



KLAGANDE

Käppalaförbundet, 222000-0117
Box 3095
181 03 Lidingö

MOTPART

Olssons Elektromekaniska AB, 556245-2887
Gateljungsvägen
274 63 Rydsgård

ÖVERKLAGÄT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 september 2016
i mål nr 17132-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-07-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Käppalaförbundet (Käppala) har genomfört en upphandling avseende reservkraftaggregat genom ett förenklat förfarande och med tillämpning av bestämmelserna om begränsad kontroll i 15 kap. 13 b § enligt lagen (2007:1091) om offentligt upphandling (LOU). Tilldelningsgrund var lägsta pris. I tilldelningsbeslut den 13 maj 2016 tilldelades AJ Reservkraft AB (Reservkraft) kontrakt. Olssons Elektromekaniska AB (bolaget) ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade den 30 juni 2016 i mål nr 10224-16 om rättelse på så sätt att en ny utvärdering skulle göras. Käppala beslutade den 28 juli 2016, efter en ny anbudsutvärdering, att tilldela Reservkraft kontrakt. Bolaget ansökte återigen om överprövning. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade därefter i dom den 23 september 2016 att rättelse skulle ske på så sätt att Reservkrafts anbud skulle förkastas.

Käppala yrkar i första hand att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och besluta att upphandlingen ska avslutas i enlighet med tilldelningsbeslutet meddelat den 28 juli 2016. I andra hand yrkas att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA FÖRT FRAM

Käppala

Anbudsgivare uppfyller ställda krav genom att kryssa i en ja-ruta. Anbudet från Reservkraft var det anbud med lägst pris. I enlighet med reglerna för begränsad kontroll i 15 kap. 13 b § LOU kontrollerades att Reservkraft uppfyllde ställda krav i upphandlingen. Eftersom Reservkraft inte ensamt uppfyllde kraven på ekonomisk kapacitet, begärdes uppgifter

rörande omsättningen för det av Reservkraft återopade moderbolaget. Det bedömdes att detta var tillräckligt för att styrka Reservkrafts ekonomiska kapacitet. Efter förvaltningsrättens första dom om rättelse har en handling begärts in på det sätt som förvaltningsrätten ansett borde ha skett. Handlingen som Reservkraft inkommit med utgör bevis beträffande ett förhållande som ska föreligga vid tidpunkten för uppdragets genomförande. Anbudsgivaren har inte lämnat nya uppgifter utan endast efter en ny begränsad kontroll inkommit med begärda bevis som visar att kravet angående ekonomisk kapacitet var uppfyllt. Reservkraft har i sin tur, genom hela processen avseende både den ursprungliga och den rättade anbudsutvärderingen, inkommit med den information som efterfrågats inom ramen för den begränsade kontrollen. Att Reservkrafts anbud enligt förvaltningsrättens andra dom trots detta ska diskvalificeras strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Inget av de övriga anbuderna kommer att uppfylla samtliga krav som uppställs i förfrågningsunderlaget, om inte anbuderna genomgår en begränsad kontroll. Eftersom en förhandling redan har skett och tilldelningsbeslut har meddelats, innebär en tolkning av bestämmelsens ordalydelse avseende 15 kap. 13 b § att inget anbud kommer att kunna antas. Om kammarrätten ändå skulle anse att ovanstående situation ligger i linje med gällande rätt bör upphandlingen göras om eller avbrytas eftersom inget anbud kommer att uppfylla ställda krav utan att behöva genomgå den begränsade kontrollen.

Bolaget

Det finns inga nya omständigheter och/eller förhållanden som inte varit kända i samband med de två tidigare rättsliga prövningarna. Det har i förvaltningsrättens avgöranden konstaterats att det är ostridigt att Reservkrafts anbud inte uppfyllde uppställt ska-krav för omsättning och

att Reservkrafts anbud därför ska uteslutas från den fortsatta anbudsutvärderingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

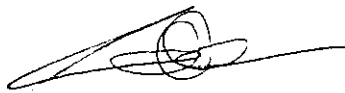
I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

Det är ostridigt i målet att Reservkraft inte ensamt uppfyller kravet på ekonomisk kapacitet i fråga om omsättning. Käppala har efter en rättad anbudsutvärdering inhämtat ett intyg från Reservkrafts moderbolag som bevis för att kravet på ekonomisk kapacitet är uppfyllt. Reservkrafts anbud har därefter utvärderats. Frågan i målet är om Käppala genom detta tillvägagångssätt brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

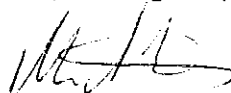
Det aktuella intyget fanns vare sig vid tidpunkten för Reservkrafts ursprungliga anbud eller vid den därefter genomförda kontrollen av anbudet. Det har inte heller framkommit att Reservkraft vid tidpunkten för anbudets inlämnande hade en sådan överenskommelse med moderbolaget. Enligt kammarrättens bedömning utgör intyget därför en ny uppgift som inte kan ses som en tillåten komplettering av det ursprungliga anbudet (jfr EU-domstolens mål C-131/16 och C-387/14). Kammarrätten instämmer därför i förvaltningsrättens bedömning att Käppala genom att inhämta det aktuella intyget och pröva Reservkrafts anbud har brutit mot de grundläggande principerna 1 kap. 9 § LOU.

Kammarrätten gör vidare ingen annan bedömning än förvaltningsrätten ifråga om val av åtgärd. Överklagandet ska därför avslås.

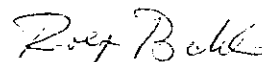
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



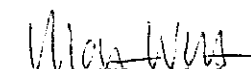
Eva Östman Johansson
kammarrättsråd
ordförande



Mona Aldestam
kammarrättsråd
referent



Rolf Bohlin
kammarrättsråd



Maria Wetterholm
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

Avdelning 33

DOM

2016-09-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

17132-16

Bilaga A
Sida 1 (7)

SÖKANDE

Olssons Elektromekaniska AB, 556245-2887
Gateljungsvägen
274 63 Rydsgård

MOTPART

Käppalaförbundet, 222000-0117
Box 3095
181 03 Lidingö

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Olssons Elektromekaniska AB:s ansökan om överprövning med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse sker på så sätt att AJ Reservkraft AB:s anbud förkastas.

Dok.Id 769457

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

YRKANDEN M.M.

Käppalaförbundet (Käppala) har genomfört en upphandling avseende reservkraftaggregat (dnr KF2015-056) genom ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Olssons Elektromekaniska AB (Bolaget) ansökte om överprövning och yrkade i första hand att upphandlingen skulle rättas och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Som grund anfördes att Käppala har frångått skall-kraven i förfrågningsunderlaget och därmed brutit mot principerna i LOU genom att tilldela AJ Reservkraft (Reservkraft) uppdraget. Förvaltningsrätten beslutade att ansökan ska föranleda ett ingripande i form av rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs (förvaltningsrättens dom den 30 juni 2016 i mål nr 10224-16). Käppala har därefter utfört en ny utvärdering och kontraktet har åter tilldelats Reservkraft.

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan den i mål 10224-16 tilldömda rättelsen har utförts med iakttagande av principerna i LOU. Som grund för yrkandet anger bolaget följande. Käppala har vid ny utvärdering av inlämnade anbud fortsatt att frångå i förfrågningsunderlaget specifikt angivet skall-krav på lägsta nivå för anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Käppala hänvisar till ett i efterhand upprättat intyg framförhandlat utifrån andra premisser än de som rådde vid tidpunkten för anbudens inlämnande, som grund för att vidmakthålla sitt ursprungliga tilldelningsbeslut.

Käppala bestrider bifall till bolagets ansökan. Som grund för denna inställning anges att de åberopade omständigheterna inte kan anses medföra att de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU har åsidosatts.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Bolaget anför bl.a. följande.

Av anbudsgivarens pkt 1.2 Ekonomisk ställning framgår bl.a. följande:

"Minsta omsättning för anbudsgivare ska vara 40 MSEK per år i snitt de senaste tre åren."

Enligt 15 kap. 13 b § andra stycket LOU ska kontrollen av de externa resurser som en anbudsgivare vill åberopa göras innan anbudsgivaren bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslut. Så har inte skett vilket är ostridigt.

Den resursgaranti utställd av Reservkrafts moderbolag, AJ Powers Ltd som Käppala nu inhämtat och åberopar i sin rättade utvärdering, är daterad den 19 juli 2016. Det innebär att denna garanti är upprättad och framförhandlad med moderbolaget under andra förutsättningar långt efter att anbudstiden har gått ut, långt efter att Reservkraft bjöds in till förhandling och långt efter att tilldelningsbeslutet den 13 maj 2016 hade offentliggjorts. Innebörden av detta är enligt LOU att garantin inte kan åberopas i den fortsatta utvärderingen av upphandlingen.

Även om Reservkraft är ett till 100 % ägt dotterbolag till AJ Powers Ltd, och verksamt i samma bransch, är det ingen garanti för att moderbolaget med automatik har möjlighet att ikläda sig ett dotterbolags åtaganden, i det att moderbolagets åtaganden (t.ex. vid anbudstidens utgång) kan vara fullt intecknat av andra åtaganden som varken Reservkraft eller Käppala behöver ha kännedom om. En koncerngaranti eller annan garanti som åberopas måste vara utställd av den som ställer ut garantin för det objekt som avses för att kunna åberopas.

Innebörden av domen i mål nr 10224-16 är att anbudet från Reservkraft inte är kvalificerat för den fortsatta utvärderingsprocessen.

Bolagets anbud är rankat som nummer två och därmed borde bolaget bjudas in till förhandling och tilldelas uppdraget eftersom Reservkrafts anbud inte uppfyller ställda skall-krav. Bolaget kommer på grund av påtalade brister i den rättade utvärderingen att åsamkas skada.

Käppala anför bl.a. följande.

Det är ostridigt i målet att Käppala har tillämpat begränsad kontroll i upphandlingen i enlighet med bestämmelsen i 15 kap. 13 b § LOU. Bestämmelsens syfte är att minska den administrativa bördan för deltagande leverantörer genom att minska antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras och ges in vid en upphandling i syfte att visa leverantörens lämplighet att utföra ett visst kontrakt. Syftet är att leverantörer som inte kommer att bli tilldelade kontrakt i upphandlingen inte i onödan ska tvingas inkomma med certifikat, intyg eller annan dokumentation.

Genom kvalificeringen som Käppala har utfört, sedan rättelse förordnats av förvaltningsrätten, har Reservkraft inkommit med ett åtagande som styrker dess ekonomiska kapacitet genom en moderbolagsgaranti. Att den nu aktuella moderbolagsgarantin är daterad med ett senare datum än sista dag att inkomma med anbud är naturligt eftersom Reservkraft i enlighet med motiven för att använda begränsad kontroll inte hade skäl att inkomma med ett intyg i form av moderbolagsgaranti förrän dess att Käppala efterfrågat ett sådant intyg. När Käppala genom en ny kvalificering begärt in ett åtagande är det således adekvat att Reservkraft inte förrän dess har daterat och inkommit med ett sådant åtagande.

Förvaltningsrätten konstaterade i sin dom i mål nr 10224-16 att Käppala borde ha kontrollerat och begärt in ett åtagande från Reservkraft. Det bör ligga Käppala till last att Reservkraft ursprungligen inte kunnat visa att Reservkraft uppfyller samtliga skall-krav. Reservkraft har både i anbudet och i den begränsade kontrollen inkommit med efterfrågade uppgifter.

Med förfrågningsunderlagets utformning i beaktande hade Reservkraft inte någon möjlighet att inkomma med ett åtagande som styrker den ekonomiska kapaciteten då förfrågningsunderlaget endast erbjöd kryssrutor med antingen ”ja” eller ”nej” på besvarandet av frågan om leverantören uppfyller kravet avseende ekonomisk kapacitet.

Käppala anser till skillnad från bolaget att förvaltningsrätten i sitt avgörande i mål nr 10224-16 inte ålagt Käppala att inte beakta Reservkrafts anbud vid rättelsen av utvärderingen. Rättelsen ska ske på så sätt att en ny utvärdering avseende upphandlingen ska göras. Den nu genomförda kvalificeringen är därmed fullföljd i enlighet med förvaltningsrättens rättelse.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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.

Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 2 kap. 24 § LOU. Tillämpliga bestämmelser framgår därför i 15 kap. LOU.

Enligt 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 15 kap. 13 b § LOU får en upphandlande myndighet begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och arbetsgivare som anges i andra och tredje stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att Käppala i strid med LOU inhämtat och återopat i sin rättade utvärdering, en moderbolagsgaranti/åtagande utställd av Reservkrafts moderbolag AJ Powers Ltd som styrker dess ekonomiska kapacitet. Garantin är daterad den 19 juli 2016 och därmed upprättad och framförhandlad med moderbolaget efter att anbudstiden har gått ut, även efter att Reservkraft bjöds in till förhandling samt efter att tilldelningsbeslutet daterat den 13 maj 2016 hade offentliggjorts. Käppala har invänt att Reservkraft i enlighet med motiven för att använda begränsad kontroll inte hade skäl att inkomma med ett intyg i form av moderbolagsgaranti förrän dess att Käppala efterfrågat ett sådant intyg.

Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår av 15 kap. 13 b § LOU att kontroll av uppgifter och handling som rör leverantörens lämplighet ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet. Det är ostridigt i målet att Käppalas kontroll av Reservkraft avseende dess ekonomiska kapacitet skett efter att Reservkraft bjöds in till förhandling. Denna komplettering kan enligt förvaltningsrättens mening inte ses som ett förtydligande enligt 15 kap. 12 § LOU eftersom ett skall-krav som inte är uppfyllt inte kan bli föremål för förtydligande. Ett sådant förtydligande får anses strida mot principen om likabehandling och kan inte sägas omfattas av 15 kap. 12 § LOU.

Käppala har genom att tillåta komplettering och pröva anbudet från Reservkraft, trots att det aktuella skall-kravet inte varit uppfyllt, brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Anbudet skulle rätteligen ha förkastats. Eftersom bolaget lidit eller kan komma att lida skada genom att Reservkrafts anbud felaktigt har utvärderats ska ansökan om överprövning bifallas och rättelse ske på så sätt att Reservkrafts anbud förkastas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson

Rådman

Susanna Ewerlöf har föredragit målet.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 33

Mål nr: 17132-16

Rättelse/komplettering

Dom, 2016-09-23

Rättelse och komplettering, 2016-09-23

Beslut av: Per Eskilsson

Rättelse enligt 32 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

På sidan 1 i domen anges felaktigt att endast Käppalaförbundet är motpart till sökanden. Rätt ska vara att även AJ Reservkraft Sverige AB, org.nr 559017-9841, Ryttarevägen 18 A, 302 62 Halmstad är motpart.

Per Eskilsson

Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.