



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-06-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10224-16

SÖKANDE

Olssons Elektromekaniska AB, 556245-2887
Gateljungsvägen
274 63 Rydsgård

MOTPART

Käppalaförbundet, 222000-0117
Box 3095
181 03 Lidingö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -06- 30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende reservkraftaggre-
gat, (dnr KF2015-056) ska rättas på så vis att utvärderingen görs om.

Dok.Id 738990

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

Käppalaförbundet (Käppala) har genomfört en upphandling avseende reservkrafttaggregat, (dnr KF2015-056) genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 13 maj 2016 meddelade Käppala att avtal kommer att ingås med Reservkraft Sverige AB (Reservkraft).

YRKANDEN

Olssons Elektromekaniska AB (nedan kallat bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen rättas och i andra hand att upphandlingen görs om. Som grund anger bolaget att Käppala har brutit mot principerna i LOU. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Käppala har vid utvärderingen av leverantörers lägsta nivå avseende ekonomisk kapacitet frångått skall-kravet i förfrågningsunderlaget. I anbudsunderlaget, bilaga 1, anbudsformulär punkten 1.2 Ekonomisk ställning framgår att *”minsta omsättning för anbudsgivare skall vara 40 MSEK per år i snitt de senaste tre åren”*. Enligt utvärderingsprotokollet har Käppala angett att alla anbudsgivare uppfyller kravet på ekonomisk kapacitet. Av offentliga register framgår dock att tre av fem registrerade anbudsgivare inte uppfyller specifikt angivet skall-krav på ekonomisk kapacitet och ska därför inte vara kvalificerade för den fortsatta utvärderingen. I och med att Käppala avser att teckna avtal med en av de anbudsgivare som inte uppfyller specifikt angivet skall-krav på ekonomisk kapacitet, innebär det ett avsteg från LOU.

Bolaget är medvetet om att leverantör får enligt 11 kap 12 § LOU åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det är dock tillåtet enligt 11 kap 2 § LOU att ställa krav på anbudsgivarens lägsta nivå under förutsättning att det har ett samband med/står i proportion till

ärendet. Skall-kravet i anbudsunderlaget punkten 1.2 Ekonomisk ställning som är formulerat – *Minsta omsättning för anbudsgivare ska vara 40 MSEK per år i snitt de senaste tre åren* – är ett explicit krav som relaterar till anbudsgivaren och är inte på något sätt relaterat bakåt till vare sig bankgaranti, koncerngaranti eller motsvarande. Skrivningen – *bankgaranti, koncerngaranti eller motsvarande som kan godkännas av Käppala* – är formulerad så att det enbart hänvisar till att kunna utgöra en godtagbar förklaring i händelse av att anbudsgivaren enligt UC, har lägre kreditrating än minimikravet riskklass 3. Det ställda omsättningskravet på 40 MSEK/år är ett rimligt krav på en anbudsgivare och står i proportion till åtagandet att över en treårsperiod kunna innehålla de stipulerade skall-kraven avseende bl.a. kompetens och tillgänglighet i denna upphandling avseende reservkraftaggregat att säkerställa viktiga samhällsfunktioner i händelse av avbrott i det ordinarie elnätet. Enligt 4 kap. 18 kap. LOU ska anbuden värderas på grundval av tilldelningskriterierna som angivits i annonsen. Andra anbudsgivare som inte uppfyller det angivna omsättningskravet i den egna organisationen kan ha avstått från att lämna anbud. Även ytterligare anbudsgivare kanske hade valt att lämna in anbud om det istället klart och tydligt framgått av punkten 1.2 *Ekonomisk ställning* att det beträffande omsättningskravet på 40 MSEK via garantier kunde hänvisas till moderbolag eller motsvarande.

Käppala bestrider bifall till ansökan och anger som grund att Reservkraft som vunnit upphandlingen uppfyller aktuellt skall-krav. Käppala anför bl.a. följande. Käppala har följt beskrivningen i förfrågningsunderlagets Bilaga 1, Anbudsformulär punkt 1 som anger att Käppala kommer att begära in bevis för uppfyllande av skall-krav från de företag som bjuds in till förhandling eller att teckna avtal. Reservkrafts anbud hade lägsta pris och kallades till anbudsgenomgång. Där konstaterades att Reservkraft uppfyllde alla skall-krav. Käppala har begärt in bevis vad gäller uppfyllande av skall-kraven i punkt 1.2 Ekonomisk ställning. Av bevisen framkommer att Reservkraft är ett helägt dotterbolag till moderbolaget AJ Power Limited. Moderbolaget

uppnår omsättningskravet (jfr bilaga C som bevis för omsättning samt bilaga D som bevis för att Reservkraft är ett helägt dotterbolag). Reservkraft uppfyller därmed skall-kravet enligt förfrågningsunderlagets Bilaga 1 Anbudsskema punkten 1.2 Ekonomisk ställning.

Käppalas utvärderingsprocess går till på följande sätt. Först granskar Käppala om anbudsgivare kryssat i ja eller nej för skall-kraven. I utvärderingsprotokollet noteras om anbudsgivaren kryssat i ja eller nej och i detta läge sker ingen kontroll av bevis. Käppala kallar sedan en eller flera anbudsgivare till anbudsgenomgång och för dessa begärs in bevis att de uppfyller kraven i anbudsskemat. Detta sätt att arbeta används för att spara tid. I denna upphandling har endast Reservkraft kallats till anbudsgenomgång och följaktligen har bevis avseende omsättning endast begärts in för Reservkraft.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

För ett ingripande enligt LOU krävs att den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande enligt 2 kap. 24 § LOU. Tillämpliga bestämmelser framgår därför av 15 kap. 2 § LOU.

Enligt 15 kap. 13 b § LOU får en upphandlande myndighet begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de

anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 §.

Enligt 15 kap 15 a § LOU får en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska på ett klart sätt ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (se RÅ 2009 ref 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

I anbudsunderlaget, bilaga 1, anbudsformulär punkten 1.2 Ekonomisk ställning framgår följande:

Käppala kommer att inhämta uppgifter UC. Kreditbetyget skall vara lägst riskklass 3 (där 5 är lägsta risk och 1 är högsta risk). Har anbudsgivaren lägre rating än 3 förkastas anbudet såtillvida inte en för Käppala godtagbar förklaring kan lämnas. Alternativt kan bankgaranti, koncerngaranti eller motsvarande som kan godkännas av Käppala också godtas. Minsta omsättning för anbudsgivare ska vara 40 MSEK per år i snitt de senaste åren.

Käppala har i förfrågningsunderlaget uppställt krav att leverantören ska ha tillräcklig ekonomisk kapacitet för att kunna fullgöra sina åtaganden under

avtalsperioden genom att ha omsättning uppgående till minst 40 MSEK per år i snitt de senaste åren. Eftersom Käppala ställt krav på leverantörens ekonomiska kapacitet ska denna överensstämma med reglerna i 15 kap 15 a § LOU. En leverantör får, enligt denna regel, vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Det ankommer alltså på anbudsgivaren att genom t.ex. avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (prop 2006/07:128 s. 246).

Kontrollen av de externa resurser som ett företag vill åberopa ska enligt 15 kap 13 b 2 st. § LOU vid förenklat förfarande göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet.

Av utredningen framgår att Käppala under utvärderingsprocessen har kallat Reservkraft till anbudsgenomgång och begärt in bevis att för att kontrollera att Reservkraft uppfyller kraven i anbudsformuläret. Det är i förevarande fall ostridigt att Reservkraft inte själv uppfyller det i punkt 1.2 ställda kravet på ekonomisk kapacitet. Reservkraft har inkommit med handlingar som visar moderbolagets, AJ Power Limiteds, omsättning samt att Reservkraft är helägt dotterbolag till AJ Power Limited. Käppala har därefter beslutat att tilldela kontraktet till Reservkraft. Förvaltningsrätten finner inte att Käppala endast genom att hänvisa till moderbolagets omsättning och dess årsredovisning när Reservkrafts uppgifter kontrollerades, på ett godtagbart sätt har styrkt att Reservkraft förfogar över moderbolagets, AJ Power Limiteds, resurser (jfr Kammarätten i Sundsvall mål nr 1430-05). Något åtagande som visar att Reservkraft förfogar över moderbolagets ekonomiska kapacitet har därmed inte ingetts med anbudet.

Förvaltningsrätten noterar dock att det framgår entydigt av utredningen i målet dels att Reservkraft är ett helägt dotterbolag, dels att Reservkrafts

verksamhet överensstämmer med moderbolagets verksamhet samt att Reservkraft därmed kan påräkna att moderbolagets resurser står till dess förfogande.

Att Käppala, så som det angett, valt att inte kontrollera uppställda krav genom att kräva ett åtagande strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Käppala är skyldigt att upprätthålla samtliga i upphandlingen ställda ska-krav, borde Käppala kontrollerat och begärt in ett åtagande från Reservkraft. Att Käppala trots att ställda krav inte uppfyllts tilldelat Reservkraft kontraktet strider därför mot principerna i LOU.

Frågan är då om bolaget har lidit eller kan komma lida skada till följd av bristerna. Det är bolaget som har bevisbördan för att så är fallet. Bolaget måste kunna konkretisera eller klargöra skadan eller risken för skada (se HFD 2013 ref. 50).

I den aktuella upphandlingen har bolaget inte konkretiserat vilken typ av skada de fått eller riskerar att få till följd av att Käppala brutit mot principerna i LOU. Det framgår dock tydligt av utvärderingsprotokollet att Reservkraft tilldelats avtal och att bolaget kommit på andra plats. Det torde därmed vara uppenbart att bolaget skulle vunnit upphandlingen om vinnande anbud inte antagits. De invändningar som bolaget haft i målet tar sikte på den anbudsgivare som vunnit upphandlingen och då bolaget hamnat på andra plats anser förvaltningsrätten att det får anses följa av yrkandet och av de omständigheter som åberopats till stöd härför på vilket sätt bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Bolaget får härigenom anses lida skada (jfr KamR i Sundsvall mål nr 551-14).

Oavsett hur yrkandet är utformat ska domstolen avgöra i varje enskilt fall om rättelse eller att göra om upphandlingen är det som är mest ändamålsenligt (RÅ 2005 ref. 47). Eftersom de fel som begåtts i upphandlingen inte har

påverkat det konkurrensuppsökande skedet saknas skäl att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av att bristen ligger i att Reservkraft inte uppfyller samtliga ska-krav samt att någon invändning inte gjorts om att rättelse inte skulle vara möjlig, finner förvaltningsrätten att ansökan ska föranleda ett ingripande i form av rättelse som ska ske på så sätt att en ny utvärdering görs.

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

Allan Johansson

F.d. rådman

Målet har föredragits av Susanna Ewerlöf.



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.