

Improd vill att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse genom ny anbudsprövning, vid vilken Noxabs anbud ska förkastas.

Akademiplatsen anser att Improds ansökan om överprövning ska avslås.

Noxab anser att Improds ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Improd

Av avsnitt 3.3.3 i upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av tidigare jämförbara uppdrag. Detta ska styrkas genom två referenspersoner. Noxab har angett två uppdrag, men bolaget har inte varit avtalspart i något av uppdragen. Enligt vad Improd förstått är det Microbus Electronic Service AB som varit avtalspart i de uppdrag som åberopats av Noxab. Med hänsyn till att kravet på referenser är ett obligatoriskt krav, har Noxab varit tvunget att åberopa annans tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att kunna uppfylla kravet. Av avsnitt 3.3.2 i upphandlingsdokumenten framgår att ett sådant åtagande måste bekräftas genom en särskild fullgörandegaranti. Avsnittet kan rimligen inte tolkas på något annat sätt än att en leverantör som vill åberopa annans kapacitet måste ordna med en fullgörandegaranti.

Noxab har inte till sitt anbud bifogat en fullgörandegaranti från något annat företag. Det har i och för sig lämnat in ett affärskontrakt som gäller mellan Noxab och Microbus. Detta kontrakt är dock i sammanhanget inte tillräckligt. Det finns exempelvis inte i kontraktet någon försäkran om att inga obligatoriska uteslutningsgrunder föreligger. Dessutom ska den föreskrivna fullgörandegarantin vara utformad på det sättet att garanten åtar sig en förpliktelse i förhållande till den upphandlande myndigheten. Affärskontraktet som Noxab gett in är endast ett åtagande mellan två företag. Mot den bakgrunden

innehåller inte Noxabs anbud alla uppgifter som krävs för att bolaget ska kunna tillgodogöra sig annans kapacitet. Med hänsyn till att Noxab inte uppfyller ett obligatoriskt krav avseende referenser, borde anbudet ha förkastats. Det finns inte lagligt utrymme för att frångå ett obligatoriskt krav med hänvisning till att det vore oproportionerligt att följa det.

Akademiplatsen

Noxab har åberopat annans kapacitet avseende bl.a. tekniska resurser, vilket en anbudsgivare har rätt att göra. Det stämmer att ett sådant åberopande skulle ha skett genom användande av det dokument för fullgörandegarantin som bifogats upphandlingsunderlaget. Genom att bifoga affärskontraktet med Microbus har Noxab dock på ett tydligt sätt visat att det uppfyller de krav som finns. Det framgår av kontraktet att arbetet kommer att utföras gemensamt av Microbus och Noxab. Att förkasta en anbudsgivare enbart med hänvisning till att uppgifterna inte återfinns i rätt dokument måste anses vara oproportionerligt, särskilt med hänsyn till att uppgifterna inte har någon koppling till upphandlingsföremålet. Kravet gäller nämligen endast anbudsgivarens förutsättningar.

Det är i och för sig korrekt att Microbus inte lämnat någon försäkran om att det inte finns anledning att utesluta bolaget på någon av uteslutningsgrunderna i LOU. En sådan försäkran är avsedd att lämnas i den svarsbilaga som hör till upphandlingsdokumenten, vilken endast anbudsgivaren kan fylla i. Akademiplatsen har beträffande samtliga anbudsgivare kontrollerat att det inte finns några omständigheter som kan medföra uteslutning.

Noxab

Till anbudet har Noxab bifogat ett affärskontrakt, i vilket det anges att Noxab får rätt att erbjuda Microbus produkter i offentliga upphandlingar och disponera över vissa resurser som tillhör Microbus. I avsnitt 3.3.2 i upphandlingsdokumenten anges uttryckligen att en fullgörandegaranti ska fyllas

i om anbudsgivarens kapacitet garanteras av moderbolag eller annan. Microbus garanterar inte något i affärsavtalet, utan alla garantier ligger på Noxab i egenskap av anbudsgivare. Mot den bakgrunden uppfyller Noxab alla obligatoriska krav. Om förvaltningsrätten skulle vara av en annan uppfattning beträffande hur avsnitt 3.3.2 ska tolkas, skulle det vara oproportionerligt att utesluta Noxab från upphandlingen i den aktuella situationen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 14 kap. 6 § LOU framgår i huvudsak att en leverantör för ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning 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 20 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål av detta slag bör det krävas att parten som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter den grundar

sin talan på. Förvaltningsrättens prövning är mot den bakgrunden i princip begränsad till de omständigheter som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Improd har angett att avsnitt 3.3.2 rimligen endast kan tolkas på så sätt att om en anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet, måste anbudsgivaren lämna in en fullgörandegaranti. Akademiplatsen har uppgett att det är riktigt att en fullgörandegaranti ska bifogas anbudet i en sådan situation. I avsnittet anges följande:

För det fall anbudsgivarens ekonomiska- och/eller tekniska kapacitet garanteras av moderbolag eller annan ska sådan garanti bekräftas genom att garanten fyller i och undertecknar Bilaga 3 Fullgörandegaranti.

Garantigivaren ska uppfylla samma krav som ställs på anbudsgivaren. Detta kommer kontrolleras av upphandlande myndighet på samma sätt som för anbudsgivaren.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning ger ordalydelsen inte stöd för att en fullgörandegaranti under alla omständigheter måste lämnas in om en anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet. Ordalydelsen tyder på att det som avses är en situation då ett moderbolag eller annat företag åtar sig en förpliktelse för anbudsgivarens räkning i förhållande till den upphandlande myndigheten. Utformningen av den blankett som benämns Bilaga 3 Fullgörandegaranti ger inte anledning att anta att avsikten med avsnitt 3.3.2 är någon annan än den som framgår av ordalydelsen. I blanketten anges nämligen att garantigivaren förbinder sig att för rätta fullgörandet av anbudsgivarens åtaganden "[...] svara gentemot upphandlande myndighet såsom för eget åtagande." Det finns emellertid inget uttryckligen angivet krav på att alla anbudsgivare som åberopar annans tekniska kapacitet ska göra det genom en sådan förpliktelse.

Improd har argumenterat att kravet på fullgörandegarantin måste gälla situationen då en anbudsgivare åberopar ett annat företags tekniska förmåga och

kapacitet, eftersom det annars skulle bli irrelevant. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det i avsnitt 3.3.1 i upphandlingsdokumenten uttryckligen anges att en fullgörandegaranti ska lämnas in om en anbudsgivares ekonomiska stabilitet garanteras av ett moderbolag eller annan. Enligt förvaltningsrätten skiljer sig dessa situationer åt på så sätt att ett moderbolag som garanterar ett dotterbolags ekonomiska stabilitet åtar sig en förpliktelse i förhållande till den upphandlande myndigheten, medan en anbudsgivare som åberopar ett annat företags tekniska kapacitet själv skulle kunna ansvara för att den förfogar över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Det kan givetvis tänkas att en anbudsgivare som bevis för att den förfogar över nödvändiga resurser lämnar in något slags åtagande från det företags kapacitet åberopas. Det som anges i 14 kap. 6 § LOU om att leverantören ska visa att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser innebär dock inte att leverantören skulle vara tvungen att lämna in en garanti eller något annat särskilt bevis (jfr prop. 2015/16:195 s. 1 096).

Noxab har åberopat Microbus referenser och kapacitet. Av det affärskontrakt mellan företagen som bifogats anbudet framgår att Noxab har rätt att inom ramen för den aktuella upphandlingen disponera över såväl Microbus referenser som bl.a. dess tekniska och yrkesmässiga resurser. Det finns inget som talar för att Microbus skulle ha åtagit sig en direkt förpliktelse i förhållande till den upphandlande myndigheten. Inte heller finns det något som talar för att Microbus skulle garantera fullgörandet av Noxabs åtaganden. Enligt förvaltningsrättens bedömning skulle alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade anbudsgivare inte tolka det som anges i avsnitt 3.3.2 i upphandlingsdokumenten som att en anbudsgivare som åberopar annans tekniska kapacitet måste göra det genom en garanti av aktuellt slag. Det faktum att Noxab inte lämnat in den särskilda fullgörandegarantin innebär mot den bakgrunden inte att bolaget skulle avvika från ett obligatoriskt krav.

Av 14 kap. 7 § LOU följer att om en upphandlande myndighet vid kontroll finner att ett åberopat företags förhållanden medför skäl för uteslutning eller att företaget inte uppfyller de krav som det åberopats för, ska myndigheten begära att leverantören byter ut företaget. Utifrån vad Improd anfört har det inte framkommit något som talar för att Microbus skulle avvika från något krav i upphandlingen eller vara belastat med sådan brottslighet som ska utgöra skäl för uteslutning. Det faktum att det av affärskontraktet mellan Noxab och Microbus inte framgår om några uteslutningsgrunder föreligger, är enligt förvaltningsrättens uppfattning inte någon avvikelse från ett obligatoriskt krav.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det som Improd anfört inte innebär att Akademiplatsen i någon del brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Improds ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Albert Pettersson

Förvaltningsrättsfiskalen Albert Pettersson har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Johan Molde har varit föredragande.

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 rättstillämpningen.
- 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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

