



SÖKANDE

NR Rest AB, 556238-7687

Ombud: Advokaterna Catarina Rivero Lira och Pontus Scherp
Norburg & Scherp Advokatbyrå AB
Birger Jarlsgatan 15
111 45 Stockholm

MOTPART

Naturhistoriska Riksmuseet, 202100-1124

Ombud: Advokat Marita Gröndahl och jur.kand. Hampus Stefansson
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-03-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Naturhistoriska Riksmuseet (myndigheten) genomför en upphandling av restauratör till restaurang Fossilen, dnr 2.4-94-2018, som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut den 20 september 2018 framgår att myndigheten beslutat att teckna avtal med en annan leverantör än NR Rest AB (bolaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolagets anbud ska beaktas. Till stöd för talan anføres bl.a. följande. Bolaget är certifierat mot de ISO-standarder som efterfrågas i upphandlingsdokumentets punkt 3.5 respektive 3.6 avseende miljö- och kvalitetsledningssystem. Med anledning av detta svarade bolaget ”ja” på frågorna i de aktuella punkterna avseende om bolaget innehar relevanta certifieringar och bifogade de aktuella certifikaten. Dessa är förvisso utfärdade i moderbolagets Nordrests namn, men certifieringarna omfattar även bolaget. Den revision som föregått certifieringen har omfattat alla verksamheter som koncernen innehar. Ledningssystemen är utarbetade för och tillämpas inom hela koncernen och omfattar därmed även bolaget vilket framgår av ingivna certifieringsunderlag, revisionsrapport och ledningsmanual avseende Nordrest. Bolaget har därmed styrkt att det är certifierat och uppfyller de aktuella kvalificeringskraven samt kraven på dokumentation. Något annat än certifikaten har inte efterfrågats och det är inte tillåtet att i efterhand ställa krav på ytterligare bevisning. Utgångspunkten är att anbudsgivaren lämnat korrekta uppgifter och ett förtydligande enligt 4 kap. 9 § LOU hade kunnat begäras in för det fall att myndigheten inte förstod att certifikaten även omfattar bolaget. Hänsyn måste tas till omständigheter som blir kända först efter tilldelningsbeslutet vid prövning av obligatoriska krav. Det är inte fråga om en komplettering av anbudet eftersom bolaget uppfyllt beviskraven. Under alla omständigheter uppfyller bolaget ändå kvalificerings-

kraven då möjligheten att utnyttja moderbolagets kapacitet i enlighet med 14 kap. 6 § LOU anges i upphandlingsdokumentet, vilket moderbolaget åtagit sig skriftligen. Rätten att åberopa annans kapacitet är i princip obegränsad och eventuella begränsningar måste uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten vilket inte skett. Den kammarrättspraxis som myndigheten åberopat bygger på den felaktiga föreställningen att miljö- och kvalitetsledningssystem utarbetas för enskilda bolag och att certifiering därför inte kan omfatta en annan juridisk person. Revisorn [REDACTED] [REDACTED] som genomfört den revision som föregått certifieringarna, har i utlåtande förtydligat att ett ledningssystem kan vara framtaget för att tillämpas på alla ställen där en koncern bedriver verksamhet. Det saknas därför grund för att inte tillåta bolaget att åberopa moderbolagets kapacitet i dessa avseenden och anbudet har därmed felaktigt förkastats. Myndighetens handlande innebär ett åsidosättande av principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering samt av 4 kap. 1 § och 14 kap. 6 § LOU. Bolaget hade sannolikt tilldelats kontrakt i upphandlingen om anbudet inte förkastats varför bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Myndigheten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Bolagets anbud har rätteligen förkastats innan utvärderingen eftersom det inte uppfyllt de obligatoriska kraven på kvalitets- och miljöledningssystem. Av de handlingar som bolaget gett in i anslutning till anbudet framgår inte att bolaget innehar relevanta certifieringar. Bolaget har nu åberopat en mängd dokument, vilka inte gavs in i samband med anbudsinslämnandet, och som dessutom inte utvisar att bolaget är certifierat enligt efterfrågade ISO-standarder. Handlingarna ska vara så tydliga att myndigheten kan utläsa vem som är certifierad utan att behöva tolka dokumenten i ljuset av information som inte är tillgänglig. Huvudregeln är att information som ges in efter sista anbudsdag inte får beaktas. Senare redogörelser saknar därmed betydelse. Att frånfalla ett beviskrav är inte tillåtet och skulle strida mot likabehandlingsprincipen om en anbudsgivare skulle få längre tid att

färdigställa sitt anbud än övriga. En upphandlande myndighet måste beakta omständigheter som blir kända först efter tilldelningsbeslutet fattats, om det visar sig att ett obligatoriskt krav som bedömts vara uppfyllt senare visar sig inte vara det, en situation som inte är aktuell i detta mål. Myndigheten har heller inte varit skyldig att begära ett förtydligande eller en komplettering av anbudet. Bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU är fakultativ, ska tillämpas restriktivt och det är inte tillåtet att tillföra nya sakuppgifter genom en komplettering. Någon oklarhet har inte förelegat eftersom certifikaten tydligt anger att de endast omfattar moderbolaget. Det har heller inte varit tillåtet för bolaget att åberopa moderbolagets kapacitet eftersom det i praxis slagits fast att en sådan certifiering endast gäller för det bolag som själv är certifierat just i fråga om miljö- och kvalitetsledningssystem. Upphandlingsdokumentets hänvisning till 14 kap. 6 § LOU är endast en upplysning. Eftersom bolaget varken visat att det är certifierat enligt de uppställda kraven, eller redogjort för sitt arbete avseende kvalitet och miljö, är kraven inte uppfyllda. Myndigheten har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller några upphandlingsrättsliga principer genom att förkasta bolagets anbud och bolaget har därmed inte lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter m.m.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5).

Av principerna om öppenhet och likabehandling följer att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grund av detta kan avgöra vad som tillmäts betydelse vid upphandlingen. Syftet med kravet på öppenhet är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke och innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt (RÅ 2002 ref. 50).

Har bolaget uppfyllt beviskraven i punkterna 3.5 och 3.6 genom att till sitt anbud bifoga de aktuella certifikaten?

I punkten 3.5 Miljöledningssystem i upphandlingsdokumentet anges bl.a. att anbudsgivarna ska redovisa och ha ett dokumenterat och systematiskt miljöarbete, så att ISO eller EMAS uppfylls. I punkten 3.6 Kvalitetsledningssystem anges bl.a. att anbudsgivarna ska vara kvalitetssäkrade enligt ISO 9001 eller motsvarande certifiering samt redovisa och ha ett dokumenterat och systematiskt kvalitetssäkringssystem, så att ISO eller kraven på kvalitetsledningssystem uppfylls. Certifierade anbudsgivare ska bifoga certifikat avseende efterfrågade standarder i respektive punkt till anbudet. Om anbudsgivaren inte är certifierad ska den bifoga en beskrivning av miljöarbete och kvalitetsprocesser utifrån vissa i upphandlingsdokumentet närmare angivna förutsättningar.

De obligatoriska kraven kan uppfyllas på två sätt, beroende på om leverantören är certifierad för miljö- respektive kvalitetsledningssystem eller

inte. En leverantör som är certifierad uppfyller kraven genom att kryssa ”ja” på frågorna om certifiering samt bifoga relevanta certifikat. En leverantör som inte är certifierad kan uppfylla kraven genom att inge en beskrivning av sitt miljöarbete och sina kvalitetsprocesser.

Bolaget, som svarade ”ja” på frågorna om certifiering, bifogade två certifikat som bägge utfärdats i bolagets moderbolags namn. Bolaget har anfört att det av den dokumentation som nu getts in till domstolen framgår att även bolaget omfattas av certifikaten. Det är i målet ostridigt att denna dokumentation inte fanns tillgänglig hos myndigheten vid anbudsinlämnandet och bolaget har inte gjort gällande att kraven uppfyllts på något annat sätt. Myndigheten har därmed endast haft tillgång till de av bolaget ingivna certifikaten. Eftersom det inte framgår direkt av dessa att bolaget är certifierat, och då det inte heller varit möjligt för myndigheten att indirekt utläsa om bolaget omfattas av certifikaten, anser förvaltningsrätten att bolaget inte visat att det självt uppfyllt kvalificeringskraven på miljö- och kvalitetsledningssystem genom att bifoga aktuella certifikat till sitt anbud.

Har beviskraven i punkterna 3.5 och 3.6 kunnat uppfyllas efter anbudets lämnande?

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en myndighet får tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en ingiven handling. Bestämmelsen ger alltså myndigheten en möjlighet, men inte någon skyldighet, att begära ett förtydligande eller en komplettering av bolagets anbud. Myndigheten har således inte agerat i strid med bestämmelsen genom att inte göra en sådan begäran.

Bolaget har i målet gett in vissa handlingar till styrkande av att det omfattas av certifikaten som utfärdats i moderbolagets namn och gjort gällande att förvaltningsrätten är tvungen att beakta den nya bevisningen vid sin

bedömning. Överprövningsprocessen i förvaltningsrätten är emellertid inte till för att ge en anbudsgivare tillfälle att återropa ny bevisning till styrkande av att den uppfyller ett obligatoriskt krav, när anbudet har förkastats på grund av att den bevisning som återropades innan anbudstidens utgång inte har bedömts som tillräcklig för att uppfylla kravet. Förfarandet i förvaltningsrätten tar i stället sikte på om upphandlande myndighet har agerat korrekt genom att förkasta anbudet, en bedömning som görs utifrån hur kravet formulerats och den bevisning som återropades till styrkande av uppfyllnad av detsamma i upphandlingen. En annan ordning vore svårförenlig med likabehandlingsprincipen eftersom den som ansöker om överprövning av en upphandling i ett sådant fall skulle få andra förutsättningar och mer tid på sig än övriga anbudsgivare att visa att den uppfyller ett obligatoriskt krav. Det är en annan sak, och fullt och förenligt med likabehandlingsprincipen, att bristande uppfyllelse av obligatoriska krav hos andra anbudsgivare än en själv, som framkommit först efter en ansökan om överprövning, kan beaktas inom ramen för överprövningsprocessen. Huruvida det framgår av senare ingivet underlag att bolaget omfattas av certifikaten saknar mot denna bakgrund relevans vid domstolens prövning och beviskraven i punkterna 3.5 och 3.6 har därmed inte kunnat uppfyllas genom den nya bevisning som bolaget har återropat i målet.

Har bolaget kunnat återropa moderbolagets kapacitet för att uppfylla de obligatoriska kraven i punkterna 3.5 och 3.6?

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt återropa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

I upphandlingsdokumentet anges under rubriken 3 Kvalificering av anbudsgivare, i den inledande punkten 3.1, att "Möjlighet finns att återropa

annans kapacitet för att uppnå kvalificeringskraven och att skriftligt åtagande från detta företag i så fall ska ges in för att styrka att anbudsgivaren kommer att förfoga över den åberopade kapaciteten när kontraktet fullgörs (14 kap. 6 § LOU)”.

Bolaget har till sitt anbud bifogat en garanti från moderbolaget som anger att bolaget har rätt att utnyttja all Nordrests tekniska och yrkesmässiga kapacitet som behövs för att fullfölja uppdraget. I praxis har det emellertid inte ansetts möjligt för en leverantör att åberopa ett annat företags kapacitet i fråga om miljö- och kvalitetsledningssystem (se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 29 januari 2015 i mål nr 3914-14, Kammarrättens i Sundsvalls domar den 20 juli 2018 i mål nr 569–572-18 samt 573–576-18 och Kammarrättens i Stockholm dom den 4 juli 2016 i mål nr 1849-16). Vad bolaget anfört och åberopat i målet utgör inte skäl att se annorlunda på saken i förevarande fall. Förhållandet att myndigheten i upphandlingsdokumentet har informerat om möjligheten att åberopa annans kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU föranleder inte heller någon annan bedömning. Vid sådana förhållanden har bolaget inte genom åberopande av sitt moderbolags kapacitet visat att det uppfyller de obligatoriska kraven på miljö- och kvalitetsledningssystem.

Slutsats

Mot bakgrund av bedömningen i det föregående har myndigheten inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att förkasta bolagets anbud. Skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger således inte och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Fredrik Bergius

Rådman

Avital Belchatowski har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.