


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-05-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr

28334-18

SÖKANDE

Füerst VVS- & Energiteknik AB, 556514-0679

Ombud: Advokat Ann Liljedal

Foyen Advokatfirma KB

Åsgatan 41

791 71 Falun

MOTPART

Täby kommun

183 80 Täby

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-05-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Täby kommun (Kommunen) genomför upphandling av konsulttjänster avseende projektering av luftbehandlingssystem, rörtekniska system, kylsystem, sprinkleranläggning, styr- och övervakningssystem för tre skolor i Täby kommun. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Sju anbudsgivare inkom med anbud. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och bestäms genom bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Priserna (timarvode) i upphandlingen är fastställda och anbudsgivare konkurrerar enbart med kvalitetskriterier, genomförandebeskrivning och utformning av innehåll i teknisk beskrivning. Annan anbudsgivare än Furst VVS & Energiteknik AB (Furst) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN

Furst yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Kommunen vid ny anbudsutvärdering antar Fürsts anbud så som varande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen bestrider Fürsts ansökan om överprövning och yrkar för egen del att förvaltningsrätten ska avslå Fürsts ansökan.

GRUNDER

Furst anför i huvudsak följande som grund för sin talan. Kommunen har förkastat deras anbud trots att det uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget. Kommunens agerande står i strid med LOU och den grundläggande principen om likabehandling. Hade Kommunen agerat i enlighet med LOU och de grundläggande principerna hade Fürsts anbud gått vidare

till utvärdering och det är bolagets bedömning att bolagets anbud hade antagits såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. Först har således lidit eller riskerar att lida skada av Kommunens agerande.

Kommunen bestrider Försts yrkande på i huvudsak följande grunder. Kommunen har inte brutit mot LOU och inte heller har Först visat att de lidit eller kunnat komma lida skada. Skäl att förordna att upphandlingen ska rättas föreligger inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Vad parterna anför

Först anför bl.a. följande. De har i sitt anbud tydligt angivit att bolaget åberopar annans kapacitet avseende sprinklerprojektering samt ekonomisk omsättning upp till kravgränsen på 18 miljoner kronor samt bifogat åtagande. De har även angivit åberopandet tydligt i den till anbudet fogade egenförsäkran. Vad gäller sprinklerprojekteringen utgör ett åtagande i den delen

att det finns faktiska resurser att förfoga över vid utförandet av kontraktet. Mot detta har inte Kommunen framfört några invändningar.

Först har i enlighet med förfrågningsunderlaget och med stöd av 14 kap 6 § LOU åberopat annans kapacitet avseende omsättningskravet om 18 miljoner kronor per år. Det är i sig inte något som ska fullgöras under kontraktstiden och att försöka formulera ett åtagande avseende historisk omsättning är, om inte en omöjlighet så i alla fall en språklig utmaning; "FireTech ställer sin kapacitet avseende historisk omsättning till förfogande avseende genomförande av det framtida kontraktet". Omsättningen är historisk och går inte att använda annat än som mått på hur bolaget sett ut de senaste åren. Det enda åtagande som går att koppla till kravet på omsättning är att det företag vars kapacitet anbudsgivarna åberopar, åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet. Något sådant krav har inte ställts upp av Kommunen. Kommunen har således förkastat Fürsts anbud med hänvisning till ett krav som inte existerar. Ett sådant agerande står i strid med LOU och den grundläggande principen om likabehandling.

Kommunen anför bl.a. följande. En anbudsgivare måste uppfylla samtliga obligatoriska krav i AUB.51. Om så inte sker kommer anbud att förkastas, se HFD 2016 ref. 37 I och II. Fürsts anbud förkastades då anbudet inte uppfyllde det obligatoriska kravet avseende ekonomiskt och finansiell ställning och åberopat intyg från annat företag inte innehöll något åtagande avseende ekonomisk kapacitet enligt AUB.51 punkt 3 och 5.

Av AUB.51 punkt 3 följer att anbudsgivaren ska visa på god ekonomisk och finansiell stämning. Detta kontrolleras genom att anbudsgivare har haft minst en omsättning om 18 miljoner kr per år de två senaste fastställda boksluten och att anbudsgivaren innehar minst rating "kreditvärdig" hos Creditsafe AB. Kommunen får, och har också, uppställt dessa krav i enlighet med LOU. Av förfrågningsunderlaget följer att en anbudsgivare har

möjlighet att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk- och finansiell ställning. Om så sker ska ett åtagande från åberopat företag bifogas. Något krav på solidariskt ansvar för anbudsgivarens fullgörande av kontraktet i enlighet med 14 kap. 8 § LOU har emellertid inte uppställts i upphandlingen och måste därmed heller inte uppfyllas.

För att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning krävs att både omsättningskravet och ratingkravet uppfylls. Furst har inte haft en omsättning om minst 18 miljoner kr per år de senaste två åren. Fursts anbud uppfyller inte båda de kraven som utgör det obligatoriska kravet, alltså ska anbudet förkastas.

I AUB.51 punkt 5 anges hur en anbudsgivare ska agera för att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk- och finansiell ställning eller teknisk- och yrkesmässig kapacitet. Av det av Furst åberopade åtagandet framgår att FireTech enbart har ställt resurser till Fursts förfogande gällande sprinklerprojekteringen. Av det åberopade åtagandet framgår inte att FireTech även ställer sina resurser till Fursts förfogande för att uppfylla kravet avseende omsättning. Furst uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning. Fursts anbud ska därmed i enlighet med likabehandlingsprincipen förkastas. Detta har även skett varpå upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Några skäl för ingripande finns inte.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har stor frihet att ställa de krav den finner nödvändiga i en upphandling. Kraven får dock inte strida mot gällande principer och bestämmelser i LOU (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78). Den upphandlande myndigheten har bl.a. rätt att

ställa krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska och finansiella ställning under förutsättning att kraven har anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta (14 kap. 1 § LOU).

Av de administrativa föreskrifterna, AUB. 51 "Prövning av anbudsgivare", framgår att kontroll av ekonomisk och finansiell ställning är en del av prövningen av anbudsgivares lämplighet. Av AUB. 51 punkten 3 framgår att för att visa på god ekonomisk och finansiell ställning kommer beställaren, via Creditsafe AB, kontrollera att anbudsgivare har haft en omsättning om minst 18 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren och minst innehar rating "kreditvärdig". Om anbudsgivare har för avsikt att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk- och finansiell ställning ska ett åtagande från åberopat företag bifogas anbudet.

Förvaltningsrätten har inte funnit anledning att ifrågasätta storleken på det aktuella omsättningskravet (jfr 14 kap. 4 § LOU). Av handlingarna i målet framgår att Furst har en årsomsättning om ca 15 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren. Det står därför klart att Furst inte uppfyller kravet på omsättning på egen hand.

En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomiskt och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det är då leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras (14 kap. 6 § LOU). Den upphandlande myndigheten får dessutom kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet, om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning (14 kap. 8 § LOU).

Av AUB. 51 punkten 5 "Åberopande av andra företags kapacitet" framgår att en anbudsgivare får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav

som avser ekonomisk- och finansiell ställning eller teknisk- och yrkesmässig kapacitet. Anbudsgivare som vill nyttja denna rättighet ska redovisa vilken funktion åberopat företag ska fylla och ange företagets namn och organisationsnummer. Anbudsgivare ska genom att tillhandahålla ett åtagande från åberopat företaget, eller på annat sätt visa, att anbudsgivare kommer att förfoga över nödvändiga resurser när avtalet fullgörs. Av åtagandet ska minst framgå namn på anbudsgivare, organisationsnummer på anbudsgivare, namn och organisationsnummer på företaget vars kapacitet åberopas, vilka funktioner och resurser som ställs till förfogande från åberopat företag, att aktuella funktioner och resurser ställs till fritt förfogande för uppdrag enligt rubricerat uppdrag och senare tecknat avtal, undertecknande av behörig företrädare hos åberopat företag.

Av anbudet som Furst lämnat in framgår att åtagandet från FireTech avser sprinklerprojektering samt ekonomisk omsättning upp till kravgränsen på 18 miljoner kronor. Av intyg från FireTech daterat den 8 november 2018 framgår att Furst förfogar över FireTech vad gäller resurser för sprinklerprojektering av objekt ”Skola 1, Skola 2 och Skola 3” åt Kommunen. Även om Furst anbud anger att åtagandet avser såväl sprinklerprojektering som ekonomisk omsättning upp till kravgränsen på 18 miljoner kronor är det enligt förvaltningsrättens mening tydligt att det åtagande som lämnats in från FireTech avser endast sprinklerprojektering. Upphandlingen rör ett mer vida område än sprinklerprojektering och det kan därför inte anses att åtagandet ska uppfattas som att det även ska omfatta omsättningskravet för hela upphandlingen. Det har ålegat Furst att se till att de handlingar som de lämnat in vid anbudsgivning är fullständiga och att de kunnat visa att de kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Att Furst i samband med handläggningen i domstol lämnat in ett intyg från FireTech som bl.a. anger att tidigare åtagande även avsåg omsättningskravet förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Att tillåta komplettering i

efterhand på detta sätt vore ett agerande i strid med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis uppfyller inte Fürst ensamt det i förfrågningsunderlaget uppställda omsättningskravet och det åberopade åtagandet omfattar inte omsättningskravet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det saknas grund för ingripande i enlighet med LOU. Fürsts ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-5).

Kaija Hultquist

Rådman

Erica Malmgren har handlagt 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 nyårs-afton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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 försörjningssektorerna, 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.