



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-05-18
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6588-16 E

SÖKANDE

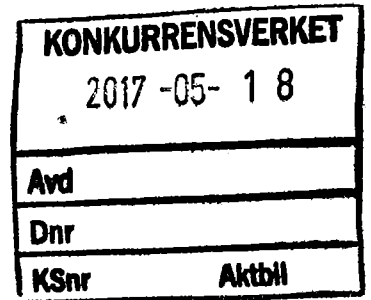
Tunstall AB, 556135-1197

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun

Ombud: Stadsjurist Caroline Eller
721 87 Västerås



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 207148

Postadress Box 1853 751 48 Uppsala	Besöksadress Kungsgatan 49	Telefon 018-431 63 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se	Telefax 018-10 00 34	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	--------------------------------------	--	--------------------------------	---

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av trygghets-skapande teknik särskilt boende och bostäder med särskild service (dnr 2015/514-FN-061). I tilldelningsbeslut den 9 december 2016 antogs anbud från Everon Sverige AB och Phoniro Systems AB. Anbud från Tunstall AB (bolaget) förkastades med motiveringen att anbudet inte uppfyllde kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 gällande återopande av annans kapacitet.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte fastställt någon volym för den teknik som ska tillhandahållas. I punkt 1.1.2.1.1 i förfrågningsunderlaget beskrivs upphandlingens omfattning. Det framgår inte hur många boenden eller bostäder som uppdraget omfattar, utan i punkt 1.1.1.1.2 anges enbart att staden har cirka 100 boenden med uppskattningsvis 2 200 larmanvändare samt att flertalet boenden står inför behovet att byta ut den trygghets-skapande tekniken inom en snar framtid. Det framgår inte heller vilka boenden och bostäder respektive leverantör tilldelas utan av förfrågningsunderlaget framgår enbart procentuella fördelningen mellan de två vinnande leverantörerna. I avsnitt 1.3 i förfrågningsunderlaget beskrivs hur kommunen kommer att göra beställningar under avtalstiden. I punkt 1.3.3.2.5 anges att kvantiteterna är uppskattade efter bästa förmåga och ingen garanti samt att behovet är uppskattat och endast ett riktvärde. I punkt 1.3.4.4.1 framgår även att kommunen under avtalstiden kommer beställa varje införande-projekt samt göra tilläggsbeställningar såsom larm och larmtillbehör. Varje enskild beställning ska enligt punkt 1.3.4.5.8 faktureras individuellt. Detta

talar för att kommunen avsett att avropa enskilda och specifika leveransprojekt löpande under avtalstiden och att upphandlingen är ett ramavtal.

Ramavtalet ska enligt förfrågningsunderlaget gälla i fyra år med möjlighet för kommunen att förlänga avtalet med oförändrade villkor vid tre tillfällen med sammanlagt fyra år. Den totala avtalstiden uppgår därmed till maximalt åtta år, vilket överstiger tillåten avtalstiden enligt LOU.

Kommunen har förkastat bolagets anbud med motiveringen att kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 gällande återopande av underleverantörs kapacitet inte uppfyllts. Bolaget har hänvisat till underleverantören Wani El (Wani) för utförande av vissa särskilt angivna delar av uppdraget och angett Wanis organisationsnummer. Bolaget har dock inte återopat Wanis tekniska eller yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Bolaget innehar på egen hand nödvändig kapacitet. Omständigheten att en anbudsgivare avser att använda sig av en underleverantör vid fullgörande av kontraktet innebär inte i sig att anbudsgivaren samtidigt återopat det andra bolagets kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Sådant återopande förutsätter att anbudsgivaren uttryckligen återopar underleverantörens kapacitet eller att det finns någon annan anledning att anta att anbudsgivaren inte kan uppfylla de ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kraven utan underleverantörens kapacitet. Eftersom bolaget på egen hand uppfyller kapacitetskraven har bolaget inte haft någon skyldighet att inge något avtal eller motsvarande dokumentation. Genom att kommunen krävt att anbudsgivare som hänvisat till underleverantörer även bifogar samarbetsavtal eller liknande har kommunen ställt ett strängare krav på anbudsgivare som använder sig av underleverantörer. Således har kommunen utan sakliga skäl brutit mot likabehandlingsprincipen.

Även om kravet i punkt 1.2.1.1.5 inte skulle anses vara diskriminerande har det varit oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna redan vid ingivande

av anbudet kan presentera en sådan skriftlig överenskommelse eller liknande med eventuella underleverantörer. Kommunen måste godta en överenskommelse som inkommer i ett senare skede. Det är oproportionerligt betungande att kräva att anbudsgivarna redan vid anbudsinlämnandet bifogar en sådan överenskommelse. Det är även oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna ingår sådana avtal redan vid anbudets inlämnande.

Genom att upphandla ett ramavtal med en potentiell avtalstid om åtta år begränsar kommunen konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt och förhindrar att en förnyad konkurrensutsättning av ramavtalet görs efter fyra år, såsom LOU och upphandlingsdirektiven stadgar. Bolaget och andra faktiska och potentiella anbudsgivare har lidit, eller riskerat att lida, skada på så sätt som krävs i LOU. Bolaget har inte kunnat konkurrera med andra anbudsgivare på samma villkor då kommunen tillämpat kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 på ett diskriminerande och oproportionerligt sätt. Bolaget har således även av denna anledning lidit eller riskerat att lida skada enligt LOU.

Därutöver har kommunen valt att ingå ramavtal med två leverantörer, även att flera godtagbara anbud finns. Detta är inte förenligt med LOU vari anges att om myndigheten ska ingå ramavtal med fler än en leverantör, ska dessa vara minst tre förutsatt att tillräckligt många godtagbara anbud finns.

Kommunen bestrider bolagets talan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget kräver inte att anbudsgivaren redovisar åberopad underleverantör genom ett redan ingånget och löpande avtal, utan förfrågningsunderlaget stadgar att detta kan ske genom annan motsvarande dokumentation. Vanligtvis visas detta i anbudet genom att anbudsgivaren bifogar en med underleverantören tecknad avsiktsförklaring som visar att för det fall anbudsgivaren tilldelas kontraktet, kommer underleverantören att utföra visst arbete. Av bolagets anbud framgår att bolaget

avser att använda sig av en underleverantör. Någon form av dokumentation som visar att underleverantören faktiskt kommer att stå till bolagets förfo-
gande när kontraktet ska fullgöras redovisas däremot inte i anbudet. Bolaget
uppfyller således inte kravet. Kravet är ett ska-krav och det följer av likabe-
handlingsprincipen att ska-krav måste uppfyllas för att leverantören inte ska
riskera att förkastas. I särskilda fall kan undantag göras från bestämmelsen
om ska-kravens uppfyllelse. Detta förutsätter att kravet kan anses opropor-
tionierligt. Aktuellt krav kan inte anses oproportionerligt. Kommunen har
därmed korrekt förkastat bolagets anbud då bolaget inte uppfyller samtliga
ska-krav. Eftersom bolaget rätteligen förkastats kan inte bolaget anses ha
lidit, eller kunnat komma att lida, sådan skada som krävs för ingripande en-
ligt LOU.

Upphandlingen har utformats på ett sådant sätt att det är leverantören som
har ansvaret för att de boende tillförsäkras viss kvalitet och trygghet under
den tid som driften och underhållet av de aktuella produkterna gäller. Vid
utgången av denna tid kan äganderätten till systemen övergå i kommunens
ägo, om denne så önskar. För att motivera leverantörens kostnader för in-
stallationen av systemen samt den eventuella äganderättsövergången, har
kommunen ansett det befogat med den i förfrågningsunderlaget stadgade
avtalstiden. Det ska också beaktas att de boende som berörs av systemen är
personer med speciella behov. Kommunen har därför bedömt att det är vik-
tigt att uppdraget inte utförs under tidspress utan anpassas till de boende och
enskilda individers behov. Kommunen har därför godtagbara skäl till varför
avtalets giltighetstid uppgår till fyra år med option om förlängning på visst
sätt i upp till ytterligare fyra år.

Bolaget genmäler i huvudsak följande. Parterna synes vara överens om att
upphandlingen avser ingående av ett ramavtal med två leverantörer. Det är
kommunen som har att visa att det föreligger särskilda skäl för ramavtalet
att löpa under längre tid än fyra år. Detta har kommunen inte visat. Kom-

munen har inte ens påstått att sådana skäl föreligger. Det som kommunen har anfört är enbart svepande beskrivningar av omständigheter som kommunen anser medför att en potentiell avtalstid om åtta år är godtagbar. Kommunen har dock inte närmare redogjort för hur dessa omständigheter motiverar den längre avtalstiden. Det ställs än högre krav på den upphandlande myndigheten och de trängande skäl denna åberopar i ett fall som detta då ramavtalstiden är dubbelt så lång som LOU tillåter. Om det skulle beaktas att uppdraget inte ska utföras under tidspress med hänsyn till enskilda individers behov saknar bestämmelsen om maximal ramavtalstid betydelse då myndigheten alltid kan åberopa detta. Kommunens skrivelse om att det är viktigt att arbetet inte utförs under tidspress motsägs även av förfrågningsunderlagets bestämmelser om leveranstider och vite i punkt 2.1.1 och 2.1.4.

Det kommunen anför om likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen vid tillämpande och upprätthållande av ska-krav är felaktigt. För att möjliggöra en objektiv jämförelse mellan anbudena krävs att anbudsgivarna har haft lika förutsättningar i sitt deltagande i upphandlingen och vid ingivande av anbud. Kommunen medger även i sin inlaga att det har skett en olikbehandling av anbudsgivare på så sätt att skillnad gjorts på de anbudsgivare som avsett att utföra uppdraget på egen hand och de anbudsgivare som hänvisat till underleverantörer. Kommunen har inte bemött vad bolaget anfört om att kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 är olikbehandlande och i strid med LOU. Kommunen har enbart konstaterat att bolaget inte uppfyllt kravet såsom kommunen formulerat det. Det saknar dock betydelse om bolaget uppfyller kravet eller inte då kravet inte fått ställas upp.

Kommunens möjlighet att frångå obligatoriska krav i de fall dessa anses oproportionerliga är synnerligen begränsad och kommunens påstående i denna del är felaktigt. Kommunen har således brutit mot LOU och den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen redan när förfrågningsunderla-

get upprättades. Att kommunen senare ansett sig förhindrad att tillämpa kravet i punkt 1.2.1.1.5 på annat sätt än enligt dess ordalydelse påverkar inte om kommunen har behandlat anbudsgivarna lika eller inte.

Kommunen tillägger i yttrande bl.a. följande. Kommunen delar inte bolagets uppfattning att kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 strider mot LOU. Bolaget har i sitt anbud under aktuell punkt redovisat underleverantörens firma och organisationsnummer samt förklarat att detta företag ska utföra installationer på plats. Bolaget har dock inte redovisat en avsiktsförklaring eller liknande och således brustit i kravuppfyllelsen. Om inte bolaget har behov av underleverantör borde inte någon sådan ha angetts. Eftersom kravet är obligatoriskt har inte kommunen något annat val än att förkasta bolagets anbud.

Kommunen är av uppfattningen att avtalet inte är ett ramavtal utan ett driftavtal genom vilket kommunen genomför ett utbyte av befintlig trygghetskapande teknik mot ny. Av förfrågningsunderlaget framgår att utbyte kommer att ske, vilka boenden som omfattas av upphandlingen samt att det är leverantörerna som kommer få utföra uppdraget och att betalning för detta kommer att ske. Det är däremot inte klarlagt i vilken takt utbytet kommer att ske. Ett driftavtal kan utformas så betalning sker antingen till ett fast totalpris, eller att det sker i takt med att leverantören presterar. Avtalet kan inte anses utgöra ett ramavtal i något av fallen. Om avtalet ändå är ett ramavtal föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Med ramavtal avses enligt 2 kap. 15 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Av 5 kap. 3 § LOU framgår att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Kontrakten i upphandlingen

Bolaget anför bl.a. att upphandlingen avser ett ramavtal då dels ingen volym är fastställd utan enbart uppskattad i förfrågningsunderlaget, och dels att beställningar till enskilda boenden och bostäder ska göras successivt under avtalstiden och faktureras individuellt.

Kommunen anför att avtalet är ett driftavtal och inte ett ramavtal eftersom att det av förfrågningsunderlaget framgår att utbyte av trygghetsskapande teknik kommer att ske, vilka boenden som omfattas av upphandlingen samt att det är leverantörerna som kommer få utföra uppdraget och att betalning

för detta kommer att ske. Ett driftavtal kan utformas så betalning sker antingen till ett fast totalpris, eller att det sker i takt med att leverantören presterar.

Av kammarrättsavgöranden framgår att om ett kontrakt utgör ett ramavtal eller inte i LOU:s mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. En bedömning måste därför utgå ifrån de villkor som ställs upp i de upphandlade kontrakten och i den mån kontrakten hänvisar till förfrågningsunderlaget, den information som anbudsgivarna fått ta del av där (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 24 mars 2016 i mål nr 7754-15). Kammarrätten i Göteborg har funnit att ett avtal inte utgjorde ett ramavtal när avropen i huvudsak reglerades i respektive avtal. Däremot utgjorde avtalet ett ramavtal när avrop lämnades oreglerat mellan parterna och skedde löpande, efter överenskommelse mellan beställare och entreprenör, under avtalsperioden (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 22 juli 2013 i mål nr 3124–3127-13).

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.1.1.1.2 och 1.1.2.1.1 framgår att uppdraget utförs som en totalentreprenad och att kommunen har cirka 100 boenden med uppskattningsvis 2 200 larmanvändare av vilka flertalet boenden står inför behovet att byta ut den trygghetsskapande tekniken inom en snar framtid. Kontraktets totala värde uppskattas till 20 miljoner kronor (jfr punkt 1.1.2.1.2).

I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.3 gällande kontraktsvillkor anges bl.a. att angivna kvantiteter är uppskattade efter bästa förmåga och inte garanterade. Behovet är ett uppskattat riktvärde och slutlig volym för varje enskild leverans fastställs i samband med leveransprojektet. Fastighetskontoret beställer på uppdrag av Socialnämndernas förvaltning (SNF) varje införandeprojekt samt tilläggsbeställningar såsom ytterligare larm och larmtillbehör. Kommunen accepterar inte samlingsfaktura utan varje beställning faktureras in-

dividuellt (jfr förfrågningsunderlaget punkterna 1.3.3.2.5, 1.3.4.4.1 och 1.3.4.5.8).

Kommunen har förvisso uppskattat kontraktets totala värde och omfattning. Men av förfrågningsunderlaget framgår att dessa uppskattningar enbart är riktvärden och uppgifterna kan således endast tjäna som en indikation för anbudsgivarna och inte som en specifik ersättning eller omfattning. Kommunen har även angett att endast *flertalet* av det uppskattade antalet boenden och larmanvändare står inför behovet att byta utrustning. Uppskattningen av upphandlingens omfattning är därför än mer ospecificerad. Enligt förvaltningsrättens mening står det mot bakgrund av det ovanstående klart att kommunen inte haft för avsikt att anskaffa en specifik prestation mot en specifik ersättning. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen är att betrakta som en upphandling av ett ramavtal i vilket avrop sker successivt under avtalstiden på de villkor som uppställs i ramavtalet. Eftersom kontraktet är att beakta som ett ramavtal innebär det att bestämmelserna i 5 kap. LOU blir tillämpliga.

Ramavtalets löptid

Bolaget anför att kommunen enbart svepande angett varför ramavtalets löptid behöver vara åtta år och att höga krav ställs på de trängande skäl som ska motivera en löptid om dubbelt så lång tid som den tillåtna enligt LOU.

Kommunen anför att den långa löptiden motiveras av leverantörernas kostnader, en eventuell äganderättsövergång vid löptidens utgång och att arbetet måste göras i lugn och ro då det påverkar personer med speciella behov.

Av förarbetena till 5 kap. 3 § LOU framgår att det är myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl för en längre avtalstid än fyra år och att dessa skäl är hänförliga till föremålet för upphandlingen. Bestäm-

melsen kan bli aktuell när det gäller ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas, eller i en situation där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden (jfr prop. 2006/07:128 s. 334).

Bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

I den Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal (Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005) hänvisas till att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma i fråga för att försäkra sig om effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet krävt investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Man hänvisar därvid till att utvecklandet av effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med direktiv på detta område.

Av kammarrättsavgöranden framgår bl.a. att det – för att på grund av stora investeringar med lång avskrivningstid få göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år – krävs att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat vore ekonomisk försvarbart eller att konkurrensen annars skulle hämmas på marknaden (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 17 oktober 2016 i mål nr 1054-16). Kammarrätten i Stockholm har i avgörande den 23 maj 2013 i mål nr 1583-13 ansett att särskilda skäl för en längre avtalstid förelåg då upphandlingen var en av de största i sitt slag, krävde stora investeringar samt punktinsatser och få aktörer – i praktiken enbart två – fanns på marknaden.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att avtalsperioden enligt förfrågningsunderlaget punkt 1.1.4.3.7 är fyra år med möjlighet till förlängning om 2+1+1 år. Det rör sig således inte om en kortare förlängning av avtalet utan avtalstiden kan maximalt uppgå till åtta år. Detta i sig talar för att försiktighet är påkallad och att optionen kan vara konkurrensbegränsande på ett otillåtet sätt. Kommunen har inte preciserat på vilket sätt kostnaderna eller övergången av äganderätten motiverar att upphandlingens löptid måste överstiga fyra år. Kommunen har inte heller visat på vilket sätt de boendes speciella behov motiverar att löptiden på upphandlingen vid utnyttjande av optionen är åtta år. Mot bakgrund av detta, och den restriktivitet som förarbetena till LOU och avgöranden från kammarrätterna ger uttryck för, anser förvaltningsrätten att kommunen inte förmått visa att särskilda skäl för att löptiden ska överstiga fyra år föreligger. Förfrågningsunderlaget är således strid med LOU i denna del.

Ramavtalets parter

Bolaget anför att kommunen i strid med LOU valt att ingå avtal med två leverantörer när flera godkända leverantörer finns.

Enligt 5 kap. 5 § LOU ska ett ramavtal i enlighet med 6 eller 7 §§ ingås med minst tre leverantörer, förutsatt att det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.3.2 framgår att avtal kommer att tecknas med två leverantörer vilket även beslutades i tilldelningsbeslutet. Av dokumentet benämnt ”Upphandlings-PM” framgår emellertid att fyra anbud har utvärderats. Kommunen har inte bemött vad bolaget anfört i denna del, varför bolaget får anses ha visat att kommunen har haft möjlighet

att anta fler än två anbud. Upphandlingen har således även i denna del varit oförenlig med LOU.

Kravet i punkt 1.2.1.1.5

Bolaget anför bl.a. att man har hänvisat till Wani för utförande av vissa delar av uppdraget men inte åberopat Wanis tekniska eller yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU då bolaget på egen hand innehar nödvändig kapacitet. Bolaget har därför inte heller behövt bifoga något avtal eller liknande handling. Sådant åberopande som avses i 11 kap. 12 § LOU förutsätter att anbudsgivaren uttryckligen åberopar underleverantörens kapacitet, eller att det annars finns anledning att anta att anbudsgivaren på egen hand inte har erforderlig kapacitet. Kommunen har ställt ett otillåtet strängt krav när man krävt att anbudsgivare som hänvisar till underleverantörer måste bifoga samarbetsavtal eller liknande handling. Kravet är även oproportionerligt då kommunen kräver en sådan handling redan vid anbudslämnandet.

Kommunen anför bl.a. att förfrågningsunderlaget inte kräver att redan ingånget och löpande samarbetsavtal bifogas utan även motsvarande dokumentation godtas, t.ex. en avsiktsförklaring. Bolaget har dock inte bifogat någon dokumentation och uppfyller således inte kravet. Kravet är proportionerligt och bolaget uppfyller inte kravet och har därför förkastats.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har ställt krav på att anbudsgivarna ska lämna en kortfattad beskrivning av sin kapacitet att tillgodose upphandlande myndighets behov. Av beskrivningen ska bl.a. framgå att anbudsgivaren har kapacitet att utföra uppdraget (punkt 1.2.1.1.3). En leverantör får vid behov åberopa andra företags tekniska förmåga och yrkesmässiga kapacitet (punkt 1.2.1.1.5).

Kravet i förfrågningsunderlaget är klart och tydligt formulerat och kan inte enligt förvaltningsrättens mening anses varken olikbehandlande eller diskriminerande. Kravet har en adekvat koppling till upphandlingsföremålet och kan inte anses gå längre än nödvändigt varmed kravet även är proportionerligt.

Enligt förvaltningsrättens mening åligger det bolaget att visa att man själv har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att uppfylla kraven utan att behöva åberopa underleverantörer. Bolaget har varken i ansökan eller i överprövningsprocessen inkommit med sitt anbud eller någon annan handling till styrkande av att de faktiskt har tillräcklig kapacitet att själva utföra uppdraget. Mot denna bakgrund ligger det närmast till hands att tolka bolagets angivande av underleverantören Wani som ett åberopande av dess kapacitet.

Som framgår av förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5 ska en anbudsgivare som avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på en underleverantör, eller åberopa annans kapacitet, i anbudet redovisa en överenskommelse, ett avtal eller annan motsvarande dokumentation som visar att denne kommer förfoga över underleverantörens kapacitet. Bolaget har varken i ansökan om överprövning eller under skriftväxlingen i förvaltningsrätten inkommit med någon sådan handling. Bolaget har således inte heller visat att man förfogar över Wanis kapacitet. Bolaget uppfyller därmed inte kravet i förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.1.5. Eftersom kravet är ett skakrav har kommunen inte haft något annat val än att förkasta bolagets anbud.

Skadebedömning

Bolaget anför att man lidit skada på grund av de påstådda bristerna och att kommunen begränsat konkurrensen på ett otillbörligt sätt.

Kommunen anför att då bolaget rätteligen förkastats kan bolaget inte anses ha lidit skada i sådan mån som krävs för ingripande enligt LOU.

Av avgöranden från kammarrätten och EU-domstolen framgår att en leverantör som rätteligen förkastats inte ansetts kunna lida skada av att andra brister förelåg i upphandlingen, såvida inte leverantören visat att samtliga andra leverantörer också skulle ha förkastats och upphandlingen därför ska göras om (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande den 13 oktober 2015 i mål nr 5630-15 och samma kammarrätts avgörande den 17 januari 2017 i mål nr 3496-16 samt EU-domstolens dom i mål C-100/12).

Situationen i detta mål är emellertid en annan än den ovannämnda. I målet har bolaget visserligen rätteligen förkastats. Bolaget har dock bl.a. anfört – och enligt förvaltningsrätten visat – att kommunen haft en enligt LOU otillåtet lång löptid på ramavtalet. Enligt förvaltningsrätten medför detta att bolaget gått miste om att inkomma med ett nytt, eventuellt annorlunda utformat och kvalificerat, anbud under den tid av avtalet som är oskälig (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 24 mars 2016 i mål nr 7754-15). Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget sålunda riskerat att lida skada. Det föreligger således förutsättningar för förvaltningsrätten att förordna om ingripande mot upphandlingen. Eftersom bristerna i upphandlingen är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan bristerna inte läkas genom att kommunen vidtar rättelse. Upphandlingen ska således göras om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas.

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

Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Föredragande jurist i målet har varit Wille Steinert.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 högsta 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.