



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-07-24
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 14267-12
 Enhet 18

SÖKANDE

Hantverksjouren Sverige AB, 556684-9971
 Liljeholmsvägen 1
 117 61 Stockholm

Ombud: Advokaterna Stefan Walhagen och Fredrik Wennerstrand
 Advokatfirman af Petersens KB
 Box 7495
 103 92 Stockholm

MOTPART

Locum AB, 556438-7909
 Box 17201
 104 62 Stockholm

Ombud: Advokat Joel Gustafsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2012-08-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Hantverksjouren Sverige AB:s begäran om överprövning.

Dok.Id 262135

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Locum AB har på uppdrag av Stockholms läns landsting genomfört en upphandling av ramavtal för byggnadsarbeten, LOC 1201-0107. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande. Upphandlingen var uppdelad i tre anbudsområden enligt följande; Anbud A avseende avtalsområde 1-4, Anbud B avseende avtalsområde 5 och Anbud C avseende avtalsområde 6-7. Anbudsgivare har haft möjlighet att lämna anbud på en eller flera anbudsområden. Ett av kvalificeringskraven för respektive anbudsgivare var att de under de tre senaste verksamhetsområden, eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits, i genomsnitt uppnått ett visst omsättningskrav. Tilldelningsbeslut fattades den 26 juni 2012. Av tilldelningsbeslutet framgår att Hantverksjouren Sverige AB:s anbud uteslutits vid utvärderingen av följande skäl. Anbudsgivaren åberopar annat företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla ställt omsättningskrav avseende anbudsområde A och C. Bifogat samarbetsavtal är ej godkänt då det ej framgår att "solidariskt ansvar gäller mellan parterna för fullgörandet av kontraktet".

YRKANDEN M.M.

Hantverksjouren Sverige AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att Locum AB ska vidta rättelse beträffande upphandlingen 1201-0107 (Anbud A och C) på så sätt att Hantverksjourens anbud antas, i andra hand att upphandlingen (såvitt avser Anbud A och C) ska göras om.

Som grund för sin talan anför Hantverksjouren i huvudsak följande. Locum AB har brutit mot LOU genom att ställa upp och tillämpa kvalificeringskrav och krav på bevis i strid med LOU vilket fått till följd att Hantverksjouren felaktigt uteslutits. Locum AB har vidare felaktigt tolkat innehållet i

det av Hantverksjouren åberopade samarbetsavtalet med följd att Hantverksjourens anbud felaktigt uteslutits. Hantverksjourens anbud avsåg Anbud A och Anbud C. Eftersom Hantverksjouren inte ensamt uppfyllde omsättningskravet avseende Anbud A och Anbud C åberopade bolaget ett mellan Hantverksjouren och Mälarsanering Sverige AB tecknat samarbetsavtal. Samarbetsavtalet gäller exklusivt för den aktuella upphandlingen och företagen tillsammans uppfyller de av Locum uppställda omsättningskraven. Locum bedömde emellertid att Hantverksjouren inte uppfyllde de formella kvalificeringskraven för upphandlingen ifråga eftersom det inte framgår att solidariskt ansvar gäller mellan parterna för fullgörande av kontraktet. Gällande rätt föreskriver inte krav om solidariskt ansvar mellan en leverantör och annat företag vid åberopande av den senares kapacitet. Kravet på solidariskt ansvar strider mot den enligt LOU härskande proportionalitetsprincipen eftersom kravet inte är nödvändigt för ett uppfyllande av omsättningskravet. Locum har sammanfattningsvis inte haft att utesluta Hantverksjourens anbud utan istället anta dem avseende Anbud A och Anbud C eftersom Hantverksjourens fiktiva anbudssumma för respektive anbudsområde uppgår till 365 100 kr och Hantverksjouren vid en jämförelse med övriga anbudsgivare lämnat tredje lägsta anbudspris.

Locum AB bestrider bifall till Hantverksjourens ansökan och anför bl.a. följande. Kvalificering och utvärdering har genomförts på objektiva grunder och i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. De krav som uppställts är förenliga med de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU och även i övrigt med LOU. Hantverksjourens anbud har inte uppfyllt samtliga skall-krav och Locum har därför haft en skyldighet att inte uppta anbudet till utvärdering. I punkt 4.1. i anbudsformuläret har Locum uppställt ett krav på viss omsättning. Vidare har angetts att för det fall anbudsgivaren åberopar annat företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla ställt omsättningskrav ska anbudsgivaren bifoga ett samarbets-

avtal där det framgår att solidariskt ansvar gäller mellan parterna för fullgörandet av kontraktet. Vid genomgången av Hantverksjourens anbud konstaterades att kravet i punkt 4.1 inte var uppfyllt eftersom det samarbetsavtal som givits in av Hantverksjouren inte uppfyller det uppställda kravet på omsättning. Det är av största betydelse för Locum att de anbudsgivare som tilldelas ramavtal i upphandlingen har tillräcklig ekonomisk kapacitet för att under avtalstiden kunna utföra sina åtaganden. Locum har utformat skall-kravet så att det ska vara så minimalt ingripande som möjligt för anbudsgivarna. Eftersom upphandlingen således genomförts helt i enlighet med LOU saknas det redan av den anledningen grund för förvaltningsrätten att ingripa.

Hantverksjouren har i sin ansökan angett att de lämnat det tredje lägsta anbudspridet. Detta är emellertid inte synonymt med att Hantverksjouren skulle ha hamnat på tredje plats vid utvärderingen. Avseende anbudsområde Anbud A hade Hantverksjouren placerat sig på tolfte plats i rangordningen och skulle därmed ha tilldelats ramavtal som leverantör 3 för ett av avtalsområdena. För anbudsområde Anbud C hade Hantverksjouren även där placerat sig på tolfte plats i rangordningen men där hade Hantverksjouren inte erhållit något ramavtal eftersom det endast var de sex först rangordnade leverantörerna som erhöll ramavtal. Vad gäller avtalsområde Anbud C riskerar således Hantverksjouren inte över huvud taget att lida skada.

Hantverksjouren anför därefter bl.a. följande. I sak synes det vara korrekt att Hantverksjouren beträffande Anbudsområde C skulle ha placerats på tolfte plats i rangordningen om Hantverksjourens fiktiva anbudssumma ökas med 250 000 kr. Emellertid framgår inte av tilldelningsbeslutet att utvärdering skett av referenser hänförliga till Hantverksjouren. I konsekvens härmed framgår inte heller varför referensutvärderingen medfört en ökning av utvärderingspriset med 250 000 kr.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör således en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Handlingarna i målet

Av anbudsformulär Entreprenad LOC 1201-0107 den 4 april 2012, det s.k. förfrågningsunderlaget, kan bl.a. följande utläsas.

4.1. Omsättningskrav

Omsättningen under de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits ska i genomsnitt för:

- anbudsområde A ha uppgått till minst 60 MSEK per år
- anbudsområde B ha uppgått till minst 20 MSEK per år
- anbudsområde C ha uppgått till minst 50 MSEK per år

B kan komma att själv kontrollera att detta krav uppfylls, via upplysning från Soliditet. Anbudsgivare ska till anbudet bifoga utdrag ur årsredovisning som styrker ovan nämnda.

För det fall att anbudsgivaren åberopar annat företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla ställt omsättningskrav ska anbudsgivaren bifoga ett samarbetsavtal där det framgår att solidariskt ansvar gäller mellan parterna för fullgörandet av kontraktet.

Av Avtal om samarbete undertecknat den 8 maj 2012 framgår att Hantverksjouren Sverige AB och Mälarsanering Sverige AB träffat ett avtal om samarbete avseende Locums Ramavtal Byggnadsarbeten. Under punkten 2 Åtagande anges följande.

2.1 För Hantverksjourens uppfyllande av den upphandlande myndighetens omsättningskrav åtager sig Mälarsanering att i erforderlig utsträckning för ramavtalets fullgörande samarbeta med Hantverksjouren. Vidare åtager sig Mälarsanering att tillsammans med Hantverksjouren tillhandahålla tekniska, personella och finansiella resurser nödvändiga för ramavtalets fullgörande.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande enheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det enheten fritt att utforma det s.k. förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen.

Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärdering. För åtgärd enligt 16 kap. LOU bör emellertid krävas att det är fråga om klara avvikelser från skall-kraven.

I nu aktuell upphandling ingår ett skall-krav att leverantören ska ha haft viss omsättning. Om anbudsgivaren åberopar annat företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla ställt omsättningskrav har Locum i förfrågningsunderlaget ställt kravet att det av ett samarbetsavtal ska framgå att solidariskt ansvar gäller mellan avtalsparterna för fullgörandet av kontraktet.

En anbudsgivare kan normalt sett åberopa extern kapacitet för att uppfylla krav på t.ex. yrkeskunnsande eller finansiella resurser. En leverantör som åberopar tillgång till annan leverantörs kapacitet har att visa att han kommer att förfoga över åberopade resurser.

Det aktuella skall-kravet framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och har således varit känt för samtliga anbudsgivare. Vidare är kravet tillräckligt tydligt formulerat för att vara förenligt med 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att ett krav på en viss omsättning är en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att de leverantörer som tilldelas ramavtal har sådan kapacitet att de klarar av att fullgöra kontraktet och de åtaganden som detta medför under hela avtalsperioden. Detta särskilt eftersom bakgrunden till aktuell upphandling är att Locum med kort varsel ska utföra byggentreprenader avseende hyresgästanpassning och underhåll.

Locums krav på solidariskt ansvar vid åberopande av annans ekonomiska kapacitet är objektivt och tydligt utformat och de negativa effekterna av kravet kan inte anses överväga nyttan med kravet. Enligt förvaltningsrätten står kravet i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa och kan därför inte anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Det framgår inte av ordalydelsen i Hantverksjourens samarbetsavtal med Mälarsanering Sverige AB att solidariskt ansvar gäller. I stället framgår att kontraktsparterna åtar sig att i erforderlig utsträckning samarbeta för ramavtalets uppfyllande samt för att tillhandahålla tekniska, personella och finansiella resurser. Detta betyder dock inte att det finns ett solidariskt ansvar för kontraktets fullgörande i civilrättslig mening. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av detta att det ingivna samarbetsavtalet mellan Hantverksjouren Sverige AB och Mälarsanering Sverige AB inte uppfyller det av Locum ställda kravet på solidariskt ansvar. Hantverksjourens anbud har därför rätteligen inte kvalificerats vidare till utvärderingen. Det finns vid denna utgång inte anledning att pröva vad Hantverksjouren har anfört om förfarandet vid referenstagningen. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida saknas och Hantverksjourens ansökan om överprövning ska avslås.

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

Kirsi Laakso Utvik

Rådman



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 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 3109/1A LOU

