



SÖKANDE

1. OTK Klimat Installationer AB, 556864-5195
Kvartsgatan 6 C
749 40 Enköping

2. Sodexo Facilities Services AB, 556356-7709

Ombud: Erik Made
Sodexo Facilities Services AB
Box 47620
117 94 Stockholm

3. Västerås Vent o Plåt AB, 556707-3951

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

4. Imtech Ventilation Västerås AB, 556680-7516

Ombud: Advokat Emma Broddesson
Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

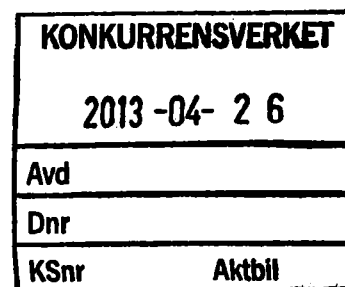
Enköpings kommun, Tekniska nämnden
745 80 Enköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning från Imtech Ventilation Västerås AB på så sätt att upphandlingen rättas och anbudet från företaget beaktas vid utvärderingen.



Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning från Sodexo Facilities Services AB på så sätt att upphandlingen rättas och en individuell bedömning görs av företagets ekonomiska förhållanden.

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning från OTK Klimat Installationer AB och Västerås Vent o Plåt AB.

BAKGRUND

Tekniska nämnden i Enköpings kommun (kommunen) har gjort en upphandling benämnd Ramavtal ventilationsarbeten, TF2012/491. Den 28 januari 2013 fattade nämnden tilldelningsbeslut och antog anbuderna från Sydtotal i Västerås AB, numera och nedan benämnt Imtech Ventilation Västerås AB (Imtech), Bravida Sverige AB (Bravida) och Hoist Energy Luftkontroll AB (Hoist) i nämnd rangordning.

Kommunen beslutade den 13 februari 2013 att rätta tilldelningsbeslutet och fatta ett nytt tilldelningsbeslut och antog därvid Bravida Sverige AB, Hoist Energy Luftkontroll AB och Sydtotal AB i nämnd rangordning. Som grund för det nya beslutet angavs att Imtech inte angivit sina referensuppdrag på rätt sätt och därför borde ha diskvalificerats och inte tagits med i utvärderingen.

YRKANDEN

OTK Klimat Installationer AB (OTK) ansöker om överprövning av upphandlingen. OTK yrkar i första hand att tilldelningsbeslutet den 28 januari 2013 och tilldelningsbeslutet den 13 februari 2013 ändras så att OTK kommer att vara en av tre ramavtalsentreprenörer och i andra hand att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan anför OTK i huvudsak följande. Utvärderingen är felaktig. Den har inte varit rättvis och har därmed givit vissa anbudsgivare

fördel. Det finns också felaktigheter i anbudsformulär och förfrågningsunderlag. Kommunen har lämnat olika uppgifter i olika bilagor huruvida OTK uppfyllt skall-kraven. Det är den av kommunen först lämnade uppgiften i bilaga 3, att alla skall-krav är uppfyllda, som ska gälla. Uppgifterna i bilaga 1, att OTK är uteslutet på grund av att det inte haft minst fem anställda de senaste två åren, och uppgifterna i bilaga 2, att OTK är uteslutet på grund av att det inte haft mer än fem anställda de senaste två åren är motstridiga.

OTK har uteslutits på grund av att det är ett nystartat företag, vilket är i strid med 1 kap. 9 § och 1 kap 11 § LOU. Det framgår heller inte av förfrågningsunderlaget att det ska föreligga ett hinder för ett nystartat företag att lämna anbud och detta strider mot kravet på transparens. Det faktum, att det i anbudsformuläret finns en möjlighet att kryssa i nej som svar på frågan om det i medeltal varit minst fem anställda de senaste två åren, visar att det inte rör sig om ett skall-krav. OTK uppfyller dessutom kravet genom att det haft 10 anställda i 1,5 år, vilket ger mer än fem i medeltal under två år. Tvåårskravet är irrelevant och skulle i så fall omfattat tre år i enlighet med 11 kap. 11 § andra stycket 8 LOU.

Imtechs anbud skulle ha uteslutits då dess anbudsformulär inte är fullständigt ifyllt och det i formuläret saknas efterfrågade uppgifter om beställare för referensprojekt och kontaktperson. Inte heller Hoist har ifyllt ett fullständigt anbudsformulär. Bravidas och Imtechs anbud har undertecknats av personer som inte är firmatecknare. Detta har godtagits för dem men inte för Västerås Vent o Plåt AB. Prisnivån i det sistnämnda företagens anbud är så låg att det borde ha ifrågasatts av upphandlande myndighet.

Förfrågningsunderlaget innehåller dessutom ett skall-krav gällande fordon, vilket brister i transparens. OTK och sannolikt även de andra anbudsgivarna använder inte fordon i sina ventilationsentreprenader. Det finns även fel-

skrivningar i anbudsformulären, såsom att det står fiktivt antal timmar ventilationsarbetare/injusterare med enheten SEK, när det ska stå summa fiktiv kostnad för ventilationsarbetare/injusterare.

Sodexo Facilities Services AB (Sodexo) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att tilldelningsbeslutet den 28 januari 2013 rättas på så sätt att Sodexos anbud beaktas.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunen saknar sakliga skäl för att utesluta Sodexo då Sodexo uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav, inklusive kravet på ekonomisk stabilitet. Sodexo har även till sitt anbud fogat samtliga dokument som efterfrågats. Det anges inte någonstans i förfrågningsunderlaget att bilagor med kreditupplysning ska bifogas utan snarare framgår motsatsen av formuleringen. Sodexo har riskklass 5 hos UC AB, vilket är den bästa ratingen, och hade det såväl vid tidpunkten för anbudsgivning som anbudskontroll.

Vid tillämpning av den i förfrågningsunderlaget angivna uträkningsmodellen har Sodexo ett bättre pris än Hoist. Kommunen har genom sitt förfarande brutit mot principen om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Kommunens agerande har medfört skada för Sodexo eftersom Sodexo vid en korrekt bedömning och tillämpning av de obligatoriska kraven efter utvärdering skulle tilldelats ramavtal som en av tre leverantörer, eftersom Sodexos utvärderingspris är ett av de tre lägsta.

Västerås Vent o Plåt AB (Vent o Plåt) ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att tilldelningsbeslutet den 13 februari 2013 ska rättas på så sätt att Västerås Vent o Plåts anbud utvärderas och i andra hand att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan anför Vent o Plåt i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt de EG-rättsliga regler lagen grundas på dels genom att utesluta Vent o Plåt från deltagande i anbudsutvärderingen, dels genom att uppställa ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet som inte är proportionerligt eller giltigt.

Av anbudsutvärderingen framgår att Vent o Plåt hade det näst lägsta anbudet av samtliga inkomna anbud och det var lägre än de anbud som slutligen antogs. För det fall Vent o Plåt inte hade uteslutits hade bolaget således tilldelats kontrakt. Genom att felaktigt uteslutas har Vent o Plåt således lidit skada eller kunnat komma att lida skada.

När det gäller kravet på att anbudsgivaren för att kunna genomföra kommande arbeten i medeltal ska haft minst fem ventilationsarbetare anställda under de senaste två åren har Vent o Plåt uppgett att man uppfyller det aktuella kravet genom att vid behov få låna in yrkesutövare från andra företag med vilka man samarbetar. Vent o Plåt har härvid bifogat en lista på bolag med sådant nära samarbete. Vent o Plåt har på ett tillräckligt och adekvat sätt förklarat hur de uppfyller kommunens ställda krav på resurser. Vidare brister skall-kravet på i medeltal minst fem ventilationsarbetare per år under de senaste två åren i proportionalitet med hänsyn till omfattningen av de arbeten som upphandlingen avser. Vent o Plåt har fullt erforderlig kapacitet för att klara av att utföra de arbeten som kan komma att omfattas av upphandlingen och inför ett större arbete med förnyad konkurrens mellan ramavtalsparterna finns tid att organisera verksamheten så att förmåga att utföra efterfrågade arbeten kan säkras. Av 11 kap. 11 § LOU framgår uttömmande vilka bevis som en upphandlande myndighet kan kräva av en anbudsgivare till styrkande av dess tekniska kapacitet. Det strider mot lagtexten att ställa krav på antalet anställda under de senaste två åren, då det i bestämmelsen står de senaste tre åren.

Imtech Ventilation Västerås AB (Imtech) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att tilldelningsbeslutet den 13 februari 2013 rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken Imtechs anbud beaktas.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Imtechs anbud har i det senare tilldelningsbeslutet diskvalificerats på grund av att kommunen anser att Imtech inte angivit sina referensuppdrag på rätt sätt med angivande av namn på beställare, kontaktperson, telefonnummer och e-postadress. Krav på specifik kontaktperson fyller inte någon funktion.

De krav på bevis på teknisk kapacitet, som en upphandlande myndighet får ställa, finns uttömmande angivet i 11 kap. 11 § LOU. Kommunens krav är därvid inte förenligt med lagens angivelse. Imtech har i sitt anbud bekräftat att man har den tekniska kapacitet som krävs. Även om kommunen skulle haft rätt att ställa angivna krav på bevis strider uteslutningen ur upphandlingen mot proportionalitetsprincipen.

Imtech har lidit skada eftersom en korrekt utvärdering skulle ha resulterat i att Imtech hade tilldelats kontraktet eftersom bolaget har offererat ett lägre pris.

Kommunen bestrider bifall till ansökningarna.

Vad gäller *OTK:s* ansökan om överprövning anför kommunen i huvudsak följande. De svar som anbudsgivaren får i bilaga 3 om att alla skall-krav är uppfyllda avser endast de formella svar som avlämnats i upphandlingssystemet KommersAnnons och innebär endast en bekräftelse att anbudsgivaren angett och hävdar att alla skall-krav är uppfyllda. Kravet på att bolaget ska ha haft en verksamhet i minst två år är tillåtet att ställa enligt 11 kap. 11 § andra stycket 8 LOU. Det är orimligt att, som bolaget gjort, beräkna antal anställda i medeltal för år då det inte varit verksamt. Bolaget har ute-

slutits därför att det inte haft verksamhet i två år. Kravet har varit transparent då alla bolag haft samma förutsättningar. Vad gäller bolagets påpekande att några av de övriga anbudsgivarna inte har lämnat komplett ifyllda anbudsformulär är det inte något skall-krav att anbudsformuläret är komplett ifyllt. Däremot medger kommunen att Imtech hade bort uteslutas från utvärdering vid det första tilldelningsbeslutet på grund av saknade uppgifter. Att anbud inte är undertecknade av behöriga firmatecknare är irrelevant, eftersom det inte var ett krav, utan kravet var att de skulle vara undertecknade av person med fullmakt. När det gäller krav på fordon avseende miljöklass och alkolås har samtliga anbudsgivare accepterat dessa krav. Det behövs fordon för att förflytta sig mellan de olika uppdragen.

Vad gäller *Sodexos* ansökan om överprövning anför kommunen i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget anger kommunen att kreditvärderingsbolaget Soliditet kommer att användas för att bevisa leverantörens ekonomiska ställning. Anbudsgivarna har i förfrågningsunderlaget blivit upplysta om hur man kontrollerar sin rating. Då en leverantör velat visa sin ekonomiska ställning med någon annan handling ska leverantören själv visa detta i sitt anbud enligt 11 kap. 9 § LOU (se Förvaltningsrätten i Uppsala, mål 1743-11).

Vad gäller *Vent o Plåts* ansökan om överprövning anför kommunen i huvudsak följande. Enligt 11 kap. 11 § andra stycket 8 LOU är det tillåtet att ställa krav på att bolaget ska ha haft verksamhet som sträcker sig tre år bakåt i tiden. Kommunens krav gällande antalet anställda är proportionellt i förhållande till arbetets art och omfattning. Bolaget har angett att det har tillgång till andra företags kapacitet men har inte tillhandahållit ett åtagande från företagen i fråga, vilket är förutsättningen enligt 11 kap. 12 § LOU.

Vad gäller *Imtechs* ansökan om överprövning anför kommunen i huvudsak följande. I anbudsformuläret ställdes som skall-krav att till uppgifter avseende referensuppdrag skulle anges beställare, kontaktperson, telefon, e-post, typ av uppdrag och år. Det framgick även att anbudsgivaren skulle säkerställa att de angivna referenserna var aktuella. Kraven strider inte mot proportionalitetsprincipen, eftersom de efterfrågade uppgifterna avseende kontaktperson med e-post och telefonnummer är nödvändiga för att kontrollera lämnade uppgifter.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder de sökande bolagen anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

OTK har i sin ansökan om överprövning bl.a. gjort gällande att det uppfyller skall-kravet och att kommunen i samband med upphandlingen gett motstridiga besked, att kravet på att anbudsgivaren ska ha haft minst fem anställda under två år inte är transparent samt att det har ställts i strid med lagtextens ordalydelse. Förvaltningsrätten konstaterar att det enligt 11 kap. 11 § andra stycket 8 LOU är tillåtet att ställa krav på att en anbudsgivare haft verksamhet som sträcker sig upp till tre år bakåt i tiden. Tre år bör ses som en maximigräns och förhindrar inte den upphandlande myndigheten att endast ställa krav på två år. Enligt kommunens skall-krav skulle bolaget ha i medeltal minst fem anställda per år i minst två år. Rätten finner att **OTK** inte uppfyllde detta skall-krav. Vad **OTK** i övrigt anfört ändrar inte bedömningen. **OTK** har vidare gjort gällande att ett antal felaktigheter begåtts från kommunens sida under upphandlingen. Eftersom kommunen

hade fog för att utesluta OTK från anbudsutvärderingen finner förvaltningsrätten inte anledning att pröva vad OTK åberopat som felaktigheter i övrigt, då OTK inte kunnat lida skada därav. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Vad gäller **Vent o Plåts** ansökan om överprövning finner rätten, såsom ovan konstaterats, att kravet på att anbudsgivaren ska ha en verksamhet, som sträcker sig tre år bakåt i tiden med i medeltal minst fem anställda per år, är tillåtet enligt 11 kap. 11 § andra stycket 8 LOU. Vent o Plåt har inte visat att kravet på minst fem anställda skulle vara oproportionellt med hänsyn till uppdragets omfång.

Vent o Plåt har gjort gällande att bolaget kan få hjälp av flera andra företag för att uppfylla kraven på teknisk kapacitet och därvid angett företag som bolaget samarbetar med. Av förarbetena framgår att om anbudsgivare med stöd av avtal eller på annat sätt kan visa att han förfogar över annans resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande enheten inte förkasta erbjudandet på grund av bristande kapacitet hos anbudsgivaren. Det ankommer på anbudssökanden/anbudsgivaren att genom t.ex. avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 245 f). Bolaget har inte redovisat ett sådant åtagande som avses i 11 kap. 12 § LOU och därmed inte visat att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. Kommunen hade mot denna bakgrund fog för att utesluta anbudet från Vent o Plåt från utvärderingen. Företagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Imtechs anbud har vid det första tilldelningsbeslutet antagits som en av tre anbudsgivare, men vid det senare beslutat har rättelse skett på så sätt att Imtechs anbud uteslutits från anbudsutvärderingen med motiveringen att Imtech inte angivit sina referensuppdrag med angivande av namn på be-

ställare, kontaktperson, telefonnummer och e-postadress i enlighet med förfrågningsunderlagets krav.

I 11 kap 11 § LOU anges uttömmande (jfr prop. 2005/07:128 s. 399) vilka krav på bevisning som får ställas rörande leverantörens tekniska kapacitet. Enligt 11 kap. 11 § andra stycket 1 LOU, som är en implementering av art. 48.2 i direktiv 2004/18/EG och följer ordalydelsen i direktivets motsvarande bestämmelse, får den tekniska kapaciteten styrkas genom en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt. Dessa intyg ska ange värde, tidpunkt och plats för utförandet av byggentreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt. Om det är nödvändigt ska den behöriga myndigheten sända dessa intyg direkt till den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten finner att kommunen, genom att utesluta Imtech på grund av att bolaget vid angivande av referenser inte lämnat uppgifter om namn på kontaktperson, telefonnummer och e-postadress gått utöver vad som framgår av lagens ordalydelse. Imtech har genom kommunens agerande lidit eller riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att Imtechs anbud beaktas vid utvärderingen.

Sodexo har endast ansökt om överprövning av det första tilldelningsbeslutet, som fattades den 28 januari 2013. Kommunen har senare fattat ett nytt tilldelningsbeslut den 13 februari 2013, som inte påverkar bedömningen av Sodexos anbud. Sodexos talan får förstås så att bolaget begär överprövning av tilldelningen av uppdragen och att Sodexos anbud ska utvärderas.

Rätten har att ta ställning till om kommunen hade fog för att utesluta Sodexos anbud från utvärderingen med hänsyn till resultatet från kredit-

värderingsbolaget Soliditet. I RÅ 2005 ref. 47 fann Högsta förvaltningsdomstolen att en upphandling skulle rättas, då en upphandlande enhet hade inhämtat upplysningar från ett kreditupplysningsföretag och lagt dessa till grund för att utesluta en leverantör från upphandlingen utan att göra en individuell bedömning av dennes ekonomiska förhållanden. Att uteslutning på denna grund visserligen inte strider mot principen om transparens, vilket var den fråga Förvaltningsrätten i Uppsala hade att pröva i mål 1743-11, som åberopats av kommunen till stöd för dess talan, hindrar inte att kommunen måste anses ha handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU då Sodexos anbud uteslutits från utvärderingen utan att en individuell prövning av bolagets ekonomiska förhållanden gjorts. Sodexo har därmed lidit eller riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därför även rättas på så sätt att kommunen gör en individuell bedömning av Sodexos ekonomiska förhållanden.

HURMAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Leif Gäverth
lagman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU