



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Annelie Gustafson

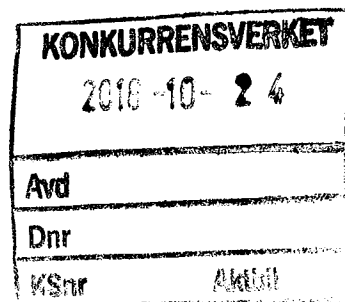
DOM
 2018-10-24
 Meddelad i Falun

Mål nr
 3844-18

SÖKANDE

Assemblin Ventilation AB, 556728-9177

Ombud: Advokat Pernilla Rasiwala
 Advokatfirman ELICI AB
 Nora Strand 20
 182 38 Danderyd



MOTPARTER

1. Magnussen Invest AS, 979177461

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och jurist Simon Mellin
 Magnusson Advokatbyrå
 Box 7413
 103 91 Stockholm

2. Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Assemblin Ventilation AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan en ny anbudsutvärdering har gjorts varvid anbudet från Magnussen Invest AS inte får beaktas.

Dok.Id 233556

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–12:00
 13:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Trafikverket genomför upphandlingen "E4 Förbifart Stockholm Tunnelventilation" (CTM 164171). Upphandlingen genomförs enligt reglerna för öppet förfarande i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) enligt de bestämmelser som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet. Tilldelningsbeslut meddelades den 28 augusti 2018. Av upphandlingsprotokollet framgår att annan anbudsgivare än Assemblin Ventilation AB (Assemblin) antogs som vinnande leverantör.

Assemblin ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från vinnande leverantör Magnussen Invest AS (Magnussen) ska uteslutas från utvärderingen. Assemblin anför i huvudsak följande. Om ett företag ville åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla ställda krav på ekonomisk och finansiell ställning skulle det åberopade företaget åta sig ett solidariskt ansvar för anbudsgivarens fullgörande av kontraktet. Detta skulle i så fall visas genom ett åtagande som skulle inges med anbudet. En sanningsförsäkran skulle också inges för vart och ett av de åberopade företagen. Några dylika uppgifter eller åtaganden finns inte ingivna i Magnussens anbud. Trafikverket har antagit Magnussens anbud trots att de inte uppfyllde alla uppställda kvalificeringskrav i upphandlingen. Trafikverket skulle ha förkastat Magnussens anbud från utvärderingen eftersom Magnussen inte i sitt anbud visade att det uppfyllde Trafikverkets uppställda krav på ekonomisk ställning. De omsättningsuppgifter som förekommer i Magnussens anbud tycks överensstämma med Magnussens koncerns totala omsättning. Det är emellertid inte koncernen som är anbudsgivare. Assemblin placerade sig på andra plats i upphandlingen efter Magnussen och riskerar att lida skada av Trafikverkets felaktiga agerande.

Trafikverket anser att ansökan ska bifallas och att en ny utvärdering ska göras utan beaktande av Magnussens anbud. Trafikverket anför i huvudsak

följande. Trafikverket har av förbiseende kvalificerat anbudet från Magnussen och efter utvärdering tilldelat Magnussen aktuellt kontrakt trots att Magnussen inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav. Assemblin lider eller riskerar att lida skada av felet. Magnussen har lämnat anbud ensam, men stödjer sin ekonomiska och finansiella kapacitet på andra företag i samma koncern. Magnussens anbud omfattas därmed av reglerna för åberopande av annans kapacitet. Magnussen har inte fyllt i den bilaga i anbudet där annans kapacitet normalt åberopas. Det är dock uppenbart sett till anbudet i övrigt att Magnussen har åberopat annans kapacitet. Till stöd för att åberopad kapacitet står till Magnussens förfogande har Magnussen med anbud lämnat en beskrivning av koncernen och intygar att endast bolag som Magnusson är majoritetsägare i har åberopats. Trafikverket har i denna del gjort bedömningen att Magnussen därmed får anses ha visat att den åberopade kapaciteten står till Magnussens förfogande. I upphandlingen har dock, som Assemblin har påpekat, krävts att anbudsgivare som åberopar annans kapacitet ger in en sanningsförsäkran även för det åberopade företaget. Om kapaciteten gäller ekonomisk eller finansiell ställning ska anbudsgivaren dessutom ge in ett åtagande om solidarisk betalningsskyldighet. Båda dessa handlingar skulle ges in med anbudet. Magnussens anbud har helt saknas dessa handlingar.

Magnussen motsätter sig att upphandlingen ska rättas i enlighet med ansökan om överprövning eftersom anbudet uppfyller de uppställda obligatoriska kraven i upphandlingen. Magnussen yrkar vidare att upphandlingen ska avbrytas och göras om eftersom de obligatoriska kraven står i strid med proportionalitetsprincipen och medför att Magnussen lidit eller kan komma att lida skada. Magnussen anför i huvudsak följande. Magnussen har lämnat anbud som ensam anbudsgivare. De i anbudet angivna majoritetsägda dotterbolag är företag vars ekonomiska kapacitet åberopas för att uppfylla omsättningskravet i anbudsformuläret. Magnussen har tillsammans med sitt anbud lämnat in ett dokument som är just en sådan särskild bilaga till an-

budsformuläret som krävs i upphandlingen. I dokumentet anges bl.a. att Magnussenkoncernen uppfyller kvalifikationskraven samt en uppräknning av de företag som ingår i koncernen och vars kapacitet som därmed åberopas. Sett till syftet med kravet i upphandlingsdokumenten är emellertid uppenbart att dokumentet utgör tillräckliga garantier för Trafikverket. De personer som undertecknat dokumentet är vidare behöriga firmatecknare inte bara för Magnussen utan även för samtliga majoritetsägda dotterbolag vars kapacitet åberopas. Av den anledningen har ett gemensamt dokument för samtliga åberopade majoritetsägda dotterbolag använts. Med yttrandet till förvaltningsrätten bifogas särskilt åtagande för respektive företag vilket förvaltningsrätten ska beakta vid sin prövning. Enligt Magnussen medför vidare kravet om att minst en av medlemmarna i ett konsortium som lämnar anbud i upphandlingen måste ha en årsomsättning om minst 500 miljoner kronor för vart och ett av de tre senaste räkenskapsåren. Detta utgör en oproportionerlig begränsning av hur grupper av leverantörer får uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning. Magnussen har felaktig hindrats från att delta i upphandlingen som medlem i ett konsortium. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen och förordna om att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Assemblin anför är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Assemblin lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genom-

föra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokumenten

Av upphandlingsföreskrifterna punkterna 2.5, 2.5.1 och 2.5.2 framgår bl.a. följande.

2.5 Prövning av anbudsgivare och anbud

I kvalificeringsfasen kontrollerar Beställaren om anbudsgivaren ska uteslutas enligt {kapitel 2.5.1 Uteslutning av anbudsgivare}, och att anbudsgivaren uppfyller ställda krav avseende ekonomisk kapacitet samt krav på kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i enlighet med {kapitel 2.5.2 Prövning av anbudsgivares lämplighet}. Kvalificeringskraven är obligatoriska och måste uppfyllas för att anbud ska kunna antas.

2.5.1 UTESLUTNING AV ANBUDSGIVARE

Beställaren kommer att kontrollera om anbudsgivaren ska uteslutas från att delta i upphandlingen (se nedan under detta kapitel och rubrik angående uteslutningsgrunder).

Anbudsgivaren ska fylla i och underteckna en sanningsförsäkran samt inge den med anbudet för beställarens kontroll. Beställaren tillhandahåller en blankett {Sanningsförsäkran uteslutningsgrunder} i upphandlingssystemet för en sådan sanningsförsäkran.

Uteslutningsgrunderna gäller även för företag, vars kapacitet åberopas av anbudsgivare enligt {kapitel 2.5.2 Prövning av anbudsgivares lämplighet} för att uppfylla kvalificeringskrav. Om anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet ska en sanningsförsäkran inges för vart och ett av åberopade företag. Om sådant företags förhållanden är skäl för uteslutning kan Beställaren begära att anbudsgivaren byter ut företaget mot ett annat företag.

2.5.2 PRÖVNING AV ANBUDSGIVARES LÄMPLIGHET

Anbudsgivare får, om det behövs för att uppfylla kvalificeringskrav, åberopa andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska i sådant fall med anbudet tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

När åberopat företags kapacitet avser ekonomisk och finansiell ställning ska det åberopade företaget åta sig ett solidariskt ansvar för anbudsgivarens fullgörande av kontraktet. Detta ska i så fall visas genom det åtagande e.d. som inges med anbudet enligt ovan.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Trafikverket borde ha förkastat Magnussens anbud till följd av bristande uppfyllelse av obligatoriska krav i upphandlingen.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr exv. HFD 2016 ref. 37).

Vad först beträffar de aktuella kravens innebörd finner förvaltningsrätten att det genom utformningen av punkterna 2.5, 2.5.1 och 2.5.2 följer att Trafikverket i upphandlingen har ställt obligatoriska krav med innebörden att anbudsgivare som åberopar annans kapacitet ska ge in en sanningsförsäkran även för det åberopade företaget samt anbudsgivare som åberopar annans företags kapacitet avseende ekonomisk och finansiell ställning ska med anbudet bifoga en handling som visar att det åberopade företaget åtar sig ett solidariskt ansvar för anbudsgivarens fullgörande av kontraktet. Av utredningen i målet framgår att Magnussen har åberopat sina dotterbolags kapacitet. Det framgår vidare att Magnussens anbud helt saknat de dokument som krävs vid åberopande av annans kapacitet. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund, i likhet med Assemblin och Trafikverket, att Magnussens anbud skulle ha förkastats. Det dokument som Magnussen har bifogat sitt anbud är enligt förvaltningsrättens mening inte annat än en beskrivning av koncernen som inte kan anses uppfylla de ställda kraven på inlämnande av sanningsförsäkran samt åtagande av solidariskt ansvar för vart och ett av de åberopade företagen. Att Magnussen till förvaltningsrätten har kompletterat med sådana dokument förändrar inte förvaltningsrättens bedömning då upphandlingsdokumenten kräver att de inges med anbudet. Assemblin får till följd av att Trafikverket felaktigt antagit Magnussens anbud anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU finns således.

Vad beträffar Magnussens invändningar avseende upphandlingsdokumentens utformning och proportionalitet i kravet på omsättning vid anbudslämnande som konsortium kan konstateras att Assemblins grund för ansökan är begränsad till innehållet i Magnussens anbud och Trafikverkets hantering av detsamma. Vad Magnussen därvid anger avseende brister i det konkurrensuppsökande skedet går således utöver ett bemötande av vad Assemblin anfört i målet och faller till följd härav utanför målets processram varför aktuell fråga inte kan bli föremål för vidare prövning i målet (jfr HFD 2013 ref. 24).

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att eftersom bristen inte avser det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen och det inte heller i övrigt framkommit skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om är det mot bakgrund av det ovan anförda tillräckligt med en rättelse och då i form av en ny anbudsutvärdering där anbudet från Magnussen inte får beaktas.

Hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.

100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200