



SÖKANDE

Certego AB, 556529-5911

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och jur.kand. Fredrik Ekfalk
Magnusson Advokatbyrå
Box 7413
103 91 Stockholm

MOTPARTER

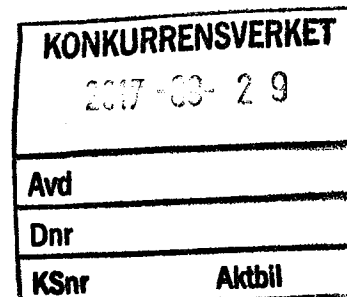
1. Stockholms Hamn AB, 556008-1647

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

2. Zenita AB
Box 901 04
120 21 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling inom försörjningssektorena



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Stockholms Hamn AB (SHAB) genomför en ramavtalsupphandling (UH 2016-00559) av drift och underhåll samt installation av mekaniska och elektromekaniska låssystem i objekt belägna i SHAB:s fastigheter i Kapellskärs hamns i Norrtälje samt Nynäshamns Hamn. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Avtalet avser en totalentreprenad med fast pris med indexreglering. Avtal kommer att tecknas med tre entreprenörer i rangordning. SHAB har beslutat att teckna avtal med samtliga tre leverantörer som lämnat anbud och Certego AB (Certego) rangordnades som nummer två. Som nummer ett rangordnades anbudet från Zenita AB (Zenita).

YRKANDEN M.M.

Certego ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan SHAB vidtagit rättelse på så sätt att anbud från Zenita inte beaktas vid en ny utvärdering. Zenitas anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska ska-krav. Zenita har felaktigt tilldelats kontraktet och SHAB har därigenom brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna avseende transparens och likabehandling och därmed även mot LUF. Certego, som kom på andra plats i upphandlingen, har fråntagits möjligheten att tilldelas kontraktet och har därför lidit skada.

Till stöd för sin talan anför Certego huvudsakligen följande. Zenita har angett att bolaget kommer att anlita två underleverantörer som uppfyller kravet att anbudsgivare ska vara auktoriserad låssmed av SLR (Sveriges Lås och Säkerhetsleverantörers Riksförbund) och/eller Certifierad Anläggarfirma enligt SSF 1040 (Svenska Stöldskyddsföreningens Norm). SHAB

vidgår nu – efter egen kontroll – att Zenita självt inte har sådan auktorisation eller certifiering som efterfrågas. Ska-kravet utgör ett individuellt kvalitetskrav som måste vara uppfyllt av anbudsgivaren själv eftersom ett annat företags auktorisation eller certifiering inte är bindande för anbudsgivaren. Det har därför inte varit tillräckligt för Zenita att åberopa underleverantörers auktorisation eller certifiering för att uppfylla kravet och Zenita skulle därför ha diskvalificerats. Om förvaltningsrätten ändå skulle anse att Zenita uppfyller ställt krav vill Certego hävda att åtagandet från underleverantör Axlås Solidlås AB (Axlås) är bristfälligt och Zenita har därmed inte visat att bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela avtalsperioden. Åtagande eller intyg rörande Farsta Lås saknas helt i anbudet och Zenita kan inte anses ha uppfyllt ska-kravet genom att enbart ange företagets namn och organisationsnummer i sitt anbud.

SHAB bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. SHAB har fullt ut iakttagit LUF och dess grundläggande principer. Det är ostridigt i målet att Zenita självt inte har sådan auktorisering eller sådan certifiering som efterfrågats men har valt att anlita ett företag i samma koncern som underleverantör för att kunna fullgöra tjänsten. Båda underleverantörerna uppfyller kravet i fråga och Axlås har bifogat åtagande gällande Zenitas förfogande över underleverantörs resurser. SHAB har endast efterfrågat om det funnits en avsikt att anlita underleverantör och om så är fallet skulle uppgift om företagsnamn och organisationsnummer anges i anbudet. Det har inte ställts krav på att underleverantörer skulle knytas upp genom åtaganden. Zenitas anbud möter ställda krav.

Zenita har förelagts att yttra sig i målet och har med anledning härav anført att man bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för sin inställning har Zenita anført i huvudsak följande. I upphandlingen ställs krav på att anbudslämnaren ska vara auktoriserad låssmed enligt SLR eller

certifierad anläggarfirma enligt SSF 1040. Zenita uppfyller detta krav genom att åberopa annat företags kapacitet. Rätten att åberopa annat företags kapacitet framgår av 14 kap. 11 § LUF. Här framgår att leverantören ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Zenita har åberopat Axlås och Farsta lås AB (Farsta lås) kapacitet. Båda bolagen uppfyller ställda krav. Båda bolagen är auktoriserade låssmeder enligt SLR och Axlås är dessutom även certifierad anläggarfirma enligt SSF 1040. På SLR:s hemsida återfinns båda Axlås och Farsta lås i förteckningen över auktoriserade låsmästare. På SBSC:s hemsida återfinns Axlås i förteckningen över certifierade anläggarfirmor. Att Zenita förfogar över både Axlås och Farsta lås resurser framgår av anbudet. Här kan tilläggas att alla tre bolagen, Zenita, Axlås och Farsta lås, ingår i samma koncern och har samma ägare. Ett samarbete mellan bolagen sker på daglig basis och alla tre bolagen förfogar över varandras resurser. Således är det ställt utom rimligt tvivel att Zenita förfogar över de nödvändiga resurserna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lagstiftning

Genom införandet av 2016 års LUF upphävdes lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2007 års LUF). Av punkten 4 i aktuella övergångsbestämmelser framgår dock att 2007 års LUF ska fortsätta att vara tillämplig på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet, dvs. den 1 januari 2017.

Av förarbetena till 2016 års LUF (prop. 2015/16:195 s. 918) framgår, med hänvisning bl.a. till rättsfallet HFD 2013 ref. 31, att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett sådant förfarande och detta beslut har kommit

till kännedom utåt genom att myndigheten eller enheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

I förevarande fall har det enligt förvaltningsrätten inte framkommit att några sådana externa kontakter som avses ovan förekommit innan dess att upphandlingen annonserades, vilket skedde under år 2017. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det är 2016 års LUF som ska tillämpas i målet. Nedan kommer därför förkortningen LUF att användas som hänvisning till denna lag.

Utgångspunkter för prövningen och tillämpliga bestämmelser

Överprövning av en upphandling utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande enheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 4 kap. 1 § LUF och övriga bestämmelser i LUF.

I 4 kap. 1 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 14 kap. 11 § LUF första stycket framgår att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. I andra stycket anges att när kapaciteten gäller relevant yrkeserfarenhet, eller en tjänsteleverantörs eller byggtreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget, får leverantören åberopa andra företags kapacitet endast om samma företag ska utföra de tjänster eller byggtreprenader för vilka kapaciteten krävs. Av tredje stycket framgår att första och andra stycket

gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen samt att det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Certego gör i målet gällande att Zenita inte har kunnat åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det i upphandlingen obligatoriska kravet om att anbudsgivare ska vara auktoriserad låssmed av SLR och/eller Certifierad Anläggarfirma enligt SSF 1040 (för kravens närmare betydelse, se vad som angetts ovan under rubriken yrkanden m.m.). Mot bakgrund härav anser Certego att Zenitas anbud inte skulle ha kvalificerats till utvärdering. För det fall förvaltningsrätten finner att Zenita har rätt att åberopa annans kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet anser Certego att Zenita i vart fall inte har visat att man förfogar över denna kapacitet på ett sådant sätt som krävs för att få åberopa den i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar här inledningsvis att det av lagtextens ordalydelse i 14 kap. 11 § LUF framgår att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Utöver att det ska röra sig om krav avseende viss sorts kapacitet går det inte av ordalydelsen att utläsa någon ytterligare begränsning i rätten att åberopa annans kapacitet (se här även prop. 2015/16:195 s. 1263).

Certego har i sin ansökan om överprövning åberopat ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg, dom den 29 januari 2015 i mål nr 3914-14, i vilket majoriteten ansåg att ett krav på ett s.k. kvalitets- och miljöledningssystem utgjorde ett sådant ”kvalitetskrav” som det inte varit möjligt att uppfylla genom att åberopa annans kapacitet. Den skiljaktige ledamoten ansåg dock att någon sådan begränsning inte kan utläsas i bestämmelsen om åberopande av annans kapacitet. Förvaltningsrätten kan här konstatera att majoritetens uppfattning även delats av Kammarrätten i Stockholm i avgörande den 4 juli 2016 i mål nr 1849-16.

Förvaltningsrätten kan dock här vidare konstatera att regler om kvalitets- och miljöledningssystem återfinns i andra bestämmelser än de som beskriver krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet (se här 14 kap. 2, 18 och 19 §§ LUF samt 14 kap. 1–5 §§ i lagen [2016:1145] om offentlig upphandling [nya LOU] till vilka 14 kap. 2 § LUF hänvisar).

Regler om teknisk och yrkesmässig kapacitet finns i 14 kap. 5 § nya LOU där det anges att ett sådant krav får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Förvaltningsrätten anser att det aktuella obligatoriska kravet om att anbudsgivare ska vara auktoriserad låssmed av SLR och/eller Certifierad Anläggarfirma enligt SSF 1040 snarare är att hänföra till ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet än ett sådant ”kvalitetskrav” avseende kvalitets- och miljöledningssystem som var aktuellt i de ovan redovisade kammarrättsavgörandena. Den begränsning avseende rätten att åberopa annans kapacitet som ställs upp i dessa avgöranden kan därmed inte per automatik anses gälla även för den nu aktuella typen av krav. Mot bakgrund av vad som följer av lagtextens ordalydelse i 14 kap. 11 § LUF samt vad som

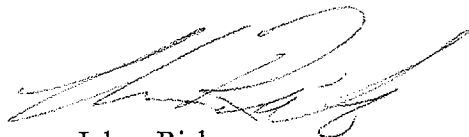
framgår av förarbetena till denna bestämmelse kan förvaltningsrätten inte finna stöd för att ställa upp motsvarande begränsning när det gäller rätten att åberopa annans tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Med anledning härav finner förvaltningsrätten att Zenita i förevarande fall har haft rätt att åberopa Axlås och Farsta lås kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet.

Härutöver framgår dock vidare av 14 kap. 11 § tredje stycket LUF att det åligger Zenita att visa att man kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Samtidigt framgår dock här att det inte ställs några särskilda krav på den rättsliga arten av förbindelsen med det företag vars kapacitet åberopas. I förevarande fall har Zenita till sitt anbud lämnat in ett åtagande från Axlås genom vilket Axlås förbinder sig att ställa sina resurser till förfogande vid fullgörande av det kontrakt upphandlingen avser. Enligt förvaltningsrätten är det aktuella åtagandet tillräckligt tydligt och preciserat för att Zenita ska anses ha visat att de förfogar över de aktuella resurserna. Förvaltningsrätten finner således att Zenita redan på grund härav uppfyller det aktuella kravet. Det saknas därmed skäl för förvaltningsrätten att utreda huruvida Zenita även ska anses förfoga över Farsta lås resurser på motsvarande sätt.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten därmed att vad Certego anfört i sin ansökan om överprövning inte medför att det föreligger skäl att förordna om rättelse av upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i
Bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Johan Rick

Tf. rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom **tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida