



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2016-03-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4739-15 E

SÖKANDE

Maskinring Västmanland Ek. för., 769601-4393

Ombud: Gustaf Wånggren
Skillingegatan 13
736 32 Kungsör

MOTPART

Västerås stad
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-03-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 172797

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
018-431 63 43

Expeditionstid
måndag -- fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västerås stad har genomfört en upphandling (2015/303-TPS-061) gällande Vinterväghållning Mimer Väst. I tilldelningsbeslut från den 2 september 2015 tilldelades annan anbudsgivare än Maskinringen Västmanland Ek. för. (Maskinringen) kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Maskinringen ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas efter rättelse, där Pedersens Fönsterputs AB (Pedersens) anbud inte ska beaktas vid ny utvärdering. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Maskinringen bl.a. följande. Den upphandlade enheten har brustit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna samt LOU genom att först kvalificera och sedan tilldela Pedersens kontrakt. Detta medför att Maskinringen lider eller kan komma att lida skada om upphandlingen tillåts genomföras, eftersom Maskinringen rätteligen skulle vinna kontraktet.

Västerås stad har felaktigt kvalificerat Pedersens anbud. Pedersens uppfyller inte kravet om minst två referenser för tidigare utförda uppdrag och kan inte anses kvalificerat för vidare prövning. Således har fel skett vid aktuell prövning och senare tilldelning. Maskinringens anbud är det av de totalt inkomna två anbud som uppfyller samtliga krav och ska därför tilldelas kontrakt.

Av förfrågningsunderlaget 1.2.2.1.4 Referenser anges att ”Anbudsgivaren ska styrka erfarenheten av liknande leveranser/tjänster genom att i anbudet ange minst två referensuppdrag som är pågående sedan minst ett (1) år räknat från sista dag för anbudsansökan.” Pedersens har i och för sig angett två referenser, men endast en kan konstateras tillhöra det egna bolaget. Referens

nummer två tillhör bolaget Svanströms maskin. För att kunna tillgodogöra sig andra bolags referenser krävs att anbudsgivaren i sitt anbud bifogar ett intyg om samarbete enligt regelverket i LOU om tillgång till annans kapacitet. Ett sådant intyg behöver för att vara giltigt inkomma skriftligt och undertecknat av behörig företrädare för samarbetsbolaget i fråga. Att Peder-sens anbud kvalificerats är inte förenligt med likabehandlingsprincipen.

Maskinringen har uppgett två referenser som tillhör det egna bolaget och uppfyller därmed kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Maskin- ringen behöver inte åberopa annans kapacitet vad gäller krav 1.2.2.1.4 Refe- rensen, eftersom i anbudet redovisade referenser avser uppdrag som Maskin- ringen själva genomfört.

Västerås stads påstående om att Maskinringens medlemsbolag är behäftade med skuld till staten är stötande då det är grundlösa anklagelser. Bolaget som Maskinringen angett i sitt anbud klarar samtliga prövningar enligt 10 kap. 2 § 5 LOU. Bolagen har fullgjort sina skyldigheter mot staten och är inte behäftade med skuld vad gäller socialförsäkringsavgifter eller skatter. Att någon gång vara sen med en inbetalning utgör inte grund för uteslutning enligt LOU.

Västerås stad motsätter sig Maskinringens yrkanden. Till grund för sin in- ställning anför Västerås stad bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten har inte åsidosatt de grundläggande principerna i LOU. Maskinringen har inte lidit någon skada.

Ett krav i upphandlingen är att anbudsgivarna ska styrka sin kapacitet ge- nom att ange två referensuppdrag. Anbudsgivarna har möjlighet att åberopa annans kapacitet och därmed även annans referensuppdrag. Den som åbero- par annans kapacitet är skyldig att bifoga överenskommelse som visar att anbudsgivaren förfogar över kapacitetet under uppdragstiden.

För anbudsgivare som åberopar annans kapacitet gäller att man i anbudet ska redovisa avtalsdokumentation som visar att anbudsgivaren kommer att förfoga över kapaciteten under uppdragstiden, enligt 1.2.2.1.5. Båda anbudsgivarna har åberopat underleverantörers kapacitet för att uppfylla kapacitetskravet, men ingen av anbudsgivarna bifogade någon överenskommelse som visar att anbudsgivaren förfogar över den åberopade kapaciteten. Maskinringen har åberopat de fyra medlemsföretagens kapacitet. Maskinringen har själva valt att påta sig detta krav och det är ostridigt att Maskinringens anbud inte innehåller någon avtalsdokumentation. Om kravet på att bifogad överenskommelse hade upprätthållits skulle Maskinringens anbud förkastats och därför riskerar inte Maskinringen att lida någon skada.

Då upphandlingen avser snöröjning för den kommande säsongen saknades tid att avbryta upphandlingen och genomföra en ny. Västerås stad valde därför att bortse från kravet på överenskommelse då detta kunde ske utan åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Tillvägagångssättet har stöd i praxis, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 maj 2013, mål nr 741-13.

Maskinringens anbud brister även i andra och mer väsentliga avseenden. I enlighet med kraven i upphandlingen kan ingen anbudsgivare godtas som inte fullgjort sina skyldigheter avseende skatter. Detta krav gäller även underleverantörer. Maskinringen har åberopat kapaciteten hos fyra underleverantörer, som även utfört uppdraget under föregående avtalsperiod. Dessa underleverantörer fullgör inte sina skyldigheter avseende skatter, sociala avgifter och har återkommande exekutionshot angående fordringar från Kronofogdemyndigheten. Dessa missförhållanden innebär att Maskinringen rätteligen skulle uteslutas i enlighet med 10 kap. 2 § 5 LOU. Maskinringen har därmed inte lidit någon skada av att Pedersens anbud inte förkastats.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Enligt 6 kap. 11 § LOU får den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas. Vidare gäller att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69)

Uppfyller Pedersens kraven i förfrågningsunderlaget?

Maskinringen gör gällande att Västerås stad felaktigt har kvalificerat Pedersens anbud då Pedersens inte uppfyller kravet på att ange minst två referenser för tidigare utförda uppdrag, då den ena åberopade referensen inte tillhör Pedersens och Pedersens i anbudet inte har bifogat ett intyg om samarbete. Västerås stad har inte ifrågasatt vad Maskinringen anfört i denna del, utan hänvisat till att inget av anbuderna uppfyller skallkraven i sin helhet men då man valt att inte förkasta något av anbuderna har förfarandet inte stridit mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad parterna anfört att Pedersens anbud inte uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget under punkten 1.2.2.1.4 Referenser och borde inte ha kvalificerats för utvärdering.

Uppfyller Maskinringen kraven i förfrågningsunderlaget?

Västerås stad uppger att såväl Pedersens som Maskinringen har åberopat underleverantörers kapacitet för att uppfylla kravet i punkten 1.2.2.1.5 Annans kapacitet och/eller Underentreprenörer, men att ingen av anbudsgivarna bifogat någon överenskommelse som visar att anbudsgivaren förfogar över åberopad kapacitet. Maskinringen har uppgett att man uppfyller samtliga skall-krav men inte närmare bemött vad Västerås stad anfört i denna del.

Av förfrågningsunderlaget 1.2.2.1.5 Annans kapacitet och/eller Underentreprenörer framgår bl.a. att

En underentreprenör får vid behov åberopa andra företags tekniska förmåga och yrkesmässiga kapacitet. Om Entreprenör avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på Underentreprenör eller åberopa annans kapacitet ska Entreprenör i anbudet redovisa

- *firmanamn samt organisationsnumren*
- *överenskommelse, ett avtal eller genom annan motsvarande dokumentation som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet och/eller Underentreprenörs kapacitet/resurser när kontrakt ska fullgöras*
- *en beskrivning över vilka delar av uppdraget som Underentreprenör ska utföra.*

Antagen Entreprenör ansvarar för den åberopade kapaciteten och/eller Underentreprenör arbete såsom för sitt eget.

Observera att även bolag inom den egna koncernen är att anse som Underentreprenör om dessa avses fullgöra delar av leveransen.

Maskinringen har i förfrågningsunderlaget angett att man avser använda sig av delägare i föreningen i form av fyra medlemsföretag men har inte närmare angett vilka företag det handlar om. Förvaltningsrätten finner att det sätt på vilket Maskinringen angett underentreprenörs kapacitet inte kan anses uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget på redogörelse för underentreprenör och överenskommelse om eller motsvarande dokumentation som visar att man har rätt att förfoga över kapaciteten. Maskinringen uppfyller därmed inte uppställda skall-krav i upphandlingen. Västerås stad har anfört att inte heller Pedersens har uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget under punkten 1.2.2.1.5 Annans kapacitet och/eller Underentreprenörer. Enligt förvaltningsrättens mening är har varken Pedersens eller Maskinringen uppfyllt uppställt skall-krav. Genom att ändå uppta de båda leverantörernas anbud till utvärdering har Västerås stad förfarit i strid med LOU.

Har likabehandlingsprincipen trätts för när?

Varken anbudet från Pedersens eller Maskinringen uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen avseende 1.2.2.1.5 Annans kapacitet och/eller Underentreprenörer. Båda anbuden har dock tagits upp för utvärdering av Västerås stad och därmed har inte likabehandlingsprincipen trätts för när.

Har Maskrinringen lidit skada?

För ett ingripande i upphandlingen krävs, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, att den klagande leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada av felet i upphandlingen.

Två bolag har lämnat anbud i upphandlingen och av tilldelningsbeslutet framgår att Pedersens tilldelats kontrakt i upphandlingen utifrån tilldelningsgrunden lägsta pris. Att både Maskinringen och Pedersens anbud felaktigt har utvärderats kan dock inte anses ha medfört att Maskinringen lidit

skada eller kan komma att lida skada av detta fel, jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juli 2013 i mål 2826-13. Maskinringen har på grund av dess högre offererade pris i upphandlingen ändå inte haft en möjlighet att rangordnas före Pedersens och tilldelas kontrakt. Det saknas därför skäl för ingripande i upphandlingen.

Mot bakgrund av vad rätten konstaterat ovan, samt då Västerås stad kvalificerat Maskinringens anbud för utvärdering, saknar förvaltningsrätten skäl att ta ställning till om Maskinringen till följd av sina underleverantörers ekonomiska förhållanden inte uppfyller de krav som anges i 10 kap. 2 § LOU.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande i upphandlingen till följd av vad Maskinringen anfört. Ansökan ska därmed avslås.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Kerstin Thor.



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.

