



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2015-03-27
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
741-15 E

SÖKANDE

Sven A Hermelin AB, 556075-5869
Torsvägen 11
181 34 Lidingö

MOTPART

Enköpings kommun
745 80 Enköping

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-03-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbl

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen avseende ramavtal för Konsult Projektledning landskapsarkitekt inkl. lekplatssäkerhet samt yttre VA (dnr TF 2014/242) inte får avslutas förrän en rättelse skett på så sätt att en ny prövning av anbuden genomförts.

Dok.Id 145168

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

Telefax
018-431 63 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Enköpings kommun har genomfört en upphandling avseende ramavtal för Konsult Projektledning landskapsarkitekt inkl. lekplatssäkerhet samt yttre VA (dnr TF 2014/242). Den 10 februari 2015 fattade kommunen beslut att tilldela Sweco Civil AB, Funkia AB och Tengbomgruppen AB kontrakt. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att Sven A Hermelin AB (bolaget) och ÅF Infrastructure AB (ÅF) inte kvalificerats som anbudsgivare. Kommunen motiverar detta med att bolaget åberopat ÅF för att klara kravet på teknisk kapacitet. Om ett företag inte kan lämna ett eget anbud är det normalt inte tillåtet att samarbeta med ett annat företag som kan lämna ett eget anbud. I detta fall kan ÅF lämna ett eget anbud och har också gjort det i upphandlingen. Den åberopade tekniska kapaciteten kan därmed inte godkännas. Bedömningen utifrån lämnade anbud är att samarbetet mellan bolaget och ÅF skulle kunna vara ett otillåtet samarbete som strider mot konkurrensreglerna.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Bolagets anbud har förkastats på felaktiga grunder. Även förkastandet av anbudet från ÅF ska prövas då kommunens felaktiga beslut i denna del kan påverka samarbete som är av värde för bolaget. Avsikten med begränsning av samarbeten mellan företag är att undvika begränsning av konkurrensen. I aktuellt fall har inte samarbetet begränsat konkurrensen. Däremot begränsar kommunens förkastande av två av varandra helt oberoende anbud konkurrensen högst väsentligt. ÅF är ett stort bolag där olika resurser inom bolaget har möjlighet att upprätta samarbeten t.ex. baserat på geografisk lokalisering eller personliga kontakter. Samma resurs har inte åberopats i anbudet och ingen kontakt har tagits under anbudstiden mellan de personer som deltagit i anbudsgivningen i respektive anbud. Kommunen har inte heller åberopat några skäl för att misstänka att samarbetet, vare sig till syfte eller till effekt, varit konkurrensbegränsande. Huvuddelen av värdet i aktuell upphandling avser land-

skapsarkitektstjänster. Samarbetet i bolagets anbud avser alltså en begränsad och för samtliga avtalsparter ekonomiskt oväsentlig del.

Kommunen yrkar i första hand att tilldelningsbeslutet ska bestå och i andra hand att utvärderingen ska göras om. Kommunen anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Bolagets anbud har förkastats på giltiga grunder. I förfrågningsunderlaget Anbudsformulär 1.8 Åberopande av annat bolags kapacitet uppmärksammar kommunen att man använder Konkurrensverkets vägledning för att identifiera tillåtna och otillåtna samarbeten. Enligt Konkurrensverkets vägledning är det sannolikt inte okej att samarbeta i en upphandling om det är en anbudsgivare som inte kan lämna ett eget anbud tillsammans med ett företag som kan lämna ett eget anbud. I bolagets anbud fanns ingen ytterligare motivering som gav stöd om att samarbetet skulle vara tillåtet. För att ha kunnat göra en annan bedömning borde en sådan motivering ha avgetts i anbudet. Ingen fråga om samarbetet kunde ställas till bolaget i samband med utvärderingen, då det skulle ha inneburit att frågan hade innefattat information om ett annat företags anbud, vilket skulle leda till att den absoluta anbudssekretessen bröts.

Bolaget svarar bl.a. följande. Gällande rättspraxis är tydlig med avseende på att samarbeten som ökar mindre företags möjligheter att lämna anbud och ökar konkurrensen är tillåtna. Bevisbördan att samarbetet är otillåtet åligger därför kommunen. Hänvisningen till Konkurrensverkets vägledning i förfrågningsunderlaget är inte formulerad så att det finns anledning att anta att kommunen tillämpar denna starkt förenklade modell utan egna överväganden. Konkurrensverket påpekar själva i webbvägledningen att den inte ska användas på detta sätt. Bolaget delar inte uppfattningen att anbudssekretessen omöjliggjort för kommunen att ställa kompletterande frågor som möjliggjort för bolaget att klargöra varför samarbetet är tillåtet.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad bolaget anfört. Frågan om samarbetet med ÅF strider mot de konkurrensrättsliga reglerna kan inte prövas av förvaltningsrätten. Det är i första hand bolaget som måste göra den konkurrensrättsliga bedömningen och som står risken för den bedömningen.

Enligt 16 kap. 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (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.

Bolaget gör gällande att kommunen felaktigt förkastat anbuden från bolaget respektive ÅF.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har bolaget inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada med anledning av kommunens beslut att utesluta ÅF från vidare anbudsprövning. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU på den grunden. Det som återstår för förvaltningsrätten att pröva är således om kommunen agerat i strid med LOU genom att utesluta bolaget från vidare anbudsprövning.

Kommunen har beslutat att inte godkänna den tekniska kapacitet bolaget har åberopat. I de administrativa föreskrifterna avsnitt AUB.51 anges att anbudsgivarna kvalificeras enligt bilaga 7.2 Anbudsformulär. I anbudsformuläret avsnitt 1.8 framkommer bl.a. följande. Om anbudsgivaren åberopar andra företags ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet för

att uppfylla ställda krav, så ska anbudsgivaren visa i anbudet att denne förfogar över nödvändiga resurser under kontraktperioden. Det kan vara fråga om tillåtna samarbeten mellan företag eller ekonomiska föreningar. För ytterligare information om tillåtna och inte tillåtna samarbeten se Konkurrensverkets hemsida samt Konkurrensverkets vägledning.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. I förarbetena till bestämmelsen anges bl.a. följande. För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag ska ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren (prop. 2006/07:128 s. 245 f.).

Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte innehåller någon bestämmelse som inskränker en leverantörs rätt att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Inte heller det aktuella förfrågningsunderlagets utformning eller ordalydelse kan anses innefatta någon sådan begränsning.

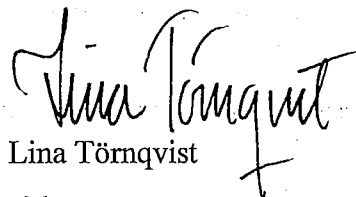
Kommunen har i tilldelningsbeslutet motiverat uteslutningen med att samarbetet mellan bolaget och ÅF skulle kunna vara ett otillåtet samarbete som strider mot konkurrensreglerna.

Överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) är i och för sig ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning från en upphandling enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Det är i sådant fall den upphandlande myndigheten som ska visa respektive styrka att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (se Kammarrätten i Stockholms dom den 2 december 2013 i mål nr 3725-13). Kommunen har varken påstått att bolaget har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller visat att samarbetet med ÅF skulle utgöra ett sådant fel.

Kommunen har därmed inte haft fog för sitt beslut att underkänna bolagets återopande av annat företags tekniska kapacitet. Genom att felaktigt utesluta bolaget från vidare anbudsprovning har kommunen agerat i strid med LOU vilket har lett till att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Eftersom den konstaterade bristen inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att ansökan om överprovning ska bifallas på så sätt att upphandlingen av ramavtal för Konsult Projektledning landskapsarkitekt inkl. lekplatssäkerhet samt yttre VA ska rättas och en ny provning av anbuderna genomförs.

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



Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av Petra Hedin.



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 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.

