



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2020-04-07

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

3361-20

SÖKANDE

Maleon AB, 559034-6325

Ombud: Daniel Mancilla

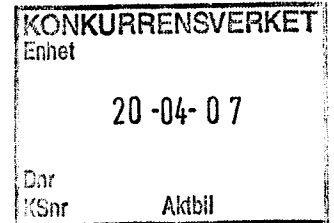
MOTPART

Fastighetskontoret i Stockholms stad

Ombud: Lars Mattsson

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1213903

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd31.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKRUND OCH YRKANDEN M.M.

Fastighetskontoret i Stockholms stad (härefter staden) genomför upphandling av ramavtal avseende myndighetsbesiktningar samt kontroller inom sex olika konsultkategorier, dnr FSK 2019/496 (upphandlingen). Vid upphandlingen tillämpas öppet förfarande i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris. Genom tilldelningsbeslut den 20 januari 2020 tilldelades Maleon AB (härefter Maleon) rangordning 1 avseende område 3 *Besiktningssman inom anordningar som omfattas av maskin- och hissdirektivet*. Staden återtog därefter detta tilldelningsbeslut och fattade den 11 februari 2020 ett nytt tilldelningsbeslut i vilket en annan anbudsgivare än Maleon tilldelades rangordning 1. Av tilldelningsbeslutet den 11 februari 2020 framgår att Maleon inte uppfyllde kvalificeringskrav 4 *Resurser kompetenskrav* i upphandlingen och därför diskvalificerades inom område 3.

Maleon ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att staden står fast vid sitt första tilldelningsbeslut.

Staden bestrider Maleons yrkande och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Maleon

Maleon uppfyller krav 4 i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Maleon tillåts enligt 14 kap. 6 § LOU åberopa andra företags kapacitet

vilket har gjorts. En utfästelse har även skickats som bilaga till anbudet. Maleon anser att den upphandlande myndigheten ska återkalla det nya tilldelningsbeslutet och stå fast vid sitt första tilldelningsbeslut. Detta eftersom myndigheten bryter mot 14 kap. 6 § LOU och inte heller gett bolaget tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning (13 kap. 4 § LOU). Vidare har den upphandlande myndigheten inte följt ”princip 1” i 4 kap. 1 § LOU. Om det nya tilldelningsbeslutet står fast kan det skada Maleon eftersom intäkterna som bolaget skulle ha haft inom ramavtalet uteblir.

Staden

Staden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan av bestämmelserna i lagen. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbudet har prövats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Således har varken kvalificeringen eller förfarandet i övrigt skett i strid med lagen om offentlig upphandling. Någon grund för att besluta om ingripande i upphandlingen föreligger därför inte.

Staden har funnit att Maleon inte uppfyller 14 kap. 1 § första stycket 1 LOU. Maleon är inte certifierat inom anordningar som omfattas av maskin- och hissdirektivet utan åberopar certifiering hos sin underentreprenör. Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 14 kap. 1 § första stycket 2 och 3. Dock medger lagen inte rätt att åberopa underentreprenör avseende punkten 1 ”behörighet att utöva yrkesverksamhet”. Mot denna bakgrund uppfyller inte Maleon certifieringskravet i stadens förfrågningsunderlag. Denna tolkning av LOU får stöd av en dom från Kammarrätten i

Jönköping den 24 maj 2018 (mål nr 3427-17). I denna dom slår kammarrätten fast att det inte är möjligt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser behörighet att utöva yrkesverksamhet. Mot denna bakgrund hävdar staden att den förfarit korrekt när den förkastat Maleons anbud och fattat ett nytt tilldelningsbeslut.

Maleon hävdar att staden brutit i handläggningen av tilldelningsbeslutet eftersom staden inte gett bolaget rätt att yttra sig över beslutet enligt 13 kap. 4 § LOU. Denna paragraf avser uteslutningar enligt 13 kap. LOU. Staden har inte uteslutit Maleon med stöd av 13 kap. LOU, varför den paragrafen inte är tillämplig i detta mål.

Vad Maleon angett om brott mot 4 kap. 1 § LOU bestrids. Upphandlingen har gjorts i enlighet med gällande lagstiftning. Stadens kvalificering har varit korrekt, liksom tilldelningsbeslutet. Staden har därigenom inte trätt principerna om transparens, förutsägbarhet och likabehandling för när. Mot denna bakgrund saknas skäl för ingripande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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

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 14 kap. 1 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Av 14 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 1 § första stycket 2 och 3. Detta gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot en upphandling och särskilt ett tilldelningsbeslut inom ramen för upphandlingen, på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Som huvudprincip gäller att det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet har brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Staden har förkastat Maleons anbud inom område 3 *Besiktningssman inom anordningar som omfattas av maskin- och hissdirektivet* med motiveringen

att Maleon inte uppfyller kvalificeringskrav 4 *Resurser kompetenskrav* i upphandlingen.

Maleon har bl.a. invänt att bolaget uppfyller det aktuella kvalificeringskravet genom att åberopa andra företags kapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte kommit fram att Maleon är certifierat inom anordningar som omfattas av maskin- och hissdirektivet. Maleon åberopar istället certifiering hos sin underentreprenör för att uppfylla kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det enligt 14 kap. 6 § LOU inte är möjligt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser behörighet att utöva yrkesverksamhet (14 kap. 1 § första stycket 1 LOU). Jämför Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 maj 2018 i mål nr 3427-17. Förvaltningsrätten bedömer i enlighet med detta att Maleon inte uppfyller kvalificeringskrav 4. Staden har därmed rätteligen förkastat Maleons anbud.

Maleon har vidare anfört att staden inte gett bolaget tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning i enlighet med 13 kap. 4 § LOU.

Kravet på kommunikering i nämnda bestämmelse gäller vid uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling enligt 13 kap. LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att någon uteslutning enligt 13 kap. LOU inte skett. Därmed har det inte varit aktuellt att tillämpa 13 kap. 4 § LOU.

Maleon har anfört att staden inte har följt 4 kap. 1 § LOU men har inte närmare preciserat på vilket sätt principerna i denna bestämmelse skulle ha trätts för när vid upphandlingen.

Under avsnitt AUB.51 *Prövning av anbudsgivare* under rubriken Krav 4 *Resurser kompetenskrav* redovisas det inledningsvis för bl.a. att anbudsgivaren ska ha teknisk kapacitet, resurser, kompetens och erfarenhet som krävs, i enlighet med nedan ställda krav, för att organisera, utföra och följa upp ställda krav. Vidare anges det att det nedan redovisas de resurs-, kompetens- och erfarenhetskrav som ställs på besiktningsman samt certifieringskrav inom respektive konsultkategori. Det räknas också upp vilka generella krav som det ställs på en besiktningsman. Därefter anges det bl.a. följande.

”Följande certifikat/behörighet m.m. krävs för respektive konsultkategori:

3. Besiktningsman inom anordningar som omfattas av hiss- och maskindirektivet (plattformshissar, lyftbord, portar, teltrar, rulltrappor och hissar m.m.) – Konsulten ska inneha giltig behörighet, som ska vara utfärdad av ackrediterat certifieringsorgan enligt svenska regelverk. Konsult förutsätts arbeta i enlighet med ”Arbetsmiljöverkets föreskrifter om maskiner, AFS 2003:6” inklusive senare ändringsförfattningar samt ”Boverkets föreskrift BFS 2011:12 HI2” inklusive senare ändringsförfattningar.

Bevis

Anbudsgivaren ska namnge de personer som offereras i respektive konsultkategori samt intyga att angivna kompetenskrav och giltig behörighet uppfylls. Anbudsgivare offererar valfria antal konsultkategorier. Några bevis behöver inte bifogas anbudet. Beställaren kan komma att kontrollera att kompetenskraven och giltig behörighet uppfylls. Anbudsgivaren ska då vara beredd att på begäran inkomma med CV/meritförteckning/certifikat eller annan förteckning som styrker att kraven uppfylls. Om anbudsgivaren åberopar annat företags kapacitet för att uppfylla kravet ska anbudsgivaren ange vilket företags kapacitet som åberopas samt på begäran av beställaren tillhandahålla bevis som styrker att anbudsgivaren kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Använd då gärna bifogad mall ”Utfästelse avseende teknisk kapacitet”.

Av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en

bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I enlighet med likabehandlingsprincipen får en upphandlande myndighet inte efterge eller bortse från obligatoriska krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare eller anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska som huvudregel inte beaktas vid utvärderingen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet måste således kraven vara uppfyllda.

Förvaltningsrätten anser att det av kvalificeringskravets utformning framgår att besiktningsman inom anordningar som omfattas av hiss- och maskindirektivet ska inneha giltig behörighet. Att den aktuella besiktningsmannen uppfyller uppsatta behörighetskrav utgör således ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Annat har inte kommit fram än att staden har bedömt inkomna anbud utifrån detta obligatoriska krav utan ovidkommande hänsyn och att man, utifrån den gjorda bedömningen, fattat tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten bedömer således att förfrågningsunderlaget i den aktuella delen uppställer ett obligatoriskt krav som, utifrån ändamålet med upphandlingen, är nödvändigt och proportionerligt. Det kan således inte anses stå i strid med principerna om likabehandling och transparens. Inte heller i övrigt har det kommit fram att stadens förfarande vid upphandlingen skulle ha skett på ett sätt som strider mot principerna i LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU utifrån vad Maleon har anfört i målet. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i

bilaga (FR-05).

Anna Karin Andersson
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Mathilda Cedergren har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

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 försörjningssektorena, 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.

