



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-03-16
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1014-12
Enhet 2

SÖKANDE

Spol & Industriservice i Norrköping AB, 556633-7613
Attungsgatan 38
602 08 Norrköping

Ombud: Fredrik Widjer
SITA Sverige AB
Transportgatan 9
262 71 Ängelholm

MOTPART

Norrköping Vatten AB, 556526-9445
Upphandlingscenter
601 81 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2012-03-19	
Avd	
Dir	
Dass	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Alltransport i Östergötland AB:s anbud inte ska beaktas avseende tjänsterna A och B.

YRKANDEN M.M.

Norrköping Vatten AB genomför en offentlig upphandling av ramavtal avseende spol- och slamsugningstjänster (dnr UH-11-127), tjänsterna A, B och C. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges att tjänsterna utvärderas var för sig, att det eller de anbud som har lägst pris antas och att målsättningen är att teckna avtal med en leverantör.

För samtliga tjänster antog Norrköping Vatten anbud som lämnats av Alltransport i Östergötland AB.

Spol & Industriservice i Norrköping AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att Alltransports anbud inte ska utvärderas.

Norrköping Vatten redovisar inte någon inställning till ansökan.

Alltransport, som getts tillfälle att yttra sig, anser att yrkandet om rättelse ska avslås. För det fall förvaltningsrätten finner att Alltransports anbud skulle ha diskvalificerats anser Alltransport att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Spol & Industriservice

Alltransport åberopar tre andra bolags resurser för tjänsternas utförande (Wilssons Åkeri AB, Sanero AB och Jökab AB). Emellertid har Alltransport inte till sitt anbud bifogat samarbetsavtal som tecknats före anbudstidens utgång. Alltransport uppfyller således inte skall-kravet enligt Sk 6 Annans resurs.

Förutom att det följer direkt av förfrågningsunderlaget följer det också av grundläggande upphandlingsrättsliga principer och fast praxis att ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav ska förkastas.

Genom att slutligt utvärdera Alltransports anbud och därefter tilldela detta bolag kontraktet i upphandlingen har Norrköping Vatten förfarit i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed även mot 1 kap. 24 § LUF.

Spol & Industriservice har offererat näst lägst pris för tjänst A och B. Till följd av Norrköping Vattens överträdelse av LUF har Spol & Industriservice lidit eller i vart fall riskerat lida skada. Grund föreligger därmed för att förordna om rättelse.

Norrköping Vatten

Norrköping Vatten har inget att tillföra ärendet.

Alltransport

Av EU-domstolens rättspraxis framgår att ett moderbolag äger rätt att tillgodoräkna sig sina dotterbolags resurser i kvalificeringsfasen.

Enligt 11 kap. 5 § LUF kan leverantören, när det gäller att åberopa andra företags kapacitet, antingen tillhandahålla ett åtagande från företagen ifråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt. En upphandlande enhet kan inte förbjuda eller bestämma om eller hur en leverantör använder sig av andra bolags resurser.

Alltransport är ett av Sveriges större transportsförmedlingsföretag. Verksamheten bedrivs från tre kontor i Norrköping, Linköping och Gävle. Alltransport består av ca 140 aktiva ägare med åkerier/maskinföretag. Ägarbo-

lagen utför uppdrag för Alltransports räkning medan Alltransport handhar administration m.m. Verksamheten i Alltransport utförs således av de enskilda ägarbolagen.

I Alltransports anbud finns organisationen beskriven. Sanero är ett helägt dotterbolag till Alltransport. Därmed står det klart att Alltransport ägt rätt att åberopa detta bolags resurser i kvalificeringsfasen. Wilssons och Jökab är två av de aktiva ägarbolagen i Alltransport som utför uppdrag för Alltransports räkning. Alltransport äger även rätt att åberopa ägarbolags resurser vid kvalificeringsfasen.

Enligt domar från EU-domstolen anses det strida mot upphandlingsdirektiven och de EU-rättsliga principerna att utesluta en leverantör som åberopar en underleverantör för att fullgöra sina förpliktelser. Att i förfrågningsunderlaget kräva att en leverantör kommer in med samarbetsavtal vid åberopande av helägt dotterbolags resurs eller delägare står i strid med de EU-rättsliga principerna.

Syftet med aktuellt skall-krav är att anbudsgivaren ska kunna visa att han besitter tillräckliga resurser för att kunna fullgöra åtagandena. Detta kan ske på olika sätt. Att ställa upp ett absolut krav på att leverantören visar upp ett formellt samarbetsavtal går utöver vad som kan anses nödvändigt för att uppnå målsättningen med upphandlingen och är därför oproportionerligt. Dessutom innebär ett sådant krav att de leverantörer som saknar formella samarbetsavtal diskrimineras i förhållande till övriga.

Ett formellt samarbetsavtal uppfyller inga andra syften än att visa att angivna externa resurser kan utnyttjas. Alltransport upprättar av naturliga skäl inga formella och skriftliga samarbetsavtal med sina helägda dotterbolag eller ägarbolag. Dessa har, med hänsyn till hur organisationen är uppbyggd, en skyldighet att utföra uppdrag för Alltransports räkning.

Inte heller Spol & Industriservice har kommit in med något samarbetsavtal innan anbudstidens utgång. De ingivna handlingarna utgör endast ett ensidigt åtagande från respektive bolag.

Av det aktuella skall-kravet framgår inte att en entreprenörs resurs kan styrkas på annat sätt än genom samarbetsavtal, t.ex. genom sådana intyg som Spol & Industriservice lämnat in. Om sådana ensidiga åtaganden godtas måste Alltransport ges möjlighet att komma in med liknande dokument, annars strider förfarandet mot kravet på likabehandling. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Alltransports anbud rätteligen skulle ha diskvalificerats måste upphandlingen göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande enheter ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förfrågningsunderlaget (Svarsbilaga kvalificering) anges:

Den anbudsgivare som inte uppfyller samtliga krav eller som underlåter att besvara samtliga krav kommer att diskvalificeras.

Vidare anges i förfrågningsunderlaget (Svarsbilaga kvalificering Sk 6 Annans resurs):

Åberopas annans entreprenörs resurs ska samarbetsavtal tecknat innan anbudstidens utgång bifogas.

Förvaltningsrättens bedömning

Det ifrågasatta skall-kravet måste förstås på det sättet att en leverantör ska visa att den kommer att förfoga över åberopad resurs. Ett sådant krav strider inte mot principen om likabehandling och bör även i övrigt godtas.

Ett moderbolag har rätt att tillgodoräkna sig ett dotterbolags resurser (EU-domstolen i målet C-389/92, Ballast Nedam). Ett dotterbolag kan däremot inte förfoga över ett moderbolags resurser utan ett åtagande från moderbolaget (jfr Jan-Erik Falk, Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar, s. 383).


Alltransport har åberopat tre andra bolags resurser men inte till sitt anbud bifogat samarbetsavtal i enlighet med detta krav. Endast det ena av dessa bolag, Sanero, är ett dotterbolag till Alltransport. Eftersom Alltransport inte har visat att det kommer att förfoga över Wilssons och Jökabs resurser har Alltransport inte uppfyllt skall-kravet.

Genom att anta Alltransports anbud utan att detta uppfyllt ett skall-krav har Norrköping Vatten brutit mot LUF. Eftersom det anbud Spol & Industriservice lämnat har haft lägst pris för tjänsterna A och B har felaktigheten medfört att Spol & Industriservice lidit skada avseende dessa. Förutsättningarna för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LUF är därmed uppfyllda.

Eftersom det finns skäl för ingripande enligt LUF har förvaltningsrätten, oavsett hur yrkandena utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

Den konstaterade felaktigheten, som inte hänför sig till det konkurrensupp-sökande skedet, är sådan att upphandlingen bör få avslutas sedan rättelse har gjorts på så sätt att Alltransports anbud inte beaktas avseende tjänsterna A och B.

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



Tommy Svensson

Föredragande: Magnus Wickström



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. 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 nå 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 uppgive 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 3109/1D LOU