



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2016-03-29
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10298—10308-15



Ankomstdatum
2016-03-29

SÖKANDE

Gotlandsakademin AB, 556581-2590
Hamngatan 3
621 57 Visby

MOTPARTER

Bjuvs kommun	mål nr 10298-15
Båstads kommun	mål nr 10299-15
Helsingborgs stad	mål nr 10300-15
Höganäs kommun	mål nr 10301-15
Klippans kommun	mål nr 10302-15
Landskrona stad	mål nr 10303-15
Perstorps kommun	mål nr 10304-15
Svalövs kommun	mål nr 10305-15
Åstorps kommun	mål nr 10306-15
Ängelholms kommun	mål nr 10307-15
Örkelljunga kommun	mål nr 10308-15

Ombud för samtliga motparter: Upphandlingschef Lisbeth Johnson och
Jur. kand. Christina Nilsson
Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 307889

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bjuvs kommun, Båstads kommun, Helsingborgs stad, Höganäs kommun, Klippans kommun, Landskrona stad, Perstorps kommun, Svalövs kommun, Åstorps kommun, Ängelholms kommun och Örkelljunga kommun (nedan de upphandlande myndigheterna) genomför en upphandling benämnd "Chefs- och ledarskapsutveckling Skåne Nordväst 2015", dnr KS 2015/521. Upphandlingen, som är uppdelad i fem delområden, genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har de upphandlande myndigheterna beslutat att för delområde 5 "Projektledarutbildning", vilket nu är aktuellt, anta anbudet från Plan B Consulting AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Gotlandsakademin AB ansöker om överprövning av upphandlingen avseende delområde 5 och yrkar rättelse på så sätt att Gotlandsakademin AB:s anbud ska utvärderas. Som grund för sin ansökan anför Gotlandsakademin AB bl.a. följande. Gotlandsakademin AB:s anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen och har därmed felaktigt blivit förkastat. Om anbudet hade utvärderats skulle Gotlandsakademin AB ha vunnit upphandlingen eftersom man lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Gotlandsakademin AB:s anbud har förkastats med hänvisning till att man inte redovisat underleverantör enligt punkt 3.3.3 i förfrågningsunderlaget. Anledningen till att någon underleverantör inte redovisats i anbudet är att någon underleverantör inte avses anlitas. Gotlandsakademin AB ägs till 100 procent av Jörgen Wessman i Lau AB, nedan JW, som i praktiken endast utför uppdrag inom ramen för Gotlandsakademin AB:s verksamhet. Anledningen till att verksamheten bedrivs i två bolag är att Gotlandsakademin AB i andra uppdrag även arbetar tillsammans med andra konsulter. Jörgen Wessman är VD och ordförande i båda bolagen och styrelsen består av samma personer. Det faktum att Jörgen Wessman är anställd i JW, men utför uppdrag åt Gotlandsakademin AB innebär inte att det föreligger ett underleverantörsförhållande

i den mening som avses i LOU. I det här fallet rör det sig om två bolag där VD, ordförande och styrelseledamöter är desamma. Det enda som skiljer är organisationsnumren.

Även om det varit så att JW skulle agera underleverantör till Gotlandsakademien AB har detta redovisats i anbudet. Gotlandsakademien AB uppfyller kraven redan genom 15 kap. 15 a § LOU eftersom man på "annat sätt" visat att man förfogar över tillräcklig kapacitet. Gotlandsakademien AB har visserligen inte angivit JW som underleverantör i samband med anbudet men har under utvärderingsperioden fått en begäran om förtydligande och då beskrivit förhållandet mellan Gotlandsakademien AB och JW samt beskrivit vilka resurser man förfogar över. I och med att Gotlandsakademien AB och JW har samma VD, ordförande och styrelseledamöter har Gotlandsakademien AB "på annat sätt" visat att man förfogar över resurserna. De uppgifter som Gotlandsakademien AB lämnat i sitt anbud och på begäran av de upphandlande myndigheterna måste anses vara tillräckliga för att fastställa att Gotlandsakademien AB uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det vore därför inte proportionerligt att förkasta anbudet enbart på den grund att man i anbudet inte namngivit en underleverantör.

För det fall domstolen anser att JW är att se som underleverantör och att denna inte heller redovisats korrekt så vill Gotlandsakademien AB anföra att den vinnande anbudsgivaren i strid med kravet att anbudet ska vara på svenska, punkt 2.6 i förfrågningsunderlaget, till sitt anbud bifogat dokument som styrker rutiner för kvalitetssäkring skrivet på danska samt bifogat dokument som avser exempel på hur en utvärdering kommer att vara formulerad skrivet på engelska. Konsekvenserna av att godkänna bristerna i Plan B:s anbud, som myndigheterna gjort, är att även de av myndigheterna påstådda bristerna i Gotlandsakademien AB:s anbud måste godtas. I annat fall bryter kommunen mot principen om likabehandling. Om rättelse inte kan ske på så sätt att Gotlandsakademien AB:s anbud tas med i utvärderingen måste rättelse därför ske på så sätt att även anbudet från Plan B förkastas.

De upphandlande myndigheterna bestrider Gotlandsakademin AB:s ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Gotlandsakademin AB:s anbud uppfyller inte kraven som ställts och har därför korrekt uteslutits. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren redovisa om denne avser att använda sig av underleverantörer samt i förekommande fall redovisa inom vilka delar underleverantörer kan komma att bli aktuella samt vilka dessa underleverantörer är. Av Gotlandsakademin AB:s anbud framgår att underleverantörer inte kommer att anlitas vid utförandet av uppdraget. Vid utvärderingen upptäcktes att Gotlandsakademin AB betalat in noll kronor i arbetsgivaravgift under de senaste tre månaderna innan anbudet lämnades in. Myndigheterna ställde en fråga till Gotlandsakademin AB om hur detta kunde komma sig och fick då till svar att anställning ligger i moderbolaget och inte i Gotlandsakademin AB. Detta innebar således att en underleverantör måste anlitas för att uppdraget ska kunna utföras. Trots detta har Gotlandsakademin AB angett att underleverantör inte kommer att anlitas och har därmed inte uppfyllt det uppställda kravet om att redovisa eventuella underleverantörer. Det bolag som Gotlandsakademin AB avser att använda sig av är en annan juridisk person och följaktligen måste Gotlandsakademin AB redovisa att man förfogar över nödvändiga resurser vilket följer av 15 kap. 15 a § LOU. Det faktum att bolagen ägs av samma person fråntar inte anbudsgivaren detta ansvar. Gotlandsakademin AB har inte lämnat någon bevisning eller någon redogörelse att bolaget förfogar över nödvändiga resurser utan tvärtom tydligt angett att underleverantörer inte ska användas. Företaget JW nämns överhuvudtaget inte i anbudet. Inte heller i svaret från Gotlandsakademin AB gällande arbetsgivaravgifter anger Gotlandsakademin AB att man kommer att förfoga över JW:s resurser vid utförande av uppdraget. Bara det faktum att ett företag ingår i samma koncern styrker inte att man kommer att förfoga över företagets kapacitet.

Plan B:s anbud uppfyller de krav på språk i anbud som ställs i punkten 2.6 i förfrågningsunderlaget. Uppräkningen av vilka bilagor som får vara på an-

nat språk är inte uttömmande vilket framgår av att man angett ”och liknande” i meningen. Därmed får även andra bilagor på andra språk än svenska accepteras.

Myndigheterna har vid utvärderingen följt förfrågningsunderlagets krav vilket innebär att Gotlandsakademin AB:s anbud måste förkastas då det inte uppfyller kraven på redovisning av användande av underleverantör. Att godta ett anbud som inte uppfyller kraven hade inneburit att myndigheterna brutit mot likabehandlingsprincipen. Något förkastande av Plan B:s anbud är inte aktuellt då detta uppfyller kraven. Gotlandsakademin AB har inte lidit någon skada då myndigheternas förfarande är helt korrekt enligt LOU.

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.

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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra sin utvärdering och prövning av anbuden mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkten 3.3.3 att anbudsgivaren ska redovisa om denne avser att använda sig av underleverantörer samt i förkommande fall redovisa inom vilka delar underleverantörer kan komma att bli aktuella samt vilka dessa underleverantörer är.

Av utredningen i målet framgår att Gotlandsakademin AB inte angivit någon underleverantör i anbudet då man är av den uppfattningen att någon sådan inte anlitas för uppdragets genomförande. Vidare framgår att den personella resurs som Gotlandsakademin AB avser att använda för uppdragets genomförande är anställd i Jörgen Wessman i Lau AB (nedan JW), d.v.s. en annan juridisk person än det anbudsgivande bolaget. Gotlandsakademin AB har i målet anfört att bolaget ägs till 100 procent av JW och att Jörgen Wessman är VD och ordförande i båda bolagen och att styrelsen består av samma personer. Bolaget har vidare anfört att det faktum att Jörgen Wessman är anställd i JW, men utför uppdrag åt Gotlandsakademin AB, inte innebär att det föreligger ett underleverantörsförhållande i den mening som avses i LOU.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i LOU saknas en närmare definition av begreppet underleverantör. Enligt förvaltningsrättens mening får dock uttrycket underleverantör i LOU förstås som tredje man i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten, d.v.s. varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller del av uppdraget. Detta innebär således att om en anbudsgivare anlitar ett annat bolag för utförande av hela eller delar av ett uppdrag måste detta bolag betraktas som underleverantör oavsett ägarförhållanden eller koncernstruktur (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 567-14). Enligt förvaltningsrättens mening får det mot bakgrund härav i nu aktuell upphandling anses föreligga ett sådant underleverantörsförhållande mellan Gotlandsakademin AB och JW som enligt förfrågningsunderlaget skulle ha angivits i anbudet.

Gotlandsakademin AB har i målet även anfört att man på annat sätt visat att man förfogar över JW:s resurser då man i förtydligande till myndigheterna beskrivit ägarförhållandena mellan Gotlandsakademin AB och JW och då de båda bolagen har samma VD, ordförande och styrelseledamöter. Enligt Gotlandsakademin AB är det därför inte proportionerligt att förkasta anbudet enbart på den grund att man i anbudet inte namngivit en underleverantör.

Av 15 kap. 15 a § LOU framgår att en leverantör vid behov får åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av utredningen i målet framgår att Gotlandsakademin AB i sitt anbud inte åberopat andra företags kapacitet. Vidare är det utöver ägarförhållandena inte visat att det föreligger något åtagande, avtal eller koncerngaranti mellan de nu aktuella bolagen. Enligt förvaltningsrättens mening kan Gotlandsakademin AB således inte heller anses ha visat att bolaget förfogar över andra företags kapacitet. Med hänsyn härtill och då Gotlandsakademin AB inte angivit någon underleverantör i sitt anbud kan det aktuella kravet i punkten 3.3.3 i förfrågningsunderlaget inte anses vara uppfyllt.

När det gäller frågan om det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet kan förvaltningsrätten konstatera att denna princip ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 132) anges att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. I doktrinen har vidare anförts att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, *Kommentar Offentlig upphandling*, s. 16). Enligt förvaltningsrättens mening är det i målet inte visat annat än att det nu aktuella kravet på namngivande av underleverantör får anses vara relevant och av sådan betydelse för upphandlingen att de upphandlande myndigheter har haft fog för att på denna grund förkasta bolagets anbud.

Gotlandsakademin AB har i målet vidare anfört att den vinnande anbudsgivaren, Plan B Consulting AB, inte uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget och att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att inte även förkasta detta anbud.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C 243/89, kommissionen mot Danmark). Förvaltningsrätten kan emellertid härvid konstatera att Gotlandsakademin AB:s anbud rätteligen förkastats och att bolaget därför inte kan komma ifråga såsom leverantör i upphandlingen. Gotlandsakademin AB riskerar således inte att lida skada oavsett om den vinnande anbudsgivarens anbud förkastas eller inte. Inte heller kan förvaltningsrätten finna att de upphandlande myndigheternas agerande i detta avseende kan anses strida mot likabehandlingsprincipen. Det finns därför inte skäl för förvaltningsrätten att pröva vad Gotlandsakademin AB anfört i denna del.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Gotlandsakademin AB anfört i målet inte visar att de upphandlande myndigheterna i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Gotlandsakademin AB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten 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 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten 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 kammarrätten.

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 åberopa 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.