



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2013-10-04
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4289-13
Enhet 2

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
169 83 Solna

Ombud: Bolagsjurist Christer Söderlund
Skanska Sverige AB
Juridik
169 83 Solna

MOTPART

Söderköpings kommun
Tekniska kontoret
614 80 Söderköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-10-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Söderköpings kommuns upphandling avseende Söderköping NOS etapp 2, utbyggnad av tryckspillvattenledning och pumpstationer, får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från J&A Entreprenad AB inte beaktas i utvärderingen.

Dok.Id 136397

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Söderköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Söderköping NOS etapp 2, Utbyggnad av tryckspillvattenledning och pumpstationer (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande. Grund för tilldelning är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Vid anbudstidens utgång hade tre anbud lämnats. I ett första tilldelningsbeslut den 6 maj 2013 antogs anbud från Skanska Sverige AB (Skanska). J&A Entreprenad AB:s (J&A) anbud utvärderades inte då kommunen bedömde att det inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget ställt krav på redovisning av intyg från kreditvärderingsinstitut. Den 4 juni 2013 fattade kommunen ett nytt tilldelningsbeslutet enligt vilket anbud från J&A antogs.

Skanska ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att J&A:s anbud förkastas.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

J&A, som har getts tillfälle att yttra sig i målet, anser att ansökan ska avvisas

VAD PARTERNA OCH J&A HAR ANFÖRT

Skanska

Kommunen har, genom att anta ett anbud som inte uppfyller ställda krav, brutit mot LOU och gemenskapsrättsliga principer. Detta har medfört att Skanska lidit eller kan komma att lida skada på sätt som avses i 16 kap. 4 och 6 §§ LOU.

I avsnitt AB.31 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. att anbudet ska innehålla de intyg m.m. som framgår av anbudsformuläret och förfrågningsunderlaget. I punkten 3.3 i anbudsformuläret anges bl.a. att

”Anbudsgivaren och eventuella underentreprenörer ska ha en stabil ekonomisk ställning och uppfylla nedanstående krav.

- Anbudsgivaren ska visa detta genom att bifoga ett utdrag från UC (Upplysningscentralen) eller från likvärdig företagsupplysning som visar anbudsgivarens rating (riskklass).”

Det framgår således av nämnda punkt att även eventuella underentreprenörer ska uppfylla kravet på viss rating. Detta ska styrkas genom utdrag från UC eller från likvärdig företagsupplysning, vilket kommunen också uttalade i sitt första tilldelningsbeslut den 6 maj 2013.

J&A har åberopat två andra företag som underentreprenörer, men har inte lämnat något utdrag från UC eller likvärdig företagsupplysning som visar att dessa bolag uppfyller ställt ratingkrav. Anbudet från J&A är därmed inte komplett.

I punkten 3.4 i anbudsföreläret anges bl.a. att

”Anbudsgivaren ska ha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av den här arten och omfattningen.

Anbudsgivaren/platsorganisationen som lämnar anbud ska uppvisa referenser från minst tre liknande anläggningsuppdrag som har pågått de senaste fem åren.

- För att styrka ovanstående förmåga ska anbudsgivaren fylla i bilaga 1, referensprojekt, och bifoga till anbudet”

J&A har i bilaga till anbudet åberopat ett stort antal referensprojekt. J&A uppger också att för spont- och pålningsarbeten sänkbrunnar, styrd borrhning hammarborrning m.m. lämnas försäkran från två andra företag. Åtaganden från dessa företag har bifogats anbudet. Det är fråga om åtaganden från annat företag enligt 11 kap. 12 § LOU. Sådana åtaganden åberopas typiskt sett av anbudsgivare för att uppfylla ställda krav som anbudsgiva-

ren inte på egen hand uppfyller. Av J&A:s anbud framgår tydligt att dessa två företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet åberopas av J&A för att uppfylla kraven enligt punkten 3.4. I entreprenaden ska som huvudsakliga arbeten utföras spillvattenledning, två pumpstationer, spillvattenmagasin och driftsbyggnad. I dessa arbeten ingår som en större del grundläggningsarbeten i form av spontning och pålning samt utförande av anläggningskonstruktioner i betong. Endast ett av J&A:s åberopade referensuppdrag liknar det nu aktuella uppdraget. Dessutom förefaller rätt beställare/kontaktperson endast ha uppgivits för tre av beställarna, varav ett uppdrag inte på något sätt liknar nu aktuellt uppdrag och därför inte kan godtas som referensuppdrag. Kommunen har haft särskild anledning att kontrollera referensuppdragens innehåll mot bakgrund av att J&A uttryckligen åberopat andra företags kapacitet vad avser vissa arbeten. Kommunen har vid sin prövning haft att utgå från att J&A inte ensamt, genom utförda referensprojekt, uppfyller de av kommunen ställda kraven. J&A har dock inte bifogat något referensuppdrag utfört av de aktuella företagen som uppfyller det ställda kravet eller som i övrigt styrker att dessa företag innehar dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av den här arten och omfattningen.

Under anbudstiden ställdes en fråga avseende byggnation, utformning och placering av carport. Enligt kommunens svar ska carporten placeras i anslutning till övriga utrymmen inom avsedd yta enligt ritning M-16.0-01. Kommunen har således ställt krav på att carporten ska placeras inom yta för nybyggnad kontor/personalutrymmen. J&A har i sitt anbud placerat carporten utanför denna yta. Genom att placera carporten utanför anvisad yta, kan det inte uteslutas att J&A har fått möjlighet att lämna ett lägre anbud än vad som annars hade varit möjligt. Om Skanska fått möjlighet att fritt placera carporten, hade Skanska kunnat lämna ett lägre anbud genom bl.a. att disponera markområdet annorlunda och anpassa övrig byggnation. Det bestrids att den totala effekten är liten. Huruvida placeringen påverkar

möjligheten att få bygglov, om de geotekniska förhållandena är likvärdiga på hela fastigheten, om den ger några grundläggningsmässiga fördelar eller om den ökar anbudspriset saknas relevans för om J&A:s anbud uppfyller ställda krav. Att upprätthålla ställt krav på carportens placering kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Det kan även ifrågasättas om anbudet uppfyller kravet i AFB.31 på att det ska lämnas handlingar för bygglovsansökan för driftbyggnad för att anbudet ska ses som komplett.

J&A har inte efterfrågade utdrag från UC eller likvärdigt kreditupplysningsföretag, inte redovisat tre godtagbara referensuppdrag samt placerat carporten utanför anvisat område. Sammantaget föreligger sådana brister i anbudet att det rätteligen skulle ha förkastats. Om anbudet hade förkastats hade Skanska tilldelats kontraktet.

Kommunen

J&A har lämnat ett intyg som visar att kravet på rating som anges i avsnitt 51 i de administrativa föreskrifterna uppfylls. Kravet på att uppvisa en lägsta rating gäller anbudsgivaren och inte eventuella underentreprenörer.

J&A har i dokumentet "Teknisk förmåga och referenser" redovisat ett antal referensprojekt som har genomförts för olika beställare i regionen. Kommunen bedömer referensprojekten vara tillfyllest och de visar J&A:s förmåga att klara entreprenader av aktuell art.

J&A har placerat carporten utanför den avsedda ytan. Placeringen bedöms dock inte påverka möjligheten att få bygglov då carporten med marginal ligger inom aktuell fastighet. De geotekniska förhållandena är vidare med stor sannolikhet likvärdiga inom hela fastigheten då denna i sin helhet ligger på sammanhängande åkermark. Placeringen bedöms därmed inte ge några grundläggningsmässiga fördelar. Placeringen ger ett ökat behov av hårdgjord yta vilket rimligen ökar anbudspriset. Den felaktiga placeringen

bedöms inte ge några konkurrensmässiga fördelar för J&A och totala effekten på anbudet är ytterst liten. Avvikelsen avseende carportens placering utgör inte skäl att förkasta anbudet från J&A.

J&A

J&A uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav. Ratingintyg avseende J&A har lämnats tillsammans med anbudet. Sådant intyg efterfrågas endast avseende anbudsgivaren och inte avseende underentreprenörer. J&A har erforderliga egna resurser och har inte behov att efterfråga andras ekonomiska resurser.

Det är endast kommunen som kan bedöma om lämnade referenser är relevanta i aktuell upphandling. Samtliga referensprojekt har utvärderats av kommunen och bedömts uppfylla ställda krav. J&A har ensamt lämnat anbud i upphandlingen. Det finns inga underentreprenörer i anbudsstadiet, utan dessa ska efter tilldelat kontrakt upphandlas under konkurrens. Det ställs inte krav på att referenser ska lämnas för annan än anbudsgivaren.

Vad gäller placeringen av carporten har den inte inneburit någon konkurrensmässig fördel för J&A. Den föreslagna placeringen strider inte mot några regler. Kommunen har som svar på fråga angående carport uppgett att enbart externslamtömning placeras som anges. Av förfrågningsunderlaget framgår att den slutliga dispositionen av övriga byggnader bestäms i samband med kommunen, vilket innebär att kommunen förbehåller sig rätten att påverka placeringen av byggnader. Kommunen har således godkänt placering av byggnader med förbehållet att kunna påverka en slutlig placering. Då detta har klargjorts i förfrågningsunderlaget har samtliga leverantörer haft samma förutsättningar i anbudsstadiet. Det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta J&A:s anbud på denna grund.

UTREDNINGEN I MÅLET

I punkt AFB.31 i de administrativa föreskrifterna - Anbudets form och innehåll - anges att i anbudsformuläret ska lämnas bl.a. följande uppgifter:

- Intyg som visar att entreprenörens finansiella och ekonomiska styrka minst uppgår till rating 3 enligt Upplysningscentralen (UC) eller motsvarande bedömning.
- Uppgifter som redovisar entreprenörens tekniska kompetens och erfarenhet av liknade uppdrag. Minst tre referensprojekt utförda under de senaste fem åren ska redovisas.

Under punkt AFB.51 - Prövning av anbudsgivare - anges bl.a. följande.

Krav på ekonomisk och finansiell ställning och stabilitet

Anbudsgivaren och eventuella underentreprenörer ska ha en stabil ekonomisk ställning. Anbudsgivaren ska visa detta genom att bifoga ett utdrag från UC eller från likvärdigt kreditvärdighetsinstitut för att visa att anbudsgivaren har en rating (riskklass) som uppgår till lägst 3. Intyget får inte vara äldre än tre (3) månader vid anbudstidens utgång.

Krav på kompetens, teknisk förmåga och kapacitet

Anbudsgivaren ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av den här arten. Minst tre referensprojekt utförda under de senaste fem åren ska redovisas.

I anbudsformuläret anges följande.

Punkt 3.3 Krav på ekonomisk och finansiell ställning och stabilitet

Anbudsgivaren och eventuella underentreprenörer ska ha en stabil ekonomisk ställning och uppfylla nedanstående krav.

- Anbudsgivaren ska visa detta genom att bifoga ett utdrag från UC (Upplysningscentralen) eller från likvärdig företagsupplysning som visar anbudsgivarens rating (riskklass).

Ratingen (riskklass) ska uppgå till lägst 3 och utdraget får inte vara äldre än två månader vid anbudstidens utgång.

Utländska anbudsgivare kan uppfylla rating kravet enligt sitt lands regler. Intyg ska bifogas.

Punkt 3.4 Krav på teknisk förmåga och kapacitet

Anbudsgivaren ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av den här arten och omfattningen. Anbudsgivaren/platsorganisationen som lämnar anbud ska uppvisa referenser från minst tre liknande anläggningsuppdrag som pågått de senaste fem åren.

- För att styrka ovanstående förmåga ska anbudsgivaren fylla i bilaga 1, referensprojekt, och bifoga till anbudet.

I punkt AFA.21– Översiktlig information om projektet – anges att en driftsbyggnad med tillhörande kontorsutrymme ska uppföras på fastigheten Söderköping 2:32. I punkt AFB.12 – Entreprenadform – anges bl.a. att driftbyggnad ska utformas enligt handlingar upptagna under DE 4 på handlingförteckningen.

I dokument 11.4.1 Rambeskrivning DE 4 Bygg och mark avsnitt 43.A Sammansatta inre rumsbildande byggdelar finns angivet carport om 200 m².

Under upphandlingen ställdes följande fråga till kommunen. I handling 11.4.1, rambeskrivning DE 4 ”Bygg och mark”, under kod 43.A står att en carport med storlek 200 m² ska byggas. Är detta riktig och hur ska den i så fall utformas och placeras?

Kommunen svarade enligt följande. Carport ska ingå i driftutrymmen. Carport avser öppen yta under tak för uppställning av arbetsfordon, maskiner och dylikt och är ej avsedd för privatfordon. Carporten placeras i anslutning till övriga driftutrymmen inom avsedd yta enligt ritning M-16.0-01. Förtydligande: Yta för en ny byggnad kontor/personalutrymmen är avsedd för samtliga utrymmen beskrivna i handling 11.4.1, rambeskrivning "Bygg och mark", punkt 43.A. Externslammottagning placeras som anges.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att det är den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parterna åberopar (jfr RÅ 2009 ref.69).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt principen om likabehandling, som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, får upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav.

Skanska har gjort gällande att J&A:s anbud inte borde ha utvärderats på grund av anbudet brister i flera avseenden.

Skanska har inledningsvis anfört att J&A:s borde ha uteslutits från utvärdering på grund av att J&A inte visat att de uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget på ekonomisk och teknisk kapacitet. Skanska menar att anbudet är bristfälligt på grund av att utdrag från UC eller likvärdig företagsupplysning avseende rating inte har lämnats för eventuella underentreprenörer. Skanska menar vidare att de av J&A lämnade referensprojekten inte visar att J&A har tillräcklig erfarenhet och kompetens för det uppdrag som upphandlingen avser.

I förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivaren och eventuella underleverantörer ska ha en stabil ekonomisk ställning. Anbudsgivaren ska visa detta genom att lämna in ett utdrag från UC eller likvärdigt kreditupplysningsinstitut som visar att anbudsgivaren har en rating på minst 3. J&A har lämnat in utdrag som visar bolagets rating. Förvaltningsrätten anser att det i förfrågningsunderlaget inte går att utläsa att det ställs krav på att lämna sådant utdrag avseende annan än anbudsgivaren själv. J&A uppfyller således det ställda kravet.

Det anges i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna för att visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av aktuell art och omfattning ska redovisa minst tre referensprojekt utförda de senaste fem åren. Kommunen har bedömt att de av J&A lämnade referens-

projekten visar att J&A har tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att genomföra det uppdrag som upphandlingen avser. Det som Skanska har anfört medför inte att det finns skäl att göra annan bedömning än kommunen. Det har således inte framkommit annat än att J&A uppfyller det ställda kravet.

Det finns därmed inte skäl att utesluta J&S:s anbud från utvärdering på dessa grunder.

Skanska har slutligen anfört att J&A:s anbud ska förkastas på grund av det inte uppfyller kravet på placering av carport.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det i uppdraget ingår att uppföra carport. Som svar på frågan om hur carporten ska utformas och placeras har kommunen angett att den ska placeras i anslutning till övriga utrymmen inom avsedd yta enligt ritning M-16.0-01. Kommunen har vidare i förtydligande angett att yta för ny byggnad kontor/personalutrymmen är avsedd för samtliga utrymmen beskrivna i handling 11.4.1, Rambeskrivning bygg och mark, punkten 43 A. Anvisningarna avseende carportens placering kan enligt förvaltningsrättens mening inte uppfattas på annat sätt än som obligatoriska krav. J&A har i sitt anbud föreslagit en placering av den aktuella carporten som går utanför den för ändamålet avsedda ytan. Anbudet avviker således från de krav som ställs i förfrågningsunderlaget samt tillhörande handlingar. Det kan inte uteslutas att J&A genom avvikelserna har fått konkurrensmässiga fördelar i förhållande till andra anbudsgivare. J&A:s anbud borde därför rätteligen ha förkastats.

Genom att utvärdera anbudet från J&A trots att det inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Kommunens agerande har medfört att Skanska har

lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed förutsättningar för ingripande mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § LOU.

Eftersom kommunens handlande inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är rättelse en möjlig och tillräcklig åtgärd. Skanskas ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts i form av en ny utvärdering där anbudet från J&A inte ska beaktas.

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



Anna Karlsson

Föredragande har varit Tamara Handl.



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 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.