



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-11-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17995-14

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Promentgruppen AB, 556448-8038

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

AB Familjebostäder, 556035-0067
Box 92100
120 07 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-11-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Promentgruppen AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 521941

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

AB Familjebostäder genomför en upphandling av konsultramavtal för byggprojektledning (dnr 2014/0797-3.3.1) enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av upphandlingsprotokoll daterat den 3 juli 2014 framgår att Promentgruppen AB inte bedömdes uppfylla kvalificeringskravet gällande omsättning.

Promentgruppen AB yrkar att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras där bolagets anbud beaktas.

Familjebostäder anser att ansökan i första hand ska avvisas som för sent inkommen och i andra hand avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Frågan i målet är om det utifrån vad bolaget har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att detta har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Ansökan har kommit in i rätt tid

Parternas argumentering

Familjebostäder gör gällande att bolagets ansökan om överprövning ska avvisas som för sent inkommen och anför bl.a. följande. Spärrtiden löpte ut den 14 juli 2014. Leverantören ska för att kunna lämna anbud registrera ett

konto hos Opic Tendsign och lämna anbud därigenom, vilket framgår av AUB.31 och AUB.34. Bolaget har genom att använda ett annat företags (Abutilon AB) konto inte följt bestämmelserna i förfrågningsunderlaget, vilket lett till att bolaget själv orsakat att det inte tagit del av tilldelningsbeslut när det borde fått kännedom om det. Allt som offentliggjorts beträffande upphandlingen, under och efter anbudstiden, har gått till Abutilon AB:s konto i stället för till bolaget. Varken Abutilon AB eller Promentgruppen AB har invänt mot detta och Promentgruppen AB har därigenom accepterat att Abutilon AB i stället är mottagare av samtliga meddelanden, även tilldelningsbeslut. Det vitsordas att det enligt förfrågningsunderlaget AUB.53 ska lämnas e-postadress för att få beslut om tilldelning. Denna text har funnits kvar sedan tidigare upphandlingar då anbud inte togs in via Opic TendSign. På senare tid har dock texten om e-postadress funnits kvar som reservadress ifall e-postadressen hos TendSign inte skulle fungera.

Promentgruppen AB anser inte att förfrågningsunderlaget föreskriver att all korrespondens ska ske via Opic Tendsign. Bolaget hänvisar till att det i förfrågningsunderlaget AUB.53 framgår att anbudslämnare ska ange adress till den person som ska vara mottagare av tilldelningsbeslut i anbudsformulär med e-post. Bolaget har följt denna bestämmelse, varför tilldelningsbeslut skulle ha lämnats till den adress som bolaget angett.

Förvaltningsrättens bedömning

Avtalsspärr och tidsfristen för att inkomma med ansökan börjar löpa den dagen underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickas till samtliga anbudsgivare i upphandlingen (se 16 kap. 1 och 11 §§ LOU).

I AUB.21 anges att förfrågningsunderlaget tillhandahålls elektroniskt via Opic. Av AUB.24 framgår att fråga med anledning av förfrågnings-

underlaget ska ställas via Opic.com. I AUB.31 och AUB.34 anges att det i den här upphandlingen används elektronisk anbudsgivning via upphandlingssystemet TendSign och att anbudsgivare som vill delta i upphandlingen ska lämna in elektroniskt anbud via systemet. Vidare anges i AUB.31 att anbudet ska lämnas genom anbudsformuläret. Förvaltningsrätten anser inte att det genom dessa bestämmelser har ställs upp krav på att all korrespondens ska ske via Opic TendSign utan att endast att viss korrespondens som är särskilt utpekad ska ske via Opic Tendsign. Dessutom anges i AUB.53, som gäller meddelande om beslut vid prövning, att anbudslämnare ska ange adress till den person som ska vara mottagare av tilldelningsbeslut i anbudsformulär med e-post. Rätten anser att det i AUB.53 särskilt pekas ut hur tilldelningsbeslutet ska meddelas. Det framgår inte någonstans att den adress som anbudslämnarna lämnar enligt AUB.53 endast skulle vara en reservadress. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att bolaget följt bestämmelserna i förfrågningsunderlaget när det angett adressen ake.lesant@renlaven.se i anbudsformuläret och därmed kunnat räkna med att tilldelningsbeslutet skulle skickas till denna adress.

Det är i målet ostridigt att tilldelningsbeslutet inte skickats till adressen ake.lesant@renlaven.se utan endast elektroniskt via Opic Tendsign. Bolaget har anfört att de fått kännedom om tilldelningsbeslutet den 28 juli 2014. Det har inte visats att bolaget fått del av tilldelningsbeslutet vid ett tidigare tillfälle. Sista dag för ansökan om överprövning var därmed den 7 augusti 2014. Bolagets ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 1 augusti 2014. Den har därmed kommit in i rätt tid. Förvaltningsrätten övergår därmed till att pröva ansökan i sak.

Krav på omsättning

Skälen för förkastandet av bolagets anbud

I förfrågningsunderlaget punkt AUB.513 med rubriken "Omsättningskrav" (ekonomisk kapacitet) anges att omsättningen under de två senaste åren i medeltal ska uppgå till lägst 4 MSEK per år. Det anges även att detta kontrolleras av beställaren och att bevis på detta inte behöver bifogas anbudet.

Som skäl till Familjebostäders förkastande av bolagets anbud angavs följande. Bolagets omsättning är 0 kr. Promentgruppen AB har åberopat ett samarbetsavtal med dess moderbolag Abutilon AB och därigenom åberopat Abutilon AB:s omsättning till uppfyllandet av omsättningskravet. Samarbetsavtalet föreskriver dock inte att Abutilon AB åtar sig att uppfylla bolagets ekonomiska förpliktelser, eller att bolaget fritt kan förfoga över Abutilon AB:s ekonomiska resurser för uppfyllandet av avtalet (ett dotterbolag har inte förfoganderätt över moderbolagets resurser). En sådan formulering är en förutsättning om bolaget ska åberopa Abutilon AB beträffande ekonomisk kapacitet.

Parternas argumentering

Promentgruppen AB anför följande. Till styrkande av att det uppfyller omsättningskravet åberopas ett åtagande från bolagets moderbolag Abutilon AB daterat den 24 maj 2014. Kravet på omsättning skiljer sig från ett krav på soliditet. I den nu aktuella situationen kan man inte ställa ett krav på ett proprieborgensansvar eller därmed jämställt ansvar för anbudsgivarens ekonomiska förpliktelser. Kravet är endast att anbudsgivaren visar att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras och detta har Promentgruppen AB gjort genom

samarbetsavtalet med Abutilon AB (jfr 11 kap. 12 § LOU). Abutilon AB uppfyller kravet på ekonomisk kapacitet. Vidare åberopar Promentgruppen AB en "On demand garanti" som är daterad den 14 augusti 2014 i vilken Abutilon AB såsom för egen skuld garanterar Promentgruppens AB:s ekonomiska förpliktelser i förhållandet till AB Familjebostäder

Familjebostäder vidhåller hos förvaltningsrätten sin inställning såsom den framförts i utvärderingsrapporten beträffande handlingen från den 24 maj 2014. Familjebostäder menar att handlingen "On demand garanti" ska avvisas som en otillåten komplettering, eftersom den inkommit efter anbudstidens utgång och anbudsutvärderingen gjorts, varför den strider mot bl.a. likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrättens bedömning

I 11 kap. 12 § LOU regleras möjligheten och förutsättningarna för en leverantör att uppfylla krav på ekonomisk kapacitet genom att åberopa andra företags kapacitet. Här anges att leverantören genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt ska visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Promentgruppen AB har till sitt anbud bifogat en handling med rubriken "Samarbetsavtal" daterad den 24 maj 2014. I handlingen anges följande:

"Härmed intygas att vi, Abutilon AB (556713-6444) står till förfogande som ingående samarbetspartner och samt ägare till Proment Consulting AB (556448-8038), i detta ramavtal till, Familjebostäder AB. Som intyg för att bolaget klarar av de krav som ställs i AUB.513 och AUB.514 bifogas kopia på de två senaste årsredovisningarna samt registreringsbevis att företaget är anslutet till PRV. "

Förvaltningsrätten konstaterar att det i den ingivna handlingen från maj 2014 inte närmare specificeras vad som omfattas av Abutilon AB:s ansvar.

Det enda som framgår är att Abutilon AB står till förfogande som samarbetspartner och ägare. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget genom denna handling inte visat vad som ingår i Abutilon AB:s förpliktelser gällande tillhandahållande av ekonomiska resurser. Därmed har bolaget genom denna handling inte visat att det uppfyller kravet på att ha en omsättning under de två senaste åren som i medeltal uppgått till lägst 4 MSEK per år.

Bolaget har hos förvaltningsrätten kommit in med en handling undertecknad och daterad den 14 augusti 2014 med rubriken "On demand garanti". Handlingen har både upprättats och kommit in efter det att anbuden enligt förfrågningsunderlaget skulle ha kommit Familjebostäder AB tillhanda. Eftersom kvalificeringskraven på anbudsgivaren bör vara uppfyllda redan vid anbudsgivningen anser förvaltningsrätten att handlingen inte kan beaktas (jfr Lag om offentlig upphandling – en kommentar, Jan-Erik Falk, tredje upplagan, s. 261). Detta innebär att Promentgruppen AB inte har visat att det uppfyller kravet på att ha en omsättning om lägst 4 miljoner kronor de senaste två åren.

Promentgruppen AB:s ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Sandell

Rådman

Charlotte Wallberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MÅN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 anlitat 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.