



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-04-21
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1274-15

1

SÖKANDE

TG Entreprenad med bifirma TG Fibernet AB, 556742-0491
Slakthusvägen 3
602 28 Norrköping

MOTPART

Sävsjö kommun, 212000-0563
576 80 Sävsjö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Sävsjö kommun genomför, tillsammans med de kommunala bolagen Savman AB och Sävsjö – Vetlanda Fiber AB, en upphandling av ett ram-avtal avseende svetsning av fiberkabel med tillhörande installationsarbeten (23/2014/050). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande. Utvärderingskriteriet är lägsta pris.

TG Entreprenad med bifirma TG Fibernet AB (TG Entreprenad) kvalificerade sig inte till vidare utvärdering. Som motiveringen angav kommunen att bolaget "uppfyller ej kvalificeringskrav AFB.52 avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet".

YRKANDEN M.M.

TG Entreprenad ansöker om överprövning.

Dok.Id 161054

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Sävsjö kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

TG Entreprenad: Bolaget har det lägsta priset och bolaget ska därför antas som leverantör. TG Entreprenad har mer resurser vad det gäller personal och teknisk kompetens än vad som efterfrågas av Sävsjö kommun. Bolaget har anställt personal som innehar godkänt fibercertifikat både i februari och i mars 2015. Senaste bokslutet var 2014-12-31 och dessa uppgifter är inte aktuella nu. Bolaget har nu ett flertal anställda. Lön för det arbete som utfördes i februari 2015 betalades ut den 25 mars 2015. Detta innebär att företaget nästa månad betalar mer arbetsgivaravgifter i och med nyanställningarna. På lönen som betalades ut i mars 2015 var arbetsgivaravgiften 23 603 kr. Anledningen till att det vid kontrollen med Incert AB (ackrediterat certifieringsföretag för bl.a. fibertekniker) angavs att det inte fanns några uppgifter om anställda certifierade fibertekniker, var att om den enskilda fiberteknikern inte har anmält att han har bytt arbetsplats nyligen syns det inte i Incert AB:s register. Det är företaget som betalade fakturorna för fibercertifikatet som syns. TG Entreprenad skickade in två certifikat på bolagets fibertekniker trots att det inte framkom i upphandlingsunderlaget att det behövdes. Sävsjö kommun har anfört att det vid en sökning på internet framkom att de nyanställda med certifikat har en annan anställning. Sökningen visar emellertid de företag som de nyanställda var anställda på innan de började arbeta hos TG Entreprenad. Vidare har den ene nyanställde, vid sidan av sin anställning, en enskild firma. Referensen som angav att bolaget saknade certifierade fibertekniker formulerade sig fel. Vad referensen menade var att bolaget saknade certifierade fibertekniker på hans projekt. Hade kommunen kontaktat deras nyanställda fibertekniker hade kommunen fått informationen att fiberteknikerna arbetade för TG Entreprenad. Bolaget anser att ingivna presentation säger det mesta om bolagets kunskap och kapacitet. Men även kvalitetsledningssystem och

miljöledningssystem. Vid osäkerhet angående formulering kan den upphandlande enheten skicka ut ett förtydligande. Sävsjö kommun har Eltal Networks som entreprenör i dagsläget och vill fortsätta med det. TG Entreprenad kommer att drabbas ekonomiskt och har drabbats ekonomiskt på grund av att Sävsjö kommun har brutit mot LOU och inte tilldelat TG Entreprenad ramavtalet. Teknikerna var tilltänkta att arbeta med fibersvetsning i Sävsjö fibersvetsningsavtal. TG Entreprenad är ett kapitalstarkt bolag. Vidare ska hänsyn tas till proportionalitetsprincipen. Det är fråga om två anställda certifierande fibertekniker. Detta kräver ingen stor organisation. Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven måste alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Upphandlande enhet ska även verka för att små leverantörer inte utestängs från upphandlingar.

Sävsjö kommun: Kommunen har inte handlat i strid med LOU. Kvalificeringen har genomförts i enlighet med vad förfrågningsunderlaget föreskriver. TG Entreprenad uppgav i sitt anbud att bolaget uppfyllde kraven på att ha erforderlig personal och tekniska resurser. Vidare angav TG Entreprenad att bolaget uppfyllde kravet på tillräcklig kapacitet för att med fem arbetsdagens varsel kunna tillhandahålla minst två certifierade fibersvetsare. TG Entreprenad uppgav att bolaget klarade kraven och åberopande inte andra företags resurser. När Sävsjö kommun kontaktade en av TG Entreprenads referenser svarade referensen att TG Entreprenad inte hade några certifierade fibertekniker. TG Entreprenad har i efterhand kontaktat och anmodat referensen att omformulera sitt uttalande. Ett sådant agerande är ovanligt och knappast acceptabelt. Sävsjö kommun har inhämtat kreditupplysning som visar att TG Entreprenad omsatte 10,9 miljoner kronor och hade en anställd med en lönekostnad om 156 000 kr. Kommunen inhämtade vidare uppgifter från Skatteverket som visade att TG Entreprenad be-

talade i genomsnitt cirka 8 000 kr per månad i arbetsgivaravgift. Dessa uppgifter bekräftar att TG Entreprenad saknade de resurser bolaget säger sig inneha i form av egna anställda certifierade fibertekniker. Det nya bokföringsunderlaget daterat den 25 mars 2015 visar att TG Entreprenad har erlagt 23 603 kr i arbetsgivaravgift, men det bevisar inte att resurserna hade sin anställning hos TG Entreprenad vid tidpunkten för anbudets inlämnade. Kommunen har vidare kontaktat Incert AB för kontroll av in-skickade certifikat. Ingen av personerna med certifikaten var anställd hos TG Entreprenad. Vid förnyad kontakt med Incert AB den 19 mars 2015 fanns inga förändringar. I bilaga anger TG Entreprenad att bolaget sysselsatte 17 personer i oktober 2013 medan det i bokslutet framkom att bolaget har en anställd. TG Entreprenad har inte i nuläget eller vid tidpunkten för anbudets inlämnade, bevisat att redovisade resurser med efterfrågade certifikat hade sin anställning hos TG Entreprenad. Tvärtom visar alla dokument att TG Entreprenad saknar egna anställda certifierade fibertekniker. Sävsjö kommun har aldrig ifrågasatt TG Entreprenads ekonomiska stabilitet. TG Entreprenads anbudspris har inte utvärderats eftersom TG Entreprenad inte uppfyllde kvalificeringskravet. Det anges i AFB 52 att ”prövning av anbud genomförs i två steg där det första avser prövning (kvalificeringen) av anbudsgivaren och det andra prövningen av anbudet (anbudspris)”.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § 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.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget punkt AFB.52 *Prövning av anbudsgivares lämplighet* anges bl.a. följande. Prövning av anbud genomförs i två steg där det första avser prövning (kvalificering) av anbudsgivaren och det andra prövning av anbudet (anbudspris).

I stycket *Företagsbeskrivning, Teknisk- och yrkesmässig kapacitet* anges följande: Anbudsgivaren skall ha teknisk förmåga och kapacitet för kontraktets genomförande samt ha erforderliga personal- och tekniska resurser för att kunna uppfylla samtliga krav kommunen ställer på utförandet av uppdraget. Lämna en kort beskrivning av företaget i fritextrutan nedan innehållande uppgifter om företaget, affärsidé, verksamhet, organisation, resurser och tidigare erfarenheter av liknande uppdrag.

I stycket *Inställelsekrav* anges följande. Tillräcklig kapacitet för att med fem (5) arbetsdagars varsel kunna tillhandahålla minst två (2) certifierade fibersvetsare för utförandet av uppdraget. Anbudsgivare lämnar svar här nedan om detta inställelsekrav kan tillgodoses. Arbeten kan vara både stora och mindre projekt, allt från projekt med cirka 100 anslutningar till anslutningar av enstaka fastigheter.

I stycket *åberopande av andra företags kapacitet* anges följande. Anbudsgivaren får vid behov åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapaciteter. Anbudsgivaren ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivare kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Åtagandet från det andra företaget ska avse hela avtalsperioden. Anbudsgivare som vid givande av anbud inte har en organisation som uppfyller kraven på teknisk- och yrkesmässig kapacitet skall i sitt anbud, på ett övertygande sätt, beskriva vilka åtgärder den tänker genomföra för att uppfylla kraven, om anbudsgivaren tilldelas ramavtal. Åtgärderna skrivs in i avtalet/kontraktet och ska vara genomförda senast vid avtalsstart. Är inte ovanstående krav uppfyllt vid avtalsstart är detta grund för hävning av avtal.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU.

Frågan i målet är om kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt inställelsekravet är proportionerliga och om TG Entreprenad uppfyller det ställda kravet på att ha tillräcklig kapacitet för att med fem (5) arbetsdagars varsel kunna tillhandahålla minst två (2) certifierade fibersvetsare för utförandet av uppdraget.

Upphandlande myndighet har en betydande frihet att utifrån sina behov själv bestämma föremålet för upphandlingen och de kvalitetsnivåer, prestanda m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten och bl.a. proportionalitetsprincipen. Det följer dock av proportionalitetsprincipen att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören, eller på det som upphandlas, än vad som behövs och som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Förvaltningsrätten kan, mot bakgrund av upphandlingens mål och syfte, inte finna att det strider mot proportionalitetsprincipen att utforma skalkravet i AFB.52 avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och inställelsekravet på det sätt som skett.

TG Entreprenad har anfört att bolaget uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt inställelsekravet som ställs i AFB.52. TG Entreprenad har kommit in med handlingar som ska visa att bolaget har personal med efterfrågat certifikat och att bolagets arbetsgivaravgifter har ökat. Vidare har TG Entreprenad kommit in med förklaring till varför det inte syns i Incert AB:s register att bolaget hade anställda certifierade fibertekniker. TG Entreprenad har också uppgett att bolagets referens har formulerat sig felaktigt.

Sävsjö kommun anser inte att TG Entreprenad har visat att bolaget uppfyller kraven. Kommunen hänvisar bl.a. till att en referens uppgett att TG Entreprenad inte hade några certifierade fibertekniker och till inhämtade uppgifter från Skatteverket och i form av kreditupplysning. Kommunen anser inte att TG Entreprenad har bevisat att redovisade resurser med efterfrågade certifikat hade sin anställning hos TG Entreprenad.

Förvaltningsrätten finner inte att TG Entreprenad har förmått visa att bolaget vid anbudstidens utgång förfogade över den kapacitet som krävs enligt förfrågningsunderlaget och att bolaget kunde uppfylla inställelsekravet. Det har därför varit riktigt att förkasta TG Entreprenads anbud på grund av att anbudet inte uppfyllt de i dessa hänseenden ställda ska-krav.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att det inte är visat att Sävsjö kommun har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därför. TG Entreprenads ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D LOU)

Hans-Olof Hallbäck

Föredragande har varit Johanna Larsdotter.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 anlitar 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.

