



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-10-24
Meddelad i Uppsala

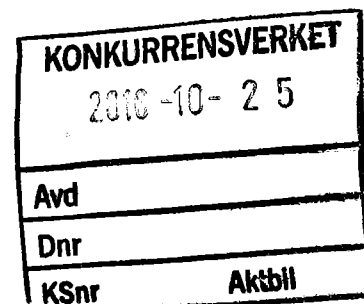
Mål nr
1771-16 E

SÖKANDE

Alternatus i Sverige AB, 556973-0392

Ombud:

Advokat Anders Wallin
Wallin Advokatbyrå AB
Box 2131
750 02 Uppsala



MOTPART

Västerås stad
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av HVB, dnr 2016/143-IFN-061. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Frösunda Omsorg i Stockholm AB.

YRKANDEN M.M.

Alternatus i Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att utvärderingen görs om,

Dok.Id 192701

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

varvid bolagets anbud tas med till utvärdering. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kommunen har agerat i strid med LOU och de i 1 kap. 9 § LOU stadgade grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom att inte utvärdera bolagets anbud, trots att anbudet i samtliga delar följer de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Kommunens val att felaktigt diskvalificera bolagets anbud har lett till att bolaget lidit, alternativt kan komma att lida, skada.

Kommunen har diskvalificerat bolagets anbud mot bakgrund av att det påstås att en av bolagets referenter inte känner till bolaget eller de i anbudet angivna företrädarna för bolaget. Referenten har dock påpekat att hon är bekant med företaget Formagruppen AB (Formagruppen) och kunde vara referent för dess räkning. Formagruppen ägs till 100 procent av bolaget, vilket också framgår av anbudet (punkten 7.1.2 i anbudet). Trots att denna information var tillgänglig för kommunen valde kommunen att inte ställa de frågor som var avsedda från början. Någon fråga om företrädarna för bolaget ställdes enligt uppgift över huvud taget inte.

Nämnda referent uppfyller referenskravet och kommunen borde ställt henne de frågor som framgår av förfrågningsunderlaget, varvid hon hade kunnat intyga att bolaget uppfyller samtliga de krav som hon enligt förfrågningsunderlaget skulle yttra sig om.

Utifrån informationen som anges i stycke 7.1.2 *Information om leverantör* är det uppenbart att Formagruppens kapacitet är åberopad, samt att bolaget förfogar över Formagruppens kapacitet.

Även om referentens uppgifter inte uppfyller referenskraven uppfyller

bolaget fortfarande de angivna kraven för redan verksamma företag. Kravet på antalet referenter uppgår enligt förfrågningsunderlaget till tre stycken. Bolaget har angivit fyra, varav kommunen har kontaktat två. Hade kommunen kontaktat resterande referenter hade det framgått att dessa hade kunnat lämna uppgifter om både bolaget och dess företrädare.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har genomfört en referenstagning enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte valt att åberopa Formagruppens kapacitet i fråga om referenser. Att Formagruppen ägs av bolaget innebär inte att Formagruppens kapacitet för den skull är att anse som åberopad eller att bolaget förfogar över Formagruppens kapacitet. Informationen om ägarförhållandet har dessutom angivits i ett svarsfält som inte omfattas av anbudsprövningen. Informationen om ägarförhållandet saknar således relevans.

Genom att avstå från att åberopa annans kapacitet avseende referenser har anbudsgivaren att inkomma med eget förvärvade referenser. Den aktuella referenten har ombetts intyga att bolaget uppfyller kraven men har själv meddelat att hon inte kan göra så. Bolagets anbud uppfyller därmed inte kraven och kan inte tilldelas kontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad bolaget anför.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges 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.

Vid en ansökan om överprövning av en upphandling är det den sökande parten som ska ange de omständigheter som denne vill åberopa till stöd för att förutsättningar för ett ingripande är uppfyllda (RÅ 2009 ref. 69). Det är den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling som ska påvisa bristerna i upphandlingen, samt orsakssambandet mellan dessa och åberopad skada.

Det är anbudsgivaren som åberopar referenter som bär risken för att dessa lämnar korrekta svar på de frågor som upphandlande myndighet ställer. En av de referenspersoner som bolaget åberopat har vid förfrågan angivit att hon inte känner till bolaget. Det framgår inte att bolaget, i enlighet med förutsättningarna i 11 kap. 12 § LOU, skulle ha åberopat Formagruppens kapacitet och det är, såsom uttalas av EU-domstolen, inte möjligt att presumera att en leverantör förfogar över tredje mans resurser endast på grundval av att de tillhör samma koncern (C-176/98 Holst Italia, punkt 30 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juni 2005 i mål nr 1430-05). Utgångspunkten är således mot denna bakgrund att det inte är tillräckligt i sig att Formagruppen, som var känd av referenten, är ett dotterbolag till bolaget.

Bolaget har emellertid åberopat att Formagruppen inte endast är ett dotterbolag utan också att det är helägt. När ett dotterbolag är helägt kan det finnas skäl att anse det som en resurs som moderbolaget förfogar över och bolaget måste då inte åberopa dotterbolagets kapacitet. Frågan är då om

bolaget ska anses ha visat att krav på referens uppfyllts. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det utifrån vad som anförts i målet och de handlingar som inkommit inte är möjligt att dra slutsatsen att kommunen skulle vara skyldig att godta den referent som endast kände till Formagruppen. Det är bolaget som är anbudsgivare och det har bl.a. inte klargjorts vilken ställning samt funktion Formagruppen har i koncernen och vilken betydelse Formagruppen skulle ha vid uppdragets fullgörande. Det får mot denna bakgrund inte anses framgå av utredningen i målet att kommunen saknat fog för att bortse från den åberopade referenten.

Bolaget har anført att man åberopat fyra referenter istället för tre såsom krävdes i förfrågningsunderlaget och att kommunen, genom att fråga återstående referenter, kunnat inhämta uppgifterna. Förvaltningsrätten konstaterar att skall-kravet var att tre referenter som skulle åberopas, inte fyra. Som följer av HFD 2016 ref. 37 I och II är utrymmet för att godta avvikelser från uppställda skall-krav högst begränsat. Bolaget har således gått utöver förfrågningsunderlagets skall-krav i denna del.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anförts ovan att bolaget inte visat att det förelegat något fel i upphandlingen, som bolaget kunnat lida skada av. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



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.