



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-04-21
Meddelad i Linköping

Mål nr
7952-16

1

SÖKANDE

Aktiebolaget Oscar Hanson VVS, 556041-5480
Box 4073
300 04 Halmstad

Ombud: Jur. dr. Catrin Karlsson
c/o Amber advokater
Box 363
301 09 Halmstad

MOTPARTER

1. Fortifikationsverket
631 89 Eskilstuna

2. Sandbäckens Rör i Linköping AB
Sunnorpsgatan 6
582 73 Linköping

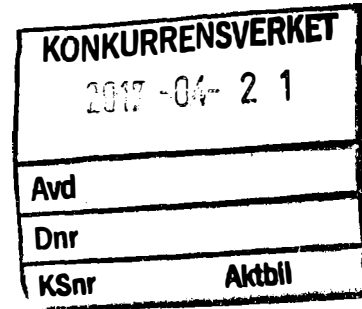
Ombud: Advokaten Christopher Bona och juristen Nina Burman-Lundin
Advokatfirman Delphi i Östergötland AB
Box 465
581 05 Linköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUF5

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 275136

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket genomför en upphandling av ramavtal avseende VS-installationer, dnr 3353/2016. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LUFS och tilldelningsgrund är lägsta pris. Fortifikationsverket har den 15 november 2016 meddelat ett tilldelningsbeslut enligt vilket kontrakt tilldelas med rangordning där Sandbäckens Rör i Bjäre/Halmstad AB (Sandbäckens Halmstad) har rangordning 1 och Aktiebolaget Oscar Hanson VVS (Bolaget) rangordning 3. Fortifikationsverket har den 22 december 2016 meddelat en rättelse av tilldelningsbeslutet enligt vilken den leverantör som tilldelas kontraktet med rangordning 1 rätteligen ska vara Sandbäckens Rör i Linköping AB:s (Sandbäckens Linköping) och inte Sandbäckens Halmstad.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse med innebörden att Sandbäckens Linköpings anbud ska förkastas, att Sandbäckens Halmstad inte ska ingå i utvärderingen och att en ny utvärdering inklusive lottning ska genomföras.

Fortifikationsverket begär att ansökan om överprövning avslås.

Sandbäckens Linköping begär att ansökan om överprövning ska avvisas som för sent inkommen alternativt avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Upphandlingen är i strid med upphandlingsunderlaget, likabehandlingsprincipen och LUFS. Fortifikationsverket har kvalificerat, utvärderat och tilldelat Sandbäckens Halmstad som inte har lämnat anbud utan endast är en un-

derentreprenör till Sandbäckens Linköping som har lämnat anbud i upphandlingen.

Fortifikationsverket menar att Sandbäckens Halmstad som underentreprenör av misstag kommit att skrivas in istället för den faktiske anbudsgivaren och att detta beror på att Sandbäckens Halmstad varit inregistrerat i Tendsign medan det har varit Sandbäckens Linköping som har lämnat anbud. Det förtydligande som har meddelats den 22 december 2016 förefaller vara en efterhandskonstruktion föranledd av överprövningsansökan. Om det hela hade utgjort ett misstag borde Fortifikationsverket ha rättat till detsamma så snart Fortifikationsverket gjordes uppmärksam på att kontrakt tilldelats till ett företag som inte är anbudsgivare. Det ska erinras om att Fortifikationsverket hade en möjlighet att begära in komplettering under perioden för utvärdering av anbud. Så har inte gjorts och det är orimligt att anta att fel juridisk person skulle ha passerat anbudsöppning, fas 1 och fas 2, lottning och slutligen tilldelning utan att Fortifikationsverket skulle ha uppmärksammat detta.

Fortifikationsverket vidhåller att det är Sandbäckens Halmstad som har utvärderats. Det anges även i kvalificerings- och anbudsutvärderingen till upphandlingsprotokollet att det är Sandbäckens Halmstad som har prövats och kvalificerats. Om det istället skulle vara Sandbäckens Linköping som anses ha lämnat anbud skulle rimligen detta företag ha utvärderats eller prövats. Men inte heller detta företag skulle ha klarat ens granskningsfas 1 då det anbudet inte ens kommit in via Tendsign och dessutom inte är undertecknat av behörig person. När Tendsign tillämpas måste en anbudsgivare registrera sig för att anbudet ska vara giltigt. En registrering i Tendsign tjänar inget syfte om inte anbud samtidigt lämnas. Att företagen har försvinnande liknande namn eller att de ingår i samma intressesfär påverkar inte bedömningen att det inte är möjligt anta en anbudsgivare som inte lämnat anbud alls eller att teckna avtal med ett företag som inte iakttagit samma procedur - med tillämpning av Tendsign - som andra anbudsgivare.

██████████ som har undertecknat Sandbäckens Linköpings anbud är inte behörig firmatecknare. Det spelar i det avseendet ingen roll vad Fortifikationsverket har antagit eller funnit skäl att betvivla. De grundläggande principerna om transparens och likabehandling lämnar inte utrymme för upphandlande myndigheters antagande och skönsmässiga bedömning. Sådana antaganden kan leda till otillåten fri prövningsrätt. Det finns inte heller något som skulle ge skäl att anta att ██████████ innehar fullmakt att företräda Sandbäckens Linköping. Ingen fullmakt har företetts och ██████████ är inte anställd i Sandbäckens Linköping och har inte heller någon plats i dess styrelse. Att VD:n för Sandbäckens Linköping i efterhand har meddelat fullmakt förändrar inte detta faktum då anbudstiden gått ut och kompletteringar får enligt LUFSS inte lämnas efter tilldelning.

Bolaget ställer sig tvivlande till att Sandbäckens Halmstad uppfyller de obligatoriska kraven. Bolaget startade sin verksamhet först i mitten av december 2015 och kan knappast uppfylla vare sig kraven på ekonomisk ställning i punkten AFB.521 eller om teknisk kapacitet i punkten AFB.522. De inlämnade referenserna avser också projekt som påbörjats 2010 respektive 2012, vilket innebär att inte heller referenserna eller referensobjekten uppfyller de obligatoriska kraven. Under alla omständigheter väcker förfarandet flera frågor om vems referenser Sandbäckens Linköping lämnat och vad som har utvärderats. Hela förfarandet är därmed icke transparent.

Bolaget ställer sig tvekan till vilket företags ekonomiska ställning som har utvärderats. Den tekniska kapaciteten som kan åberopas är anbudsgivarens och under vissa förhållanden andra företag som lämnat intyg om att dess kapacitet kan åberopas. Två av referenserna är dessutom sannolikt inte alls att härröra från vare sig Sandbäckens Halmstad eller Sandbäckens Linköping utan från ett helt annat företag, sannolikt Tage och Söner AB.

Det stämmer att det i punkten AFB.522 i förfrågningsunderlaget anges att nystartade företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde får lämna referenser på tidigare utförda objekt där företagets företrädare eller nyckelpersonal har haft en viktig roll i andra företag. Bolaget ifrågasätter denna möjlighet att lämna bevisning med hänvisning till de uttömmande möjligheter som anges i 12 kap. 11 § LUFSS. Denna bestämmelse ska inte uppfattas på så sätt att det är möjligt att endast hänvisa till de tidigare erfarenheter en anställd hos anbudsgivare eller hos det företag vars resurser man åberopar har. Om bevisning på teknisk kapacitet i form av referenser ska inlämnas och ligga till grund för uppfyllande av kvalificeringskraven ska de gå att hänföra till anbudsgivaren eller företaget som sådant och vara relevant för anbudsgivarens kvalifikationer att utföra det aktuella uppdraget. Så är inte fallet i förevarande mål.

Nu menar Fortifikationsverket - utan att ange vilket bolag som VD:n [REDACTED] [REDACTED] skulle ha varit anställd i - att de aktuella referensuppdragen är hänförliga till honom som person. Detta har tidigare inte anförts och framgår inte heller av anbudet. Bolaget menar att denna hänvisning till [REDACTED] anställning i tidigare uppdrag inte är tillräcklig för att de uttömmande möjligheter för att begära in bevisning enligt LUFSS ska anses vara uppfyllda. [REDACTED] är inte heller företrädare för företaget utan anställd som VD. Med nyckelperson i det här fallet får anses menas nyckelperson i förhållande till uppdraget i upphandlingen. [REDACTED] kan inte som VD anses vara en sådan person som spelar en viktig roll i själva uppdraget. Det framgår inte heller av anbudet att referenserna ska vara hänförliga honom som person eller vilket företag referenserna överhuvudtaget avser.

Angivande av referenser ska visa på anbudsgivarens tekniska kapacitet. Systemet skapar en likabehandling så till vida att samtliga anbudsgivare får en möjlighet att på samma sätt ange bevisning för kvalifikationer. Det är orimligt om en anbudsgivare endast skulle kunna hänvisa till ett referensuppdrag

kommande från en anställd utan att visa på vilket sätt denna erfarenhet och kapacitet skulle kunna anses hänförlig anbudsgivaren. Samtidigt ska erinras om att kravet på teknisk kapacitet och referensobjekt i förevarande mål är väsentliga mot bakgrund av beställarens viktiga och ansvarsfulla roll och med beaktande av vilka skador en bristande kvalifikationskapacitet skulle kunna medföra på såväl egendom som person.

Bolaget har rangordnats som nummer 3. Om inte Sandbäckens Halmstad hade tillåtits ingå i utvärderingen/lottningen skulle Bolaget ha rangordnats som nummer 2. Även om förvaltningsrätten skulle anse att Sandbäckens Linköping skulle ingå i utvärderingen skulle en ny utvärdering medföra en möjlighet till ny lottning. Bolaget har därmed lidit skada.

Fortifikationsverket

Vad Bolaget anför om att Sandbäckens Halmstad inte är anbudsgivare i aktuell upphandling är korrekt. Av misstag har underentreprenören kommit att skrivas in i stället för den faktiske anbudsgivaren. Detta misstag beror på att Sandbäckens Halmstad har varit registrerat i Tendsign medan det har varit Sandbäckens Linköping som har lämnat anbud genom inskickat anbuds-brev. På grund av de liknande firmorna har förväxling skett och Sandbäckens Halmstad har prövats istället för Sandbäckens Linköping.

Fortifikationsverket har inte uppställt krav på att anbudsgivaren måste vara registrerad i Tendsign. Det har i förevarande upphandling således inte funnits något hinder mot att låta annan lämna in anbudshandlingen för anbudsgivarens räkning.

Gällande Bolagets påstående om att den som har undertecknat Sandbäckens Linköpings anbud inte har varit behörig företrädare har Fortifikationsverket ansett att det inte har funnits anledning att betvivla att personen som har

undertecknat anbudet för Sandbäckens Linköpings räkning är behörig företrädare. Med anledning av ansökan om överprövning har Fortifikationsverket kontrollerat den undertecknande personens behörighet att företräda Sandbäckens Linköping i aktuell upphandling, vilket har bekräftats av företagets VD [REDACTED].

Såvitt avser förväxlingen av firmor anser Fortifikationsverket inte att denna brist behöver medföra att ny utvärdering ska genomföras. Av relevans för prövningen är att Sandbäckens Linköping har tillgång till Sandbäckens Halmstads ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Anbudsgivaren har således uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen och det är därvid utan betydelse om anbudsgivaren uppfyller kravet i sitt eget bolag eller genom annat företags kapacitet.

Den enda prövning som inte hade gjorts med anledning av förväxlingen har varit kontroll av om Sandbäckens Linköping har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt i Sverige. Detta är uppgifter som den upphandlande myndigheten ska inhämta från behörig myndighet enligt 11 kap. 4 § LUFSS. Vid kontroll har också framkommit att Sandbäckens Linköping inte hade några skulder avseende skatter eller sociala avgifter vid tiden för anbudets inlämnande eller därefter. Sandbäckens Linköping har således inte fått någon fördel av den senare kontrollen. Bolaget har därmed inte lidit skada av Fortifikationsverkets brist att inte ta upplysning om skatter och avgifter vid tid för anbudsprövning.

Hänvisade referensobjekt är utförda av Sandbäckens Halmstad eller av offererad arbetsledare. Kravet på referensobjekt utgör ett bevis på teknisk kapacitet. Teknisk kapacitet kan styrkas genom att åberopa annat företags kapacitet, vilket Sandbäckens Linköping har gjort i detta fall. Fortifikationsverket har ställt krav på att anbudsgivare ska ha viss teknisk kapacitet för att kunna kvalificeras i upphandlingen vilket en upphandlande myndighet kan

göra enligt 12 kap. 11 § LUFS. Enligt 12 kap. 15 § LUFS får en leverantör åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska visa att den har tillgång till annat företags kapacitet genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga, vilket Sandbäckens Linköping har gjort i sitt anbud. Av punkten AFB.522 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att nystartade företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde får lämna referenser på utförda objekt där företrädare eller nyckelpersonal har haft en viktig roll i andra företag.

Fortifikationsverket har krävt in bevisning på referensobjekt till styrkande av anbudsgivares yrkeskunnande, erfarenhet och tillförlitlighet. Nämnade egenskaper innefattas i anbudsgivarens yrkeskunnande och kravställningen utgår från 12 kap. 16 § LUFS. Att inte den begränsning som följer av beviskatalogen i 12 kap. 11 § LUFS ska tillämpas vid bedömning av yrkeskunnande framgår av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 6749-11.

Möjligheten för nystartade företag att inkomma med annan bevisning avseende erfarenhet och kompetens syftar till att möjliggöra för dessa att kunna vara med och konkurrera i offentliga upphandlingar. Kravet som sådant och kravets proportionalitet har i ett tidigare avgörande bedömts av förvaltningsrätten i mål nr 4257-15 som då fann att kravet var förenligt med lagstiftningen och de upphandlingsrättsliga principerna.

Sandbäckens Linköping har i enlighet med kravet i punkten AFB.522 hänvisat till referensobjekt utförda av annat bolag där Sandbäckens verkställande direktör har haft en viktig roll. Tvärtemot vad Bolaget påstår är en VD företrädare för bolaget såvitt avser den löpande förvaltningen, vilket framgår av 8 kap. 36 § aktiebolagslagen. Att en verkställande direktör med ansvar för den löpande förvaltningen har en viktig roll avseende bl.a. bemanning och vilka uppdrag bolaget ska åta sig är givet och den verkställande direktörens

roll i ett nystartat bolag får förmodas vara av särskilt stor betydelse när det gäller egenskaper som yrkeskunnande, erfarenhet och tillförlitlighet.

Sandbäckens Linköping

Den ansökan om överprövning som Bolaget lämnade in den 25 november 2016 hänför sig till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, som inte är tillämplig i förevarande fall. Först den 27 januari 2017 ingavs ansökan om överprövning avseende den aktuella upphandlingen enligt LUFSS genom Bolagets yttrande. Ansökan ska därför anses som för sent inkommen då avtalsspärren löpte redan ut 25 november 2016.

Sandbäckens Linköping utgör anbudsgivare i den aktuella upphandlingen, vilket framgår av anbuds brevet. Sandbäckens Linköping har avgivit sitt anbud inom rätt tid och på rätt sätt, som även uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Anbudet är avgivet genom det till förfrågningsunderlaget bifogade anbuds brevet, i digital form genom TendSign. Sandbäckens Linköping är tydligt angivet som anbudsgivare och det är även bolagets organisationsnummer som uppgivits i anbudet. Någon otydlighet avseende vem som är anbudsgivare föreligger därför inte, oberoende av det faktum att Sandbäckens Halmstads konto i Tendsign kommit att nyttjas vid ingivande av anbudet. Sandbäckens Linköping utgör således anbudsgivare, oavsett om ett annat koncernbolags konto i TendSign använts för avgivande av anbudet. Under alla förhållanden har användningen av Sandbäckens Halmstads konto i TendSign inte givit Sandbäckens Linköping någon fördel eller påverkat upphandlingen på något sätt, varför grund för rättelse saknas.

Fortifikationsverket ställer i förfrågningsunderlaget krav på behörig företrädare och inte på behörig firmatecknarens undertecknande. [REDACTED] utgör behörig företrädare för Sandbäckens Linköping, vilket bekräftats av bolagets VD [REDACTED].

Det har inte någonstans i förfrågningsunderlaget angivits att behörigheten att underteckna anbudet skulle styrkas med fullmakt eller liknande i anbudet. Av praxis framgår även att en upphandlande myndighet ska kunna förlita sig på att uppgifter som avges i anbud är korrekta och att det inte finns någon skyldighet att särskilt kontrollera att uppgifter som lämnats i ett anbud är korrekta, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta. I detta fall har Fortifikationsverket dessutom gjort en kontroll av att kravet på undertecknande är uppfyllt, och därvid fått bekräftat att så är fallet. Det har även i rättspraxis slagits fast att företrädare för bolag anses behöriga med annan fullmakt än skriftlig sådan. Således uppfyller Sandbäckens Linköping samtliga obligatoriska krav i denna del. Eftersom Fortifikationsverket fått klarlagt för sig att anbudet från Sandbäckens Linköping uppfyller kravet på anbuds undertecknande, finns därmed inget behov av begäran om komplettering i aktuellt avseende.

Rätten att åberopa andra företags kapacitet är inte absolut eller ovillkorlig och kan således inskränkas under vissa omständigheter. Någon inskränkning avseende denna rätt har emellertid inte gjorts i förevarande fall. Således finns ingen begränsning av Sandbäckens Linköpings möjlighet att åberopa Sandbäckens Halmstads referenser på så sätt som gjorts i den aktuella upphandlingen. Sandbäckens Linköping har, i enlighet med kraven i upphandlingen, styrkt bolagets tillgång till Sandbäckens Halmstads kapacitet genom att till anbudet bifoga den bilaga särskilt avsedd för detta ändamål i upphandlingen. Det är därmed klarlagt att Sandbäckens Linköping haft rätt att tillgodoräkna sig Sandbäckens Halmstads referenser i sitt anbud.

Bolaget har felaktigt påstått att Fortifikationsverket menar att referensobjekten är utförda av Sandbäckens Halmstad. Något sådant har aldrig påståtts. Fortifikationsverket har angett att referensobjekten är utförda av Sandbäckens Halmstad ”eller av offererad arbetsledare”. Sandbäckens Linköping har i sitt anbud åberopat Sandbäckens Halmstads kapacitet genom ett skriftligt

åtagande. Sandbäckens Halmstad är ett nystartat bolag, som därför i enlighet med förfrågningsunderlaget, kan uppfylla kraven på teknisk kapacitet genom att lämna referenser på tidigare utförda objekt där företagets företrädare eller nyckelpersoner har haft en viktig roll i andra företag. Därigenom har även syftet med referenstagningen uppnåtts, dvs. säkerställa den tekniska kapaciteten i form av yrkeskunnande och erfarenhet hos den som kommer genomföra det aktuella uppdraget. Referensuppdraget ”VS-ramavtal LFU Region Halland Halmstads sjukhus med ytterområde” avser [REDACTED] som har varit projektledare vid utförandet av referensobjektet. Referensuppdragen ”Ombyggnation av skolor, Kommun avtal” och ”VS-Ramavtal Båstad Hem” har utförts av Sandbäckens Halmstads VD [REDACTED]. [REDACTED] var i utförandet av dessa uppdrag projektledare tillika platschef.

För det fall förvaltningsrätten finner att en inskränkning avseende rätten att åberopa extern kapacitet har gjorts är Sandbäckens Linköpings bestämda uppfattning att ett krav på att anbudsgivaren själv ska uppfylla samtliga krav på kapacitet och yrkeskunnande inte är tillräckligt tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget. Således är ett sådant krav inte förenligt med principen om transparens och förutsebarhet. Sandbäckens Linköping menar även att ett sådant krav inte skulle vara proportionerligt och således i strid med gemenskapsrätten.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 1 kap. 11 § LUFSS föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 4 § LUFSS framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Enligt 16 kap. 11 § LUFSS ska en ansökan om överprövning av en upphandling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalspår som avses i 1 eller 3 § samma lag.

I 16 kap. 6 § LUFSS anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LUFSS. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om ansökan om överprövning kommit in för sent

En ansökan om överprövning av en upphandling ska i nu aktuellt hänseende ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 16 kap. 1 § LUFS. LUFS innehåller i övrigt inga regler om innehållet av en ansökan om överprövning. Av 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, framgår vilka uppgifter en ansökan, ett överklagande etc. ska innehålla, bl.a. vad som yrkas och det beslut som överklagas. Varken av LUFS eller av FPL framgår något krav om att sökanden i ansökan om överprövning ska ange enligt vilken lag denne begär överprövningen. Sådan fråga får vidare ytterst anses åvila rätten att avgöra oavsett vad parterna anför.

Eftersom Bolagets ansökan kommit in till förvaltningsrätten före utgången av den avtalsspärr som gällde för upphandlingen har den kommit in i rätt tid. Den omständigheten att Bolaget i ansökan felaktigt uppgett att överprövningen begärs enligt LOU, istället för LUFS, föranleder ingen annan bedömning.

Prövning i sak

Tilldelningen till Sandbäckens Halmstad

Fortifikationsverket har den 22 december 2016 meddelat en rättelse av tilldelningsbeslutet enligt vilken den leverantör som tilldelas kontraktet med rangordning 1 ska vara Sandbäckens Linköping och inte Sandbäckens Halmstad.

En upphandlande myndighet har möjlighet att ändra tidigare meddelat tilldelningsbeslut och meddela ett nytt beslut så länge upphandlingen pågår. Huruvida en sådan ändring skett före eller efter en överprövning av upphandlingen saknar därvid betydelse. Det föreligger med anledning av det anförda inte skäl för förvaltningsrätten att förordna om något ingripande med anledning av vad Bolaget anført beträffande att Sandbäckens Halmstad inte kan tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Tilldelningen till Sandbäckens Linköping

Bolaget har gjort gällande att anbudet från Sandbäckens Linköping ska förkastas då (i) det är oklart om Fortifikationsverket har utvärderat detta företags anbud, (ii) anbudet inte har kommit in via Tendsign och dessutom inte är undertecknat av behörig person, (iii) Sandbäckens Linköping inte uppfyller kraven på ekonomisk ställning i punkten AFB.521 och om teknisk kapacitet i punkten AFB.522 och två av de inlämnade referenserna sannolikt inte härrör från vare sig Sandbäckens Halmstad eller Sandbäckens Linköping utan från ett helt annat företag.

Utvärdering av anbudet

Fortifikationsverket har uppgett att verket har utvärderat Sandbäckens Linköpings anbud och att den enda prövning som inte hade gjorts vid initiala anbudsutvärderingen har varit kontroll av om Sandbäckens Linköping har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt i Sverige. Verket har vid kontroll inför tilldelningen till Sandbäckens Linköping konstaterat att bolaget inte hade några skulder avseende skatter eller sociala avgifter vid tiden för anbudets inlämnande eller därefter.

Enligt förvaltningsrätten var det möjligt för Fortifikationsverket att på sätt som skett kontrollera om Sandbäckens Linköping uppfyllde krav rörande

skatt och sociala avgifter. En sådan efterhandskontroll avser nämligen historiska förhållanden och syftar till att säkerställa att anbudsgivaren är lämplig att tilldelas kontrakt. I upphandlingen var vidare upplyst att en begränsad kontroll skulle tillämpas vid leverantörsprövningen vilket i sig förutsätter att alla anbudsgivares anbud inte behöver kontrolleras i samband med anbudsöppning utan att sådan kontroll kan avgränsas till de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontrakt. Förvaltningsrätten finner således att Bolaget inte har förmått visa att Fortifikationsverket i nu aktuellt avseende förfarit på ett sätt som strider mot LUFS och dess grundläggande principer.

Anbudets inkommande och undertecknande

Av punkten AFB.31 *Anbuds form och innehåll* i förfrågningsunderlaget framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

Anbudet ska endast avges i digital form genom TendSign, vara i överensstämmelse med förfrågningsunderlag och enligt anbudsbrief.

[...]

Anbudsbrief ska undertecknas av person är behörig att företräda anbudsgivaren, skannas in och medskickas som bifogad fil.

Det är i målet klarlagt att Sandbäckens Linköpings anbud har lämnats in i digital form genom Sandbäckens Halmstads konto i TendSign och att det av anbudsbriefen framgår att det är Sandbäckens Linköping som är anbudsgivare. Frågan är då om överlämnandet via ett annat bolags konto innebär att någon överträdelse föreligger.

Förvaltningsrätten konstaterar att Fortifikationsverket inte har uppställt något krav att anbudsgivaren måste vara registrerad i Tendsign och delar därför verkets bedömning att det i upphandlingen inte funnits något hinder mot att låta annan lämna in anbudet för anbudsgivarens räkning. Något skäl för

ingripande enligt 16 kap. 6 § LUFSS på grund av vad Bolaget anfört i denna del föreligger således inte.

Vad beträffar undertecknandet av anbudet är det i målet klarlagt att anbudet har undertecknats av [REDACTED] samt att han inte är behörig firmatecknare för Sandbäckens Linköping. Kravet enligt punkten AFB.31 är emellertid inte att anbudet ska vara undertecknad av behörig firmatecknare utan av behörig företrädare. Något krav om att behörighetshandlingar ska bifogas anbudet eller att företrädaren ska ha en skriftlig fullmakt finns inte i förfrågningsunderlaget. Inte heller hade Fortifikationsverket vid tiden för anbudsutvärdering anledning att ifrågasätta att den som undertecknat anbudet var behörig företrädare. Verket har slutligen med anledning av överprövningsprocessen kontrollerat [REDACTED] behörighet att underteckna anbudet och Sandbäckens Linköpings VD har bekräftat att sådan rätt föreligger. Mot bakgrund av det anförda saknas skäl att på grund av vad Bolaget anfört i detta avseende besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LUFSS.

Kravet om ekonomisk ställning

Av punkten AFB.521 *Krav på ekonomisk ställning* framgår i huvudsak att anbudsgivare ska ha en stabil ekonomisk och finansiell ställning för att säkerställa genomförandet av aktuellt objekt, att omsättningen under de tre senaste fastställda verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits i genomsnitt ska ha uppgått till minst fem miljoner kr per år samt att leverantörens finansiella och ekonomiska ställning kommer att bedömas enligt Creditsafe AB:s rating som vid anbudsprövningen ska vara minst 45, vilket kommer att kontrolleras av Fortifikationsverket.

Bolaget har anfört att det är tveksamt att Sandbäckens Linköping själv eller genom underleverantören Sandbäckens Halmstad uppfyller det aktuella kravet eftersom Sandbäckens Halmstad startade sin verksamhet först i mitten

av december 2015. Någon närmare precisering vad Sandbäckens Linköping inte uppfyller utifrån det ställda kravet har dock Bolaget inte lämnat. Med anledning av detta finner förvaltningsrätten att Bolaget inte har förmått visa att Sandbäckens Linköpings anbud brister i uppfyllelsen av kravet ifråga.

Kravet om teknisk kapacitet

Av punkten AFB.522 *Krav på teknisk kapacitet* framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

Anbudsgivare ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad.

För att styrka anbudsgivarens förmåga avseende yrkeskunskande, erfarenhet och tillförlitlighet inom området, ska denna registrera och begära in svar på minst 2 st. referensobjekt (max 4 st.). Objekten eller ramavtalen ska vara genomförda under de senaste 5 åren för olika beställare. Varje referensobjekt ska avse liknande reparation- och underhållsarbeten om minst 0.2 MSEK per år och beställare.

[...]

Beställaren kommer utvärdera de två första referenserna som inkommit.

[...]

Referenser betygsätts enligt skalan 1-5 av referenterna efter påståendefrågor till referenterna.

[...]

Nystartade företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde får lämna referenser på tidigare utförda objekt där företagets företrädare eller nyckelpersonal har haft en viktig roll i andra företag.

Bolaget har gjort gällande att utformningen av det aktuella kravet vad avser möjligheten för nystartade företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde att lämna referenser på tidigare utförda objekt där företagets företrädare eller nyckelpersonal har haft en viktig roll i andra företag, står i strid med LUFSS med hänvisning till de uttömmande möjligheter som anges i 12 kap. 11 § LUFSS, vilka innebär att det inte är möjligt att endast hänvisa till de tidigare erfarenheter en anställd hos anbudsgivare eller hos det företag vars resurser man åberopar har utan bevisningen på teknisk kapacitet i form av referenser ska gå att hänföra till anbudsgivaren eller företaget som sådant

och vara relevant för anbudsgivarens kvalifikationer att utföra det aktuella uppdraget.

Fortifikationsverket har invänt att verket har krävt in bevisning på referensobjekt till styrkande av anbudsgivares yrkeskunnande, erfarenhet och tillförlitlighet, som är egenskaper för vars bedömning beviskatalogen i 12 kap. 11 § LUFS inte ska tillämpas.

Förvaltningsrätten delar Fortifikationsverkets bedömning i den aktuella frågan med hänvisning till bl.a. vad som framgår av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 6749-11. Kravets utformning i relevant avseende strider således enligt förvaltningsrättens bedömning inte mot vare sig 12 kap. 11 § LUFS eller de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet på sätt som Bolaget gjort gällande.

Bolaget har vidare gjort gällande att Sandbäckens Linköping inte uppfyller det aktuella kravet eftersom underleverantören Sandbäckens Halmstad, vars kapacitet åberopats, startade sin verksamhet först i mitten av december 2015 och de inlämnade referenserna avser projekt som påbörjats 2010 respektive 2012 samt då två av referenserna sannolikt inte härrör från vare sig Sandbäckens Halmstad eller Sandbäckens Linköping utan från ett helt annat företag.

Det är i målet klarlagt att Sandbäckens Linköping för uppfyllandet av det aktuella kravet har åberopat Sandbäckens Halmstads tekniska kapacitet och till anbudet ingett ett intyg, undertecknat av Sandbäckens Halmstads företrädare [REDACTED], av vilket framgår att Sandbäckens Halmstad ställer sin kapacitet till Sandbäckens Linköpings förfogande för den aktuella upphandlingen.

Eftersom en leverantör enligt 12 kap. 15 § LUFS får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet och Sandbäckens Linköping har visat att bolaget har tillgång till det åberopade externa kapaciteten, föreligger således inga hinder för Sandbäckens Linköping att uppfylla det ställda kravet genom sin underleverantör såvitt denne i sin tur har efterfrågat erfarenhet och kompetens.

Av utredningen i målet framgår att Sandbäckens Linköping angav tre referenser från Region Halland (projekt utfört 2010-2014), Båstads kommun (projekt utfört 2012-2016) och BåstadHem AB (projekt utfört 2011-2016). Alla tre referenter har lämnat svar på de frågor som ska betygsättas enligt punkten AFB.52.

Av sammanställningen av referenssvar som Fortifikationsverket gjort framgår att referenten [REDACTED] från Region Halland angav att hans svar avsåg [REDACTED] som projektledare i åberopat referensuppdrag då [REDACTED] varit anställd på annat företag. Beträffande övriga referenser saknas någon sådan motsvarande information i anbudshandlingarna.

Sandbäckens Linköping har i målet angett att referensuppdragen "Ombyggnation av skolor, Kommun avtal" och "VS-Ramavtal Båstad Hem" har utförts av Sandbäckens Halmstads VD [REDACTED] i egenskap av projektledare tillika platschef.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att en VD som i enlighet med reglerna i aktiebolagslagen har rätt att företräda företaget i den löpande förvaltningen, utgör en sådan *företrädare eller nyckelpersonal* vars erfarenhet ett nystartat företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde kan åberopa för att påvisa att företaget uppfyller det ställda kravet enligt punkten AFB.522 i förfrågningsunderlaget. Något bärande skäl att tolka det ställda

kravet på det sätt som Bolaget gjort gällande, dvs. att referenserna ska hänföra sig till anbudsgivaren eller företaget som sådant, har inte framkommit.


Vad sedan beträffar huruvida den omständigheten att det av Fortifikationsverkets sammanställning av referenssvaren inte framgick att två av dem avsåg [REDACTED] och inte företaget Sandbäckens Halmstad som sådant, konstaterar förvaltningsrätten att punkten AFB.522 inte innehåller något krav om att anbudsgivaren skulle lämna in några handlingar från referenterna utan anbudsgivaren skulle registrera och begära in svar från minst två referenser som Fortifikationsverket sedan skulle utvärdera. Annat har i målet inte framkommit än att Fortifikationsverket vid referenstagningen fick information om vilka personer referensuppdragen avsåg samt att både [REDACTED] och [REDACTED], som har erfordrad erfarenhet, vid tiden för anbudsgivningen var anställda hos Sandbäckens Halmstad vars kapacitet Sandbäckens Linköping hade åberopat och genom åtagande styrkt i målet. Med anledning av detta finner förvaltningsrätten att Bolaget inte har förmått visa att Sandbäckens Linköpings anbud brister i uppfyllelsen av det ställda kravet.

Sammanfattning

Mot bakgrund av vad som ovan anförts saknas skäl att förordna om ingripande enligt 16 kap. 6 § LUFSS. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).



Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



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. 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.