



SÖKANDE

Purac AB, 556229-3125

Ombud: advokaten Mats Molander
Advokatbolaget MBO HB
Klostergatan 10
222 22 Lund

MOTPART

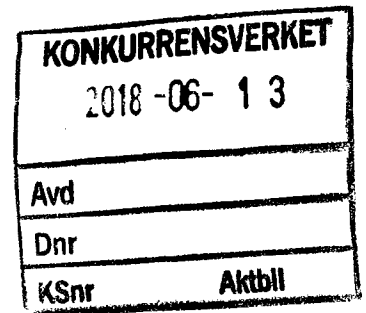
Kristianstads kommun
291 80 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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



BAKGRUND

Kristianstads kommun (kommunen) genomför en upphandling av Maskinella entreprenader/reparationer på Vattenproduktionsanläggningar, ramavtal inom Kristianstad kommun, TN 2017/1689. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har JC Pool AB (JC Pool) rangordnats som nummer 1. Anbudet från Purac AB (Purac) har rangordnats som nummer 2.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Purac AB

Purac yrkar att tilldelningsbeslutet ska rättas på så vis att Purac tilldelas kontraktet.

Som skäl för ansökan framför bolaget i huvudsak följande. JC Pool uppfyller inte omsättningskravet. I AFB. 52, under teknisk och yrkesmässig kapacitet, står: "Anbudsgivaren ska under det senaste fastställda räkenskapsåret ha redovisat en årsomsättning överstigande 20 miljoner kr (SEK) eller de tre senaste fastställda räkenskapsåren ha en sammanlagd omsättning om 60 miljoner kr."

När det gäller omsättningskravet har JC Pool svarat ja med en asterisk: "Tillsammans med Norconsult AB". JC Pool är ett fristående företag med säte i Kalmar. Senast fastställda räkenskapsår 2016-12 uppgick omsättningen till drygt 18 miljoner kr och för de tre senaste åren till sammanlagt drygt 50 miljoner kr. JC Pool klarar således inte omsättningskravet av egen kraft. Norconsult AB (Norconsult) ingår i en stor koncern med norska Norconsult AS som moderbolag.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Purac gör gällande att, åtminstone såsom punkten AFB.52 har utformats av kommunen, anbudsgivare när det gäller omsättningskravet, som är ett skalkrav, inte får åberopa annat företags kapacitet. I andra hand gör Purac gällande att JC Pool saknat rätt att åberopa Norconsults ekonomiska och finansiella kapacitet. JC Pool har ingen som helst koncern- eller ägargemenskap med Norconsult utan företagen är helt fristående från varandra. JC Pool förfogar inte på något sätt över Norconsults ekonomiska och finansiella resurser. I vart fall har JC Pool inte visat detta.

I de av kommunen upprättade administrativa föreskrifterna AFB.52 återfinns skrivningen om att anbudsgivare kan åberopa annat företags kapacitet under delrubriken "Ekonomisk och finansiell ställning". Syftet med att få använda sig av ett annat företags kapacitet vid en upphandling är att leverantören därigenom ska kunna visa att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras, dvs. ha erforderlig kapacitet under kontraktstiden. Det är ju det som är det för den upphandlande enheten relevant. Det godkännande som kommunen hänvisar till, i form av ett intyg från Norconsult, är inte preciserat till tid och kan när som helst återtas av Norconsult och det är till intet förpliktigande. Godkännandet innebär inte något som helst ekonomiskt åtagande för Norconsult. Det innebär inte heller att JC Pool på något sätt förfogar över Norconsults ekonomiska och finansiella resurser eller att dessa förbehållslöst ställts till JC Pools förfogande när kontraktet ska fullgöras. Kommunen kan inte med stöd av godkännandet vända sig direkt till Norconsult med eventuella anspråk under kontraktstiden. Godkännandet innebär alltså inget faktiskt åtagande för Norconsult. JC Pool har inte heller på något annat sätt visat att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Inte heller ger godkännandet på något sätt en rätt för JC Pool att tillgodoräkna sig Norconsults omsättning. Godkännandet säger strängt taget ingenting.

Därtill uppfyller JC Pool inte kravet på Projektör-Maskin. Anbudslämnaren ska redovisa tre referensprojekt. JC Pool har angivit ett projekt för Mörbylånga kommun och två projekt för Karlskrona kommun, men det var Purac som var projektör maskin/maskinentreprenör för de båda Karlskrona kommun-projekten. Jämjö Vattenverk, som var ett av projekten i Karlskrona kommun, är för övrigt knappast heller relevant i sammanhanget då maskinentreprenadkostnaden slutade på strax under 1,4 miljoner kr, betydligt lägre än efterfrågade 2 miljoner kr. Ca 12 miljoner var projektets totalkostnad inkl. bygg, mark, VS, vent, el m.m., men frågan gäller bara maskinentreprenadkostnaden. JC Pool uppfyller således inte ska-kravet vad gäller projektör-maskin.

Kommunen har tilldelat JC Pool anbudet såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. Eftersom JC Pool inte uppfyller samtliga ska-krav borde deras anbud ha diskvalificerats. Kommunens tilldelningsbeslut är därför felaktigt och ska upphävas. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet av de två giltiga anbuden har lämnats av Purac. Rättelse ska därför ske på det sättet att Purac tilldelas kontraktet. I annat fall skulle Purac komma att lida skada.

Kristianstad kommun

Kommunen anser att Puracs ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Purac har i första hand gjort gällande att såsom punkten AFB.52 utformats ska JC Pool inte få åberopa annat företags kapacitet när det gäller omsättningskravet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget under huvudrubriken AFB.5 ”Prövning av anbudsgivare och anbud” och underrubriken AFB.52 ”Prövning av anbudsgivares lämplighet” olika kriterier i rubrikform som anbudsgivare skulle prövas utifrån. Ett av kriterierna som anges är ”Ekonomisk och finansiell ställning” och ett annat som anges är ”Omsättnings-

krav”. Det är riktigt att det under rubriken ”Ekonomisk och finansiell ställning” har angetts att anbudsgivare kan åberopa annat företags kapacitet och hänvisat till 14 kap. 6 § LOU. Inledningsvis ska påpekas att denna laghänvisning är felaktig eftersom upphandlingen skett genom förenklat förfarande enligt 19 kapitlet LOU. I stället sägs i 19 kap. 23 § LOU- i motsvarande bestämmelse- att leverantör får åberopa andra företags kapacitet.

LOU innehåller i andra delar att omsättningskrav är en del av krav som får ställas på ekonomisk och finansiell ställning. När annonsering av upphandlingen hade skett inkom en fråga om det var möjligt att åberopa annat företags kapacitet på omsättningskravet. Svaret var också då känt av andra anbudsgivare och kan inte, enligt kommunen, anses ha vilselett någon utan förtydligats utifrån gällande bestämmelser. Därmed har JC Pool, enligt kommunens uppfattning, haft rätt att åberopa annat företags kapacitet beträffande omsättningskravet som skett.

Det finns enligt kommunen en obegränsad rätt för leverantören att åberopa annat företags kapacitet med åberopande av bestämmelserna i 19 kap. 23 § LOU och skulle också strida mot de grundläggande principerna i lagstiftningen om detta inte godtas. Ett viktigt skäl för att bestämmelsen införts är att det ska möjliggöra för mindre företag att delta i upphandlingar genom att kunna samarbeta med andra företag. Det som krävs är att leverantören kan styrka att man förfogar över nödvändiga resurser när avtalet tecknas. Sådana intyg har lämnats av Norconsult.

Som andrahandsinvändning gör Purac gällande att JC Pool saknat rätt att åberopa Norconsults kapacitet eftersom man saknar koncern- eller ägargemenskap med JC Pool. Kommunen har gjort jämförelsen med bestämmelserna i 14 kap. 6 § LOU där det sägs att bestämmelserna om åberopande av annat företags kapacitet gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan företagen. Propositionsuttalet stödjer den tolkningen. Sammant-

get anser kommunen att upphandlingen har genomförts enligt gällande bestämmelser.

Angående Puracs invändning mot att JC Pool inte uppfyller kraven avseende Projektör-Maskin anføres följande. Kraven i denna del är en del i förfrågningsunderlagets AFB.52. Där anges inledningsvis för denna del referensprojekt som utförts av anbudsgivaren och avser vattenproduktionsanläggningar. Därefter ska anges kompetenskrav och referenskrav på personer som är viktiga för genomförandet. Ett av dessa avser krav på projektör-maskin. I anbudet från JC Pool har angetts projektör som ska vara ansvarig för genomförandet, med CV där dessa referensobjekt finns angivna. Det är alltså denna persons kompetens och referenser som är relevanta. Vem som sedan utfört entreprenaden saknar i detta sammanhang betydelse. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att referensprojekten gällande vattenproduktionsanläggningar skulle uppgått till minst 2 miljoner kr. Att summan i projektörsdelen skulle uppgått till 2 miljoner kr har inte kommunen ställt som krav, utan det är total projektsumma som efterfrågats. Detta framgår också av de uppgifter som begärts i anbudsformuläret- total projektsumma. Annars skulle denna upplysning vara irrelevant.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

Enligt 19 kap. 23 § LOU följer att en leverantör vid behov får när det gäller visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att

tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på något annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Omsättningskravet

Purac har anfört att vinnande leverantör, JC Pool, inte uppfyller kravet på omsättning.

I de administrativa föreskrifterna, AFB.52, under "Omsättningskrav" framgår följande.

Anbudsgivaren ska under det senaste fastställda räkenskapsåret ha redovisat en årsomsättning överstigande 20 miljoner kr (SEK) eller de tre senaste fastställda räkenskapsåren ha en sammanlagd omsättning om lägst 60 miljoner kr (SEK).

Till styrkande av detta behöver inget intyg bifogas anbudet. Beställaren kommer att i samband med tagande av kreditupplysning kontrollera årsomsättningen för det senaste alternativt de tre senaste räkenskapsåren.

Av fråga och svar framkommer följande:

1. Kan ett maskinföretag ihop med ett konsultföretag avge gemensamt anbud och genom detta tillgodoräkna sig den gemensamma omsättningen?

Svar: Vid kontraktstecknande måste en leverantör vara ansvarig för kontraktet. Inget "gemensamt" tecknande kan godtas när detta ska ske. En leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att klara uppställda krav under kontraktstiden.

Leverantören måste då visa att man tillhandahåller andra företags kapacitet eller förfogar över nödvändiga resurser.

Den första frågan förvaltningsrätten ska ta ställning till är om JC Pool får åberopa ett annat företags omsättning, i förvarande fall Norconsults omsättning, för att uppnå omsättningskravet som uppställts i AFB.52.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i AFB.52, under rubriken "Omsättningskrav", inte framgår huruvida ett annat företags kapacitet får åberopas eller inte för att uppnå kravet. Den omständigheten att det under rubriken "Ekonomisk och finansiell ställning" står att anbudsgivare kan åberopa annat företags kapacitet har enligt förvaltningsrättens mening ingen koppling till det krav som finns på omsättning. Det uppställs således inget hinder under kravet för omsättning i AFB.52 för att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppnå kravet.

Av 19 kap. 23 § LOU, vilken är tillämplig vid förevarande form av upphandling, framgår att en leverantör får åberopa ett annat företags kapacitet när det gäller visst kontrakt. Enligt förvaltningsrättens bedömning har det därför varit fullt möjligt för JC Pool att åberopa Norconsults kapacitet för att uppfylla kravet på omsättning i förevarande upphandling. Det framgår även att det är tillåtet att åberopa ett annat företags kapacitet avseende omsättningskravet av det "Fråga och svar"-dokumentet som varit tillgängligt för samtliga anbudsgivare, vilket också utgör en del av upphandlingsdokumentet. Purac har gjort gällande att det företag vars kapacitet man åberopar måste ha någon form av ägar- eller koncerngemenskap. Något sådant krav kan förvaltningsrätten inte utläsa av upphandlingsdokumenten och inte heller följer det av LOU. Sammanfattningsvis har det därför varit fullt möjligt att i förevarande upphandling åberopa ett annat företags kapacitet för att uppnå omsättningskravet.

Den andra frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om det godkännande som JC Pool gett in, till stöd för att bolaget får åberopa Norconsult AB:s kapacitet, är korrekt utformat och kan utgöra tillräckligt stöd för Norconsults åtagande.

Av 19 kap. 23 § LOU följer att om en leverantör vill åberopa ett annat företags kapacitet ska leverantören genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Purac har anfört att det godkännande som lämnats in från Norconsult inte är förpliktigande och därmed inte uppfyller kravet på ett åtagande.

Det återfinns inga formkrav i LOU för hur ett åtagande ska se ut. Av Kammarrätten i Stockholms domar den 17 maj 2018 i mål nr 6607-17 och 6647-18 framgår bl.a. följande. Kammarrätten anser att uttalandena i förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 245 samt artikel 48.3 i det nu upphävda upphandlingsdirektivet 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster) ska uppfattas så att en upphandlande myndighet ska beakta ett anbud där annans kapacitet åberopats om anbudsgivaren på ett tillfredställande sätt visat att kapaciteten kommer att finnas tillgänglig. Detta kan enligt ordalydelsen i såväl direktivet som i LOU ske på annat sätt än att en överenskommelse ges in.

Det godkännande som lämnats in är utformat enligt följande.

”Härmed godkännes att Norconsult AB:s, 556405-3964, kapacitet kan åberopas av JC Pool AB i upphandlingen TN 2017/1689.”

Förvaltningsrätten anser att godkännandet med tillräcklig tydlighet visar att Norconsults kapacitet får åberopas av JC Pool i aktuell upphandling. Detta eftersom båda parterna är specificerade liksom referensnumret på den aktu-

ella upphandlingen. Det finns därmed inte skäl att ifrågasätta att Norconsult varit fullt insatta i vad överenskommelsen avsett och omfattat. Härvid beaktas också att avsaknaden av mer specifika formkrav på ett åtagande möjliggör för företag att utforma åtagandet relativt fritt under förutsättning att den upphandlande myndigheten anser att en anbudsgivare på ett tillfredställande sätt visat att den åberopade kapaciteten kommer finnas tillgänglig. Rättens bedömning blir därmed att JC Pool har uppfyllt kravet på omsättning genom åberopandet av det godkännande som bifogats anbudet.

Krav på projektör- maskin

Purac har även invänt mot att två av de referensprojekt som JC Pool uppgett i sitt anbud i själva verket är projekt där Purac varit maskinprojektör.

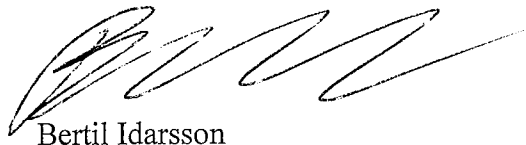
JC Pool har i sitt anbud angett en person som ska vara projektör-maskin. Av förfrågningsunderlaget framgår att man för den föreslagna personen ska inge en förteckning över referensprojekt som den personen haft. Referensprojekten som anges kan vara samma som för anbudsgivaren, men det är inget krav. Det uppställs således inget krav att de referensprojekt som personen som anges som projektör-maskin i ett anbud har utfört ska vara referensprojekt som är hänförliga till anbudsgivaren. I sammanhanget är det således personens referensprojekt som är relevanta och inte JC Pools referensprojekt. JC Pool har därmed på ett korrekt vis angett referensprojekt för projektör-maskin och uppfyller därmed ska-kravet.

Purac har även anfört att det referensprojekt som uppgetts under Projektör-maskin som referensprojekt 2, Jämjö vattenverk i Karlskrona kommun, inte uppfyller kravet på att kostnaden ska uppgå till minst 2 miljoner kr. Purac anför att maskinentreprenadkostnaden slutade på strax under 1,4 miljoner kr. Förvaltningsrätten konstaterar att det såväl i anbudsformuläret som i förfrågningsunderlaget i AFB.52 framgår att det är den totala projektkostnaden

som ska anges. Vad Purac anfört om att den del som avser maskinentreprenad inte uppgår till 2 miljoner kr saknar därmed betydelse eftersom det är projektets totala kostnad som efterfrågas.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att vad Purac anfört i målet inte visar att kommunen borde förkastat JC Pools anbud på de grunder som Purac anfört. Kommunen har inte avvikit från upphandlingsdokumenten eller på annat sätt agerat i strid med bestämmelserna i LOU. Puracs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Bertil Idarsson

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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 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-postadress, 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.