



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-09-19
Meddelad i Luleå

Mål nr
1356-16

SÖKANDE

BDX Företagen AB, 556207-3329
Box 854
971 26 Luleå

Ombud: Advokaten Viktoria Edelman och jur. kand. Alicia Ahlberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

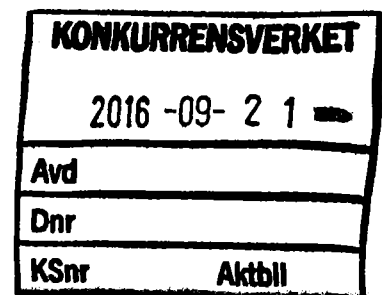
Gällivare kommun
982 81 Gällivare

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 78682

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Gällivare kommun (kommunen) genomförde upphandling av ”Repisvaara Södra Etapp 1” genom öppet förfarande. Kommunen beslutade att NYAB Sverige AB (NYAB) skulle tilldelas kontraktet. BDX Företagen AB:s (BDX) anbud kom på andra plats i utvärderingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad BDX framför

BDX ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att förnyad anbudsutvärdering görs, vid vilken NYAB:s anbud inte ska utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

BDX framför följande. Kommunen har genomfört en upphandling avseende i huvudsak markarbete för nytt planområde i kommunen. I punkten AFB.52 punkt 3 i de administrativa föreskrifterna anges följande. ”Anbudsgivaren ska, antingen självständigt eller genom påvisat koncernförhållande, ha en genomsnittlig omsättning de tre senaste åren på minst 170 miljoner svenska kronor.” Vidare anges att ”Anbudsgivare ska uppfylla samtliga krav enligt punkt 1-7, anbud ska utformas och lämnas i enlighet med punkt AFB.31 och samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget ska uppfyllas för att anbud ska tas upp till prövning gällande tilldelningskriterier.”

NYAB uppfyller inte kravet på en omsättning om minst 170 miljoner kr de senaste tre åren och har därför åberopat T Erixon Entreprenad AB:s finansiella och ekonomiska resurser.

Av ordalydelsen i AFB.52 punkten 3 framgår att omsättningskravet endast kan uppfyllas genom att självständigt uppfylla omsättningskravet eller genom påvisat koncernförhållande. Det torde vara ostridigt att NYAB inte självständigt uppfyller omsättningskravet. NYAB har inte heller påvisat att något koncernförhållande föreligger. NYAB uppfyller därmed inte de uppställda kraven i upphandlingen.

NYAB:s anbud borde rätteligen ha förkastats. Genom att utvärdera anbudet trots bristerna har kommunen brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

BDX hade vid en korrekt hantering tilldelats kontraktet i upphandlingen. Kommunens förfarande har således inneburit att BDX lidit eller riskerat att lida skada.

Då bristerna i upphandlingen rör prövningen av anbudet och inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det tillräckligt att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas.

Vad kommunen framför

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och framför följande. Det är ostridigt att NYAB inte uppfyller kravet på omsättning självständigt eller genom påvisat koncernförhållande. Företag har dock möjlighet att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla minimikrav. NYAB har åberopat T Erixon Entreprenad AB:s ekonomiska kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU och uppfyller därmed kravet på omsättning enligt AFB.52 punkt 3.

Kommunen har inte i uttryckligen begränsat anbudsgivarens möjlighet att åberopa annat företags kapacitet. Att kommunen uttryckligen angivit att

anbudsgivaren ska ha viss kapacitet medför inte per automatik en begränsning för en anbudsgivare att återropa ett annat företags kapacitet. Anbudsgivaren har i princip en oinskränkt rätt att återropa annat företags kapacitet för att visa att bolaget uppfyller kvalificeringskraven vilket framgår direkt av lagtexten, 11 kap. 12 § LOU. Det är anbudsgivarens sak att bedöma om det finns behov att återropa andra företags förmåga. LOU innehåller inte någon bestämmelse som inskränker denna rätt. Det är därför inte lagligen möjligt att begränsa rättigheten, vare sig genom föreskrifter i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt.

Kommunen har mot denna bakgrund inte haft skäl att diskvalificera NYAB från fortsatt deltagande i upphandlingen då bolaget uppfyller samtliga krav.

Vad BDX framför

BDX yttrar sig och framför följande. Om kommunens avsikt inte varit att begränsa möjligheten att återropa annat företags kapacitet har förfrågningsunderlaget varit otydligt utformat och inte förutsebart, vilket strider mot principen om transparens. Eftersom det påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen i sådant fall göras om.

Det är riktigt att huvudregeln är att en leverantör har rätt att återropa annans kapacitet och det alldeles oavsett om det företag som leverantören återropar ingår i samma koncern som leverantören eller är ett från leverantören helt fristående bolag. Det är något som framgår av bestämmelsen i 11 kap.12 § LOU och det är således inte nödvändig för en upphandlande myndighet att i ett förfrågningsunderlag ange att det går att återropa annans kapacitet eller att den kan ske genom återropande av bolag i samma koncern.

Enligt uttalande från EU-domstolen är det dock möjligt för en upphandlande myndighet att inskränka leverantörens rätt att återropa annans kapacitet och

i stället kräva att ett visst krav uppfylls av anbudsgivaren själv. I mål C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA och Mannocchi Luigino DI mot Provincia di Fermo, uttalade EU-domstolen att rätten att åberopa annans kapacitet inte är absolut eftersom det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas (punkten 36 i domen). I en sådan situation ansåg EU-domstolen att en upphandlande myndighet kan kräva att en enda ekonomisk aktör uppfyller miniminivån på kapacitet eller att det sker genom en begränsad krets av ekonomiska aktörer.

I denna upphandling har kommunen valt att explicit ange att kravet på omsättning ska uppfyllas antingen av anbudsgivaren självständigt eller genom påvisat koncernförhållande. Någon motsvarande skrivning har kommunen inte gjort beträffande övriga kvalificeringskrav. Det är således tydligt att kommunen ställt ett särskilt krav på en viss kapacitet genom att, på sätt som EU-domstolen öppnat upp för, begränsa möjligheten att åberopa annans kapacitet till anbudsgivarens koncernbolag. Kommunen har därigenom säkerställt att det endast är anbudsgivarens omsättning eller anbudsgivarens omsättning tillsammans med koncernbolagets omsättning som ska ligga till grund för bedömningen av anbudsgivarens ekonomiska kapacitet vad gäller omsättning.

För det fall förvaltningsrätten skulle anse att kravet inte innefattar en begränsning av möjligheten att åberopa annans kapacitet är kravet otydligt och inte förutsägbart. Det kan i sådana fall inte uteslutas att anbudsgivare som uppfattat kravet på omsättning i förfrågningsunderlaget på det sätt som BDX har gjort har avstått från att lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har kommunen brutit mot LOU genom att inte diskvalificera NYABS:s anbud eller av någon annan anledning?

Av förfrågningsunderlaget, administrativa föreskrifter AFB.52 punkt 3, framgår att anbudsgivaren ska, antingen självständigt eller genom påvisat koncernförhållande, ha en genomsnittlig omsättning de tre senaste åren om minst 170 miljoner kr.

Enligt domstolens uppfattning kan villkoret knappast tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren själv eller koncernen måste uppfylla minimikravet på omsättning.

Det ostridigt att NYAB inte uppfyller kravet. Istället har NYAB åberopat ett annat företags kapacitet. Hade det gällt ett obligatoriskt krav av annan karaktär än det nu aktuella hade slutsatsen varit enkel, NYAB:s anbud skulle rätteligen ha förkastats.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får dock en leverantör vid behov och när det gäller visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Denna rätt får i och för sig inskränkas i vissa fall, men inskränkningen måste ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta (se EU-domstolens dom i mål C-94/12, jämför även EU-domstolens dom i mål C 406/14). Eftersom det handlar om ett undantag från en huvudregel har kommunen bevisbördan för att förutsättningarna för undantaget är uppfyllda.

Kommunen synes inte, trots formuleringen i förfrågningsunderlaget, ha haft för avsikt att begränsa rätten att åberopa annans kapacitet. Av naturliga skäl har den då inte heller motiverat begränsningen. Slutsatsen blir att kravet i

AFB.52 punkt 3 utgör en otillåten inskränkning av leverantörens rätt enligt 11 kap. 12 § LOU.

NYAB har därmed haft rätt att åberopa annans kapacitet. Med andra ord har kommunen inte brutit mot LOU genom att inte förkasta NYAB:s anbud.

Däremot är det förstås inte förenligt med bl.a. principen om transparens i LOU att skriva förfrågningsunderlag så att de innehåller krav som myndigheten inte haft för avsikt att ställa. Kommunen har alltså brutit mot LOU av denna anledning.

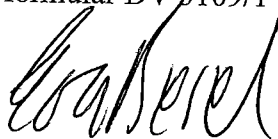
Har BDX lidit skada?

För ett ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU krävs inte bara att myndigheten har brutit mot LOU utan även att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

BDX har bedömts uppfylla det aktuella kravet. Förvaltningsrätten kan då inte se på vilket sätt BDX lider skada på grund av kommunens brott mot LOU. Skäl för ingripande saknas därmed.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Eva Beselin

Carola Andersson har föredragit målet.