



SÖKANDE

Elprojekt Göran Larsson AB, 556688-2329
Brogatan 42
903 33 Umeå

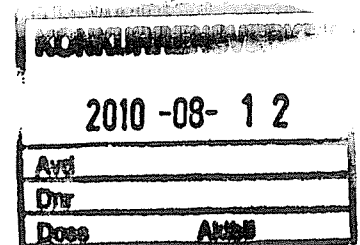
Ombud: Jur. kand. Fredrik Sundin
Ackordscentralen Affärsjuridik Norrland
Box 4066
904 03 Umeå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 18 juni 2010.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (kommunen) infortrade anbud avseende ramavtal för teknikkonsulttjänster (dnr 09114). I upphandlingen ingår även Umeå Hamn, AB Bostaden, Vindelns kommun, Robertsfors kommun och Bjurholms kommun. I förfrågningsunderlaget anges att de aktuella teknikkonsulttjänsterna som ska upphandlas är indelade i tio anbudsområden samt att anbud

kan lämnas på samtliga anbudsområden eller av anbudsgivaren utvalda anbudsområden. Vid upphandlingen har öppet förfarande använts.

I dom den 11 maj 2010 i mål nr 1150-10 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avsåg områdena 1.2.1 (projektledning), 1.2.9 (mark och geoteknik) och 1.2.10 (trafik och gatubyggnad) inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudet. I dom den 9 juni 2010 i mål nr 1764-10 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen, avseende områdena 1.2.9 och 1.2.10 inte fick avslutas förrän rättelse gjorts i form av ny prövning av anbudet.

Enligt kommunens tilldelningsbesked, med bilagt utvärderingsprotokoll, den 10 juni 2010 har kommunen efter dom från förvaltningsrätten den 9 juni genomfört rättelse och ny prövning av anbudet inom områdena 1.2.1, 1.2.9 och 1.2.10. Av tilldelningsbeskedet framgår, såvitt är av intresse i detta mål, att andra leverantörer än Elprojekt Göran Larsson AB (bolaget) antagits vad gäller anbudsområdet 1.2.1, projektledning.

Bolaget yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen, avseende anbudsområdet 1.2.1, får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 18 juni 2010 har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen, såvitt avser området 1.2.1 inte får avslutas innan något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Av 16 kap. 2 § LOU i lydelse före den 15 juli 2010 framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Kommunens förfrågningsunderlag, tilldelningsbeslut och utvärdering

I förfrågningsunderlagets **Uppdragsspecifikation** anges bl.a. följande.

1.1.1 Anbudsområde – Projektledning

Inom detta anbudsområde kommer beställaren att teckna ramavtal med max fem leverantörer som har möjlighet att utföra konsulttjänster avseende projektledning vid företrädesvis byggnadsprojekt. Projektledaren ska representera beställaren i kontakter med myndigheter, konsulter och andra samarbetspartners.

I förfrågningsunderlagets **upphandlingsföreskrifter** anges bl.a. följande.

2.12 Allmänt

Prövning och utvärdering av anbud kommer att genomföras med utgångspunkt från de uppgifter som anbudsgivaren redovisat i sitt anbud.

Prövningen av inkomna anbud sker i tre steg.

- Först prövas att anbuden uppfyller de allmänna krav som ställs på leverantören och att avtalsvillkoren accepteras. (Svarsbilaga Kvalificering och Anbudsformulär Allmänna krav)
- I andra steget genomförs en prövning av att anbudsgivaren och dennes konsulter har den kunskap, erfarenhet och tillgänglighet som efterfrågats. (Specifika krav på leverantör och konsulter)
- I det tredje steget, om ovanstående skallkrav uppfyllts, bedöms utvärderingspriset.

3.0 Ramavtal

Avsikten med kommande avtal, utifrån denna förfrågan, är att tillgodose beställarens behov av teknikkonsulttjänster och att avrop skall ske på ett enkelt och rättssäkert sätt.

För respektive anbudsområde kommer ramavtal att tecknas med det antal leverantörer som beställaren anser nödvändigt för att säkerställa behovet. Antalet anges i bilaga Uppdragsspecifikation.

I förfrågningsunderlagets **Specifika krav på leverantör och tillgängliga konsulter** anges bl.a. följande.

2.1 Erfarenhet och resurser hos anbudsgivaren

Detta är de skallkrav som anbudsgivare skall påvisa vid anbudstillfället och fortfarande innehålla under uppdragstiden.

2.1.1 Kunskap

Anbudsgivare skall ha dokumenterad erfarenhet av utrednings- och projekteringsarbeten, inom sitt teknikområde, av uppdrag på likvärdiga processer som beskrivits ovan.

2.1.2 Kapacitet

Anbudsgivare skall kunna tillhandahålla tillräckligt antal personer för att genomföra efterfrågade uppdrag. Förlust av enskild person får inte medföra att anbudsgivarens möjligheter att tillhandahålla avtalad kompetens eller resurser påverkas.

3. Personal- och kompetenskrav för samliga anbudsområden

Dessa krav skall verifieras i anbudet och innehållas vid avropstillfället för aktuellt uppdrag. I uppdragsbekräftelse skall namnges och redovisas CV för utsedd handläggare/ansvarig på nivå 2 nedan. Uppfyller inte vederbörande ställda krav äger beställaren rätt att för uppdraget anlita annat företag.

I förfrågningsunderlagets **Svarsbilaga Kvalificering** anges bl.a. följande.

Sk 2.2

Kapacitetskravet redovisas genom organisationsbeskrivning och angivande av antalet tillgängliga personer för uppdraget. Uppfylls detta krav?

Sk 3 Krav på teknikkonsulttjänsten

I anbudet skall redovisas: Kompetensprofiler för tre (3) stycken för offereerat uppdrag tillgängliga konsulter på nivå 2. Deras utbildning(ar), yrkeserfarenhet, referensobjekt, referenspersoner. Uppfylls detta krav?

I **tilldelningsbesked den 10 juni 2010** med bilagt utvärderingsprotokoll anges bl.a. följande.

Beslut vad avser upphandling av teknikkonsulttjänster med diarienummer 09114

Efter dom från förvaltningsrätten den 9 juni 2010 har kommunen genomfört rättelse och ny prövning av anbudena inom områdena;

1.1.1 Projektledning

1.2.9 Mark och geoteknik

1.2.10 Trafik och gatubyggnad

5.0 Uteslutna anbudsgivare

Bolaget har uteslutits då man i anbudet har åberopat andra företags kapacitet. Bolaget har i sitt anbud inte skickat med något som visar att man förfogar över angivna resurser, t.ex. ett samarbetsavtal.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

Bolaget (ansökan om överprövning den 18 juni 2010)

Bakgrund

Av anbudsförfrågan framgår att anbudsgivarna måste ha tillräcklig kapacitet för att genomföra efterfrågade uppdrag. I anbudsförfrågan ställs inga krav på att den kapacitet som anbudsgivaren anger sig inneha måste styrkas skriftligen. Bolaget har i sitt anbud angett att man besitter sådan kapacitet som erfordras, dels genom de egna anställda Göran Larsson och The-

rese Nyman, dels genom sina samarbetspartners Sisemo AB och Installationsteknik Nord KB (ITN). Den kapacitet som åberopats hos Sisemo AB är Svante Johansson och Erik Sandström och hos ITN Gunnar Ekholm. Samtliga personer har upprättat ett eget CV som bifogats anbudet.

Mellan bolaget, Sisemo AB och ITN föreligger sedan många år ett nära samarbete med fokus på att kunna erbjuda en komplett teknisk kompetens. Detta samarbete är sedan lång tid tillbaka känt av kommunen och AB Bostaden i Umeå (Bostaden). Samarbetet har renderat ett antal lyckade projekt åt kommunen och Bostaden. Bolaget har redan före förevarande upphandling haft ett nära samarbete med de personer vars kapacitet åberopats och att såväl kommunen som Bostaden (som var en del av upphandlingen) kände till och har accepterat detta samarbete i andra projekt samt att kunskap om bolagets kapacitet och möjlighet att nyttja sina samarbetspartners resurser redan fanns hos kommunen och Bostaden. Att bolaget har ifrågasatt kompetens är allmänt känt och behöver således ej styrkas.

Av tilldelningsbesked den 10 juni 2010 framgår att kommunen tagit beslut om att utesluta bolaget på grund av att bolaget inte bifogat handling som visar att bolaget förfogar över den kapacitet som anges i anbudet.

Kapacitet som krävs enligt anbudsfrågan

Den kapacitet som krävs i upphandlingen avseende projektledningen är tre projektledare. Bolaget har i form av egna anställda en kapacitet av två projektledare. Den åberopade kapaciteten hos samarbetspartners är totalt tre, vilket ger bolaget en total kapacitet om fem projektledare, varför bolaget uppfyller det krav på kapacitet som ställs i upphandlingen, vilket kommunen och Bostaden väl känner till.

Tillgång till andra företags kapacitet

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de åberopade företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Av paragrafen framgår således att det inte är nödvändigt för leverantören att uppvisa ett åtagande, utan det räcker med att på annat sätt styrka att man har den kapacitet som åberopas. EG-domstolen uttalade i mål C-176/98 att ett företag som har rätt att åberopa ett annat företags ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet oberoende av den rättsliga karaktären på förbindelsen mellan företagen. Av punkt 28 framgår att det ankommer på den upphandlande myndigheten att kontrollera leverantörens lämplighet vad avser kapacitet och att denna kontroll syftar till att fastställa om anbudsgivaren kan använda sig av den kapacitet som åberopats.

Bolagets tillgång till kapacitet hos samarbetspartners samt kommunens kännedom därom

Bolaget har under en lång tid haft ett nära samarbete med både Sisemo AB och ITN. Syftet med samarbetet har varit att kunna erbjuda en komplett teknisk kompetens och att kunna åberopa samtliga resurser vid upphandlingar. Mellan parterna finns således avtal som ger bolaget möjlighet att nyttja de andra företagens resurser för att uppnå krav på kapacitet vid upphandlingar. Detta styrks även av att de projektledare som anges har upprättat sitt CV med avsikt att dessa skulle bifogas anbudet. Sture Bäckman från kommunen och Folke Parkle från Bostaden vittnar om att de haft kunskap om bolagets möjlighet att nyttja de andra företagens resurser. Samarbetet har således accepterats av kommunen och Bostaden under ett flertal anbudsförfaranden.

I telefonsamtal med kommunen angående upphandlingen, före anbudsinslämningen, har kommunen framfört samma åsikt, d.v.s. att bolaget redan styrkt sin möjlighet att förfoga över åberopad kapacitet och att ytterligare bevis därom inte var nödvändiga. Bolaget har förlitat sig på kommunens uppgift och därmed, i samråd med kommunen och Bostaden, saknades skäl för att återigen bevisa denna möjlighet. Det saknas anledning att bevisa det redan uppenbara och kända.

Bolaget riskerar att lida skada

Enligt tilldelningsbeslut den 23 februari 2010 har bolaget tidigare i upphandlingen placerats på tredje plats avseende projektledning. Detta innebär att bolaget hade tilldelats kontrakt på detta område.

Vid kommunens förnyade prövning har man trots kännedom om bolagets kapacitet förkastat anbudet enbart på den grunden att bolaget inte skriftligen styrkt denna kapacitet. Kommunen har inte begärt någon komplettering i frågan, trots att man begärt kompletteringar av andra anbudsgivare avseende motsvarande formaliteter. Till exempel har ett antal anbudsgivare fått inge fullmakt i efterhand. Om kommunen, på samma sätt som mot andra anbudsgivare, hade begärt in en skriftlig handling hade bolaget kunnat inge en sådan. Bolaget har därmed inte behandlats i enlighet med lika-behandlingsprincipen. Kommunen har beslutat att avvisa bolagets anbud på grund av att bolaget inte skriftligen styrkt sin kapacitet, vilket bolaget inte har kunnat förutse varför transparens i upphandlingsförfarandet saknats.

Bolaget har till stöd för sin ansökan åberopat två ”Intyg angående samarbetsavtal” daterade den 18 juni 2010 och undertecknade av Svante Johansson, Sisemo AB, respektive Gunnar Ekholm, ITN. Av intygen framgår att bolaget ”har rätt att nyttja de resurser från undertecknad avseende projekt-

ledning som krävs enligt Upphandlingen för att fullgöra det kapacitetskrav som framgår av anbudsförfrågan jämte bilagor”.

Vidare har bolaget åberopat två skrivelser ”Styrkande av pågående uppdrag med samarbetsavtal mellan Elprojekt Göran Larsson AB, ITN Installationsteknik Nord KB (ITN) och Sisemo AB” daterade den 16 juni 2010, vilka undertecknats av Sture Bäckman, kommunen, respektive Folke Parkle, Bostaden. Av skrivelserna framgår bl.a. att kommunen och Bostaden varit uppdragsgivare till ett flertal uppdrag där samarbetsavtal förelegat mellan bolaget, ITN och Sisemo AB, att uppdragen har pågått före, under och efter anbudstiden för den nu aktuella upphandlingen samt att kommunen och Bostaden utöver detta sedan lång tid tillbaka haft kännedom om att samarbetet mellan bolaget, ITN och Sisemo AB bl.a. inneburit att bolaget kunnat åberopa ITN:s och Sisemo AB:s resurser vid offentliga upphandlingar.

Kommunen (svar den 28 juni 2010)

Kommunen bestrider sökandens yrkande och som bevis åberopas Förvaltningsrättens i Umeå dom den 11 maj 2010 i mål nr 1150-10 samt vad som kommunen åberopade i det målet i denna del.

Kommunen uppfattade ovan nämnda dom så att kommunen skulle göra om anbudsutvärderingen och att bolagets anbud därvid skulle uteslutas från utvärderingen såsom inte kvalificerad eftersom det i anbudet saknades skriftligt bevis för att de åberopade resurserna i de angivna företagen förfogades av bolaget. På så sätt genomfördes också den nya anbudsutvärderingen och andra anbudsgivare än bolaget blev utsedda som vinnare varvid kommunen lämnade en ny underrättelse.

I förvaltningsrättens mål nr 1150-10 anförde kommunen bl.a. att man bedömt att de personer som är angivna i bolagets anbud kommer att vara tillgängliga under avtalstiden, detta grundat på bl.a. tidigare erfarenheter av bolagets möjligheter att nyttja de andra företagens resurser. Bolaget har varit införstått med att rätt kompetens måste tillhandahållas under avtalstiden och att om kompetensen inte tillhandahålls är detta ett kontraktsbrott.

Kommunen anser fortfarande att den bedömning man gjorde i samband med det första tilldelningsbeskedet den 23 februari 2010 är riktig, varför domen i mål nr 1150-10 är felaktig i denna del. På grund av bl.a. tidsskäl valde kommunen att inte överklaga domen, varför kommunen naturligtvis haft skyldighet att följa densamma. Det är principiellt allvarligt att, med de tidsförluster som överprövningsförfaranden medför, domen i mål 1150-10 är så otydligt skriven att den kan tolkas på olika sätt.

Bolaget (yttrande den 5 juli 2010)

Bolaget var inte part i mål nr 1150-10 varför bolaget saknade möjlighet att överklaga domen. Bolaget saknade möjlighet att i det tidigare målet inge den information som nu tillställts förvaltningsrätten. Det är ur rättssäkerhetssynpunkt stötande att bolaget ska drabbas av skada på grund av att förvaltningsrätten i sitt tidigare avgörande inte haft all nödvändig information och kännedom om de faktiska förhållandena och att kommunen valt att inte överklaga den materiellt oriktiga domen.

Det är tillräckligt att leverantören till den upphandlande enheten under en lång tid tillhandahåller den kapacitet som krävs och vid flertalet tillfällen under lång tid visar på det samarbete som ligger till grund för leverantörens möjlighet att utnyttja andra företags kapacitet. Detta gäller i synnerhet när samarbetet mellan leverantören och de företag vars kapacitet leverantören åberopar i allt väsentligt åsyftar att leverantören ska kunna åberopa de

andra företagens kapacitet vid offentliga upphandlingar samt då den upphandlande enheten, och även branschen i stort, har kännedom om detta. Som framgår av kommunens yttrande är kommunen av samma uppfattning.

DOMSKÄL

Såvitt framgår av kommunens förfrågningsunderlag utgör anbudsgivarens tillgång till tre projektledare en grundläggande förutsättning för att kunna delta i upphandlingen. I målet är ostridigt att bolaget vid anbudstidpunkten hade två anställda projektledare, att bolaget i sitt anbud har åberopat ytterligare resurser i form av tre projektledare anställda i företagen Sisemo AB och ITN samt att bolaget till sitt anbud har bifogat CV för dessa tre personer. Bolaget har i förvaltningsrätten åberopat intyg från ovan nämnda företag samt skrivelser från bl.a. kommunen till styrkande av rätten att nyttja de åberopade resurserna respektive den upphandlande enhetens kännedom om det långtgående samarbetet mellan bolaget och de företag vars kapacitet har åberopats. Samtliga handlingar är daterade efter anbudstidens utgång.

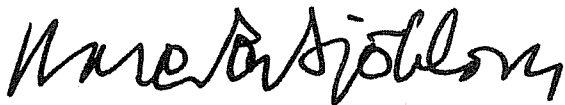
EG-domstolen uttalade i mål C-176/98 bl.a. att en leverantör hade rätt att vid en upphandling som omfattades av det äldre tjänstedirektivet åberopa ett annat företags ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören hade till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kunde bevisa att han faktiskt förfogade över resurser hos dessa enheter. Bestämmelser om detta har införts i de nya direktiven avseende ekonomisk kapacitet samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. I LOU finns en motsvarande bestämmelse i 11 kap. 12 §. Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 245 och 246) framgår att om en leverantör med stöd av avtal eller på annat sätt kan visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapa-

citet i upphandlingen, kan den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren samt att det ankommer på anbudsgivaren att genom t.ex. ett avtal visa att denne förfogar över åberopad kapacitet.

Mot bakgrund av utformningen av den aktuella bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU, ovan nämnda förarbetsuttalande samt rättspraxis finner förvaltningsrätten att bolaget, genom att till sitt anbud endast bifoga CV för konsulter anställda i de två angivna företagen, inte kan anses ha visat att man vid anbudstidpunkten förfogade över de åberopade resurserna. Att bolaget i ett senare skede till sin ansökan om överprövning bifogat handlingar, som visserligen ger stöd för att det sedan många år föreligger ett betydande samarbete mellan de aktuella företagen, föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

Med hänsyn till det ovan anförda finner förvaltningsrätten att kommunen, genom att diskvalificera bolagets anbud från utvärdering, inte kan anses ha agerat i strid mot bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)



Håkan Per Sjöblom

Lagman

Målet har föredragits av Kristin Persson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 uppge 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 3109/1C LOU