och åberopat avseende kommunens förfarande vid inhämtande av komplettering skulle utgöra skäl för att besluta om ingripande en-

ligt LOU. Sammantaget finner förvaltningsrätten således att bolagets ansökan ska avslås.

Avtalsspärr

Kommunen har yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att någon avtalsspärr enligt 16 kap. 10 § LOU inte ska gälla.

När en förlängd avtalsspärr gäller, såsom i nu föreliggande mål, får den upphandlande myndigheten enligt 16 kap. 10 § LOU inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Rätten får enligt samma bestämmelse besluta att någon tiodagarfrist inte ska gälla. Av förarbetena framgår att denna möjlighet bör användas i undantagsfall och med stor försiktighet eftersom ett sådant förordnande kan förta leverantören rätten till överprövning (prop. 2009/10:180 s 357). Förvaltningsrätten finner inte att det i målet framkomit skäl för att förordna att någon tiodagarfrist inte ska gälla.

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


Madeleine Westberg

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten lämnar prövningstillstånd 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.