



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Robert Brisenstam

DOM
2013-03-15
Meddelad i
Växjö

Mål nr
158-13

SÖKANDE

Malmberg Water AB, 556292-9272
296 85 Åhus

Ombud: Advokat Peter Savin och Jur. kand. David Karlsson
Advokatfirman Glimstedt Kalmar Växjö HB
Larmtorget 4
392 32 Kalmar

MOTPARTER

1. Karlskrona kommun
Tekniska förvaltningen
VA/ Renhållning
Östra Hamngatan 7 B
371 83 Karlskrona

2. Econet Vatten & Miljöteknik AB, 556738-8953
Sallerupsvägen 92
212 28 Malmö

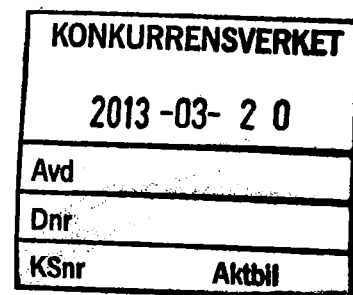
Ombud: Advokat Tomas Eliasson och Jur. kand. Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Malmberg Water AB:s ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Karlskrona kommun har genomfört en förenklad upphandling avseende installation av ny slamutrustning vid avloppsverket Koholmen. Av de tre anbud som inkommit har ett utslutits och övriga två utvärderats. Genom tilldelningsbeslut har Econet Vatten & Miljöteknik AB (hädanefter Econet VMT) utsetts till leverantör.

YRKANDEN

Malmberg Water AB (hädanefter "Malmberg") ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse skett på så sätt att utvärderingen av anbuderna ska ske utan beaktande av anbudet från Econet VMT.

Karlskrona kommun bestrider bifall till ansökan.

Econet VMT bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Malmberg anför bl.a. följande. Econet VMT har till uppfyllande av kvalificeringskraven i AFB.51 i de till förfrågningsunderlaget hörande administrativa föreskrifterna åberopat kapaciteten hos Econet OY och OY Slamex AB. De samarbetsavtal som Econet VMT därvid har åberopat styrker dock inte att Econet VMT kommer att förfoga över dessa företags kapacitet under hela den tid när Econet VMT:s åtaganden enligt kontraktet ska fullgöras. Econet VMT:s anbud uppfyller därför inte samtliga för upphandlingen gällande kvalificeringskrav. Econet VMT har inte i sitt anbud gjort gällande att bolaget uppfyller de kvalificeringskrav som anges i AFB.51. Istället åberopar Econet VMT vad gäller ekonomisk kapacitet årsomsättningen

för Econet OY och, ifråga om utförda projekt, till ett antal projekt som genomförts av Econet OY och OY Slamex AB. De åberopade samarbetsavtalen saknar helt hänvisning till det projekt som omfattas av den nu aktuella upphandlingen. Avtalens giltighetstid knyter inte heller an till kontraktstiden och den därpå följande garantitiden för projektet. Då avtalen löper tills vidare följer av allmänna avtalsrättsliga principer att Econet OY eller OY Slamex AB har möjlighet att säga upp samarbetsavtalen. Avtalen saknar föreskrift om att en sådan uppsägning ska ske med iakttagande av uppsägningstid. Avtalen kan därför bringas till omedelbart upphörande. Under alla förhållanden framgår det inte av samarbetsavtalen att Econet VMT kan ställa Econet OY:s respektive OY Slamex AB:s resurser till förfogande under hela kontraktstiden inklusive garantitiden för den entreprenad som upphandlingen avser. Econet måste redan i anbudet kunna visa att de aktuella resurserna kommer att stå till bolagets förfogande när kontraktet ska fullgöras. Bristen i Econet VMT:s anbud är att detta inte framgår av de åberopade samarbetsavtalen. Att Econet VMT tilldelats kontraktet, trots att bolagets anbud inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget angivna kvalificeringskrav, står därför i strid med principerna om likabehandling och transparens. Malmberg, vars anbud vid anbudsutvärderingen har rangordnats omedelbart efter Econet VMT:s anbud, skulle vid en korrekt anbudsutvärdering ha tilldelats kontraktet. Malmberg har därmed lidit skada i anledning av den felaktiga anbudsutvärderingen.

Karlskrona kommun anför bl.a. följande. Upphandlingen är bedömd utifrån uppställda krav i förfrågan. Econet VMT har uppfyllt aktuella krav. Uppfyllandet sker genom tecknande av samarbetsavtal mellan Econet VMT och Econet OY samt OY Slamex AB den 7 november 2012. Samarbetsavtalen är undertecknade av samtliga parter. Därmed har Econet VMT uppfyllt ställt krav.

Econet VMT anför bl.a. följande. Kommunen har inte handlat i strid med LOU i samband med upphandlingen av slamavvattningsutrustning till Kōholmens avloppsverk. Kommunen har helt korrekt kvalificerat Econet VMT:s anbud och tilldelat bolaget kontraktet. Innebörden av samarbetsavtalen är att parterna ska kunna använda sig av varandras ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet vid fullgörandet av upphandlingskontrakt, vilket parterna har gjort även tidigare. Samarbetet parterna emellan har varit helt naturligt då alla tre bolagen tillsammans ingår i Econet Group. Econet OY äger 30 procent av aktierna i Econet VMT samt 100 procent av aktierna i OY Slamex AB. Matti Leppäniemi, som är VD för Econet OY, är dessutom styrelseordförande i Econet VMT, Econet OY samt Slamex. Därutöver delar bolagen bland annat garantiram för entreprenadgarantier. Alla tre bolagen har således ett nära samarbete och åtagande gentemot varandra. Inför avlämnandet av Econet VMT:s anbud i upphandlingen beslutades det, liksom tidigare, att Econet VMT skulle få använda sig av Econet OY:s och Slamex ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet vid fullgörandet av det aktuella upphandlingskontraktet. När detta var beslutat diskuterade parterna hur samarbetsavtalen skulle utformas. För att visa kommunen att åtagandet från Econet OY samt Slamex gäller även om de i förfrågningsunderlaget angivna tiderna skulle komma att ändras så valde parterna att ange att avtalen gäller tills vidare. Likaså valde parterna, med hänsyn till andra upphandlingar vari Econet avser att delta, att inte begränsa åtagandena i samarbetsavtalen till förevarande upphandling. Econet OY har ett betydande intresse i Econet VMT. Innehavet av aktier medför en större trygghet avseende Econet VMT:s fullgörande av kontraktet än om åtagandet hade kommit från ett annat helt friställt bolag. Kopplingen mellan bolagen borgar för fullgörandet av kontraktet är säkerställt. Med hänsyn till att samarbetsavtalen utformades och undertecknades i samband med Econet VMT:s avlämnande av anbud i upphandlingen måste det betraktas som uppenbart att åtagandena mellan

parterna har åsyftat förevarande upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger således inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 15 kap. 15 a § LOU får en leverantör få vid behov när det gäller ett visst kontrakt återropa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Relevanta fakta i målet

Av de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget i upphandlingen framgår av punkt AFB.51 bl.a. följande.

”Prövning av anbudsgivare (skallkrav) kommer att ske med avseende på

- teknisk förmåga och kapacitet, vilken kan verifieras genom förteckning över utförda projekt av lika eller liknande art. Med liknande art avses här ny- eller ombyggnadsarbeten i livsmedels- eller annan processindustri de senaste 5 åren (...)
- att entreprenören har, eller kan bevisa sig ha, personella och ekonomiska resurser för att klara av aktuellt byggtid. För anbudsgivare

gäller att dennes årsomsättning från senaste årsbokslut skall uppgå till minst 20 miljoner SEK, 20 000 000.”

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Malmberg har till stöd för sin ansökan om överprövning anfört att de samarbetsavtal som Econet VMT åberopat till uppfyllande av kvalificeringskraven i AFB.51, inte styrker att bolaget kommer att förfoga över samarbetsbolagens resurser för fullgörande av det kontrakt som avses med upphandlingen. Enligt Malmberg uppfyller Econet VMT:s anbud därmed inte samtliga i förfrågningsunderlaget angivna kvalificeringskrav, varför grund för ingripande enligt LOU föreligger.

För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som en upphandlande myndighet ställer i en upphandling är en lösning att komma överens med ett eller flera andra företag om att detta eller dessa företag ska ställa resurser till anbudsgivarens förfogande. I 11 kap. 12 § LOU anges därför en möjlighet för en leverantör att vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Genom en lagändring som trädde i kraft den 15 juli 2010 (SFS 2010:571) infördes en motsvarande bestämmelse i 15 kap. 15 a § LOU för upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU. Av förarbetena framgår att bestämmelsen i allt väsentligt ska tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelse i 11 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 297).

Regeln i 11 kap. 12 § LOU grundar sig på det klassiska direktivet, artiklarna 47.2-3 och 48.3-4, som reglerar möjligheten att stödja sig på andra enheters ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. I direktiv 2004/18/EG artikel 47.2 anges sålunda att en ekonomisk aktör kan åberopa andra enheters kapacitet ”oberoende av arten av den rättsliga förbindelsen mellan leverantören och dessa enheter”.

När det i lagtexten anges att en leverantör, utöver ett åtagande från företagen i fråga, även på andra sätt kan visa att nödvändiga resurser kommer att förfogas över när kontraktet ska fullgöras, åsyftas sålunda t.ex. ett avtal mellan anbudsgivaren och dennes underleverantörer eller en koncerngaranti. En avsiktsförklaring, t.ex. letter of intent, som är juridisk oförbindande, räcker emellertid inte (jfr Falk, Lag om offentligt upphandling – en kommentar, 2011, s. 368).

I förevarande mål har Econet VMT åberopat samarbetsavtal med två andra bolag till styrkande av att Econet VMT besitter de i AFB.51 efterfrågade resurserna m.m. Av avtalen framgår att avtalskontrahenterna bekräftar att de tills vidare korsvis kan använda sig av varandras ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att lämna anbud samt för att genomföra projekt.

Som Malmberg anført framgår inte explicit av samarbetsavtalen att samarbetena omfattar den i målet aktuella upphandlingen. Avtalen är istället generellt utformade på så sätt att det ömsesidiga förfogandet över varandras kapacitet gäller oavsett vilket anbud eller projekt som kan tänkas komma ifråga. Några särskild krav på hur den rättsliga förbindelsen mellan en leverantör och ett samarbetsbolag ska se ut låter sig emellertid inte uppställas. Det väsentliga får enligt förvaltningsrättens mening vara att det – genom den rättsliga förbindelsen eller åtagandet – framstår som klart att leverantören kan tillgodogöra sig samarbetsbolagets kapacitet vid infriandet av sina åtaganden under kontraktet (jfr EU-domstolens dom den 2 december 1999 i mål C-176/98, *Holst Italia*, para 27-30). Enligt förvaltningsrättens mening har inte framkommit annat än att Econet VMT – genom de ingivna avtalen – lämnat den upphandlande myndigheten tillräckliga garantier härom. Till skillnad från Malmberg anser förvaltningsrätten sålunda inte att enbart den omständigheten att avtalen är generellt utformade kan ge belägg för att Econet VMT därigenom inte styrkt att bolaget förfogar över samar-

betsbolagens resurser och kapacitet vid fullgörandet av det kontrakt som den aktuella upphandlingen syftar till.

Som Malmberg anført framgår vidare att avtalen gäller tills vidare och saknar bestämda tidpunkter för upphörande. Att avtalen gäller tills vidare innebär emellertid inte annat än att avtalen gäller utan någon begränsning i tid. Förvaltningsrätten instämmer således inte i Malmbergs bedömning att Econet VMT, till följd härav, inte förmått visa att bolaget förfogar över samarbetsbolagens kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att vad Malmberg anført beträffande åberopande av annat företags kapacitet och resurser visar att det finns grund för ingripande enligt LOU. Inte heller vad som i övrigt framkommit utgör skäl för sådan åtgärd från domstolens sida. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Mattias Håkansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU