



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-01-19
Meddelad i Växjö

Mål nr
3524-17

SÖKANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

Ombud: Mikael Magnusson
Box 103
713 23 Nora

MOTPART

Nybro kommun
382 80 Nybro

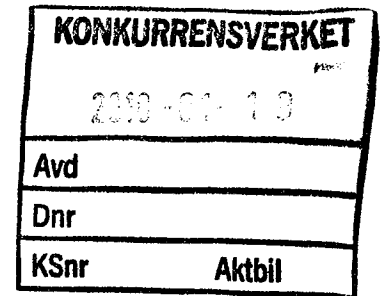
Ombud: advokaten Kristian Pedersen samt juristen Emily Tomas da Costa
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 171437

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Nybro kommun (kommunen) har genomfört en offentlig upphandling benämnd ”Toalettbyggnad Sveaplan 2017/3 – Totalentreprenad 2017/02-27”. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund. Genom tilldelningsbeslut den 5 september 2017 har kommunen antagit ett anbud lämnat av Björlin fastigheter AB (Björlins).

YRKANDEN M.M.

Danfo AB (Danfo) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att ny utvärdering ska göras varvid Björlins anbud inte ska beaktas. Danfo anför bl.a. följande. Björlins anbud uppfyller inte samtliga i upphandlingen ställda krav och kommunen har inte iakttagit likabehandlingsprincipen. Till följd därav har Danfo lidit skada eller riskerar att lida skada. Björlins har varken tekniska eller yrkesmässiga resurser för att kunna utföra uppdraget och uppfyller därmed inte kravet på tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet enligt punkt 2.5 i förfrågningsunderlaget. De har ingen egen kapacitet att utföra uppdraget och har därför inte heller tillräcklig kapacitet som fordras enligt förfrågningsunderlaget. Av Björlins årsredovisning framgår att de endast haft 28 769 kr i personalkostnader under hela räkenskapsåret 2016 och av besked från Skatteverket framgår att de under perioden maj 2017 till juli 2017 haft låga arbetsgivaravgifter. Därmed har de ingen egen personal. Det är känt att Björlins, vid leverans som skett till Länsstyrelsen i Skåne, upprättat lönespecifikationer i efterhand för att styrka arbeten med egna resurser. Deras avsaknad av personella resurser talar för att de nödgas använda andra bolags personal och yrkesmässiga kapacitet för att kunna utföra uppdraget. Björlins har inte inkommit med erforderligt åtagande från den vars kapacitet åberopas utvisande att de kommer att förfoga över åberopad kapacitet när kon-

traktet ska utföras och inte heller en sanningsförsäkran från firmatecknare till det bolag vars kapacitet åberopas, vilka båda är obligatoriska krav enligt punkt 2.8 i förfrågningsunderlaget. Björlins har därmed inte uppfyllt de obligatoriska kraven och borde ha förkastats. Att de uppgivit att de inte åberopar annans kapacitet saknar betydelse eftersom det klart framgår av uppgifter från offentliga register att de saknar erforderlig kapacitet för att kvalificera sig. Genom att kommunen antagit ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen har konkurrensen snedvridits och likabehandlingsprincipen åsidosatts. Björlins anbud skulle rätteligen inte ha upptagits till utvärdering. Risker för skada är uppenbar, då Danfo vid en korrekt utvärdering borde ha tilldelats kontraktet. Även om kommunen ska kunna förlita sig på att uppgifterna i anbudet är korrekta, kan en sådan presumtion brytas nu när Danfo påtalar bristen. Kommunen kan därför inte bortse från bristande uppfyllnad av de obligatoriska kraven eftersom Danfo påtalat och visat att Björlins inte har några egna personella resurser. Det föreligger därmed särskild anledning att anta att Björlins uppgifter om tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet inte är korrekta.

Kommunen bestrider Danfos yrkande om rättelse och anför bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse eller någon av de grundläggande principerna i LOU. Danfo har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada. Det saknas därför förutsättningar för ingripande mot upphandlingen och ansökan om överprövning ska således avslås. De uppgifter som Danfo anfört till stöd för sin talan, är uppgifter som inte framgår av Björlins anbud. I anbudet framkommer inte heller några som helst indikationer på att Björlins inte skulle ha den kapacitet som erfordras för att uppfylla kvalificeringskraven. Danfos yrkande om rättelse bygger på rena spekulationer. Björlins har inte åberopat något annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven. Det är således tydligt att de på egen hand uppfyller kvalificeringskraven. Däremot har de, helt i enlighet med punkt 2.9 förfrågningsunderlaget, angett att de har för avsikt att använda underleverantörer vid upp-

dragets utförande. I anbudet har det inte framkommit några som helst uppgifter som gett kommunen anledning att ifrågasätta huruvida Björlins på egen hand uppfyller kraven på ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kravet i punkten 2.5 i förfrågningsunderlaget är förhållandevis lågt ställt då anbudsgivaren endast behöver ha "tillräcklig" teknisk förmåga och kapacitet för att kunna utföra uppdraget. Det förhållandet att Björlins avser att använda underleverantörer kan inte anses innebära att de skulle sakna förmåga att utföra det upphandlade uppdraget. Det är snarare regel än undantag att i byggbranschen använda sig av underleverantörer. Att använda underleverantörer är inte detsamma som att åberopa annans kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven. Det föreligger inga brister i Björlins anbud och kommunen har under alla förhållanden saknat anledning att ifrågasätta uppgifterna i anbudet. Kommunen har därmed genomfört en korrekt anbudsutvärdering och det saknas förutsättningar för ingripande mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i

LOU på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av förfrågningsunderlaget punkt 2.5 framgår att anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att kunna utföra uppdraget och skall under hela avtalsperioden ha tillräcklig kapacitet att hantera en organisation i Nybro kommuns storlek. Anbudsgivarens bekräftelse krävs.

Av förfrågningsunderlaget punkt 2.8 framgår bl.a. att anbudsgivaren har rätt att åberopa annans kapacitet för uppfyllande av krav på ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Om annans kapacitet åberopas ska anbudsgivaren bifoga ett åtagande från den vars kapacitet åberopas utvisande att anbudsgivaren kommer att förfoga över åberopad kapacitet när kontraktet ska utföras.

Förvaltningsrättens bedömning

Danfo har anfört att Björlins inte uppfyller samtliga ska-krav och att anbudet därför borde ha förkastats. Av utredningen framgår inte annat än att Björlins svarat jakande på att bolaget uppfyller det aktuella skall-kravet som ställts i förfrågningsunderlaget och att kommunen har kontrollerat detta. Det har inte framkommit att det under detta skede funnits skäl för kommunen att ifrågasätta de uppgifter som lämnats av Björlins i anbudet. Björlins har i sitt anbud inte valt att åberopa någon annans kapacitet för att utföra uppdraget. Vad Danfo anfört kan inte heller anses visa att Björlins inte har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget. Vidare bedömer förvaltningsrätten inte att uppgifterna Danfo lämnat under överprövningsprocessen medfört någon skyldighet för kommunen att vidta någon särskild åtgärd. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Danfo anfört inte föranleder något ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Emelie Linder



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.