



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-09-24
Meddelad i Linköping

Mål nr
4700-18

SÖKANDE

RGS 90 Sverige AB, 556609-2085

Ombud: Advokat Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB

MOTPART

Fortifikationsverket

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma KB

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-09-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 341171

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

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

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket genomför upphandlingen

”Kartläggning/Riskreducerande åtgärder/OXA Dnr 1562/2018”.

Upphandlingen genomförs som öppet förfarande och avsikten är att ingå ramavtal med två entreprenörer om det lämnats tillräckligt många kvalificerade anbud. Utvärderingsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris. Av tilldelningsmeddelande den 12 juni 2018 framgår att Fortifikationsverket beslutat att teckna avtal med EnvyyTech Solutions AB. I bilaga ”Anbudssammanställning” till meddelandet framgår vidare att RGS 90 Sverige AB:s (Bolaget) anbud har förkastats med följande motiveringar.

Intyg avseende godkänd förvaring

Av AFB.52 framgår att anbudsgivare i sitt anbud ska inge intyg avseende att anbudsgivaren förfogar över sådan förvaring som anges i tillstånd från MSB. RGS har inte bifogat något intyg avseende godkänd förvaring och uppfyller således inte kravet. Detta utgör skäl för förkastande av anbud.

Försäkring:

Av AFD.542 framgår att entreprenören ska ha en allrisk- och ansvarsförsäkring som bl.a. ska inkludera särskilt riskfyllda arbeten relaterade till OXA. Kravet utgör ett kontraktsvillkor och ska således vara uppfyllt vid ingående av kontrakt genom ramavtalet. Dessutom har förtydligats genom fråga/svar funktionen att anbudsgivare ska bekräfta i sitt anbud att kravet kommer att uppfyllas. RGS har inte lämnat någon sådan bekräftelse och uppfyller således inte kravet, vilket utgör skäl för förkastande.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och föreslår att rättelse sker på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att rätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR**Bolaget**

Någon grund för att förkasta bolagets anbud föreligger inte och upphandlingen ska därmed rättas. Om de obligatoriska kraven ska förstås på det sätt som Fortifikationsverket gjort gällande, är kraven oproportionerliga eller i vart fall utformade i strid med principen om öppenhet. Kraven är därtill onödiga och olämpliga för att uppfylla Fortifikationsverkets syfte med kraven. Upphandlingen ska därför göras om.

Bolaget har dels bekräftat att Bolaget bifogat tillstånd från MSB att söka, identifiera, omhänderta och destruera OXA (oexploderad ammunition), dels bifogat tillståndet från Bolagets kapacitetsställande underleverantör Scanjack AB. Av tillståndet framgår att det inte är kopplat till eller villkorat av bibehållandet av någon på förhand bestämd godkänd förvaring. Kravet på intyg gällande förfogande över godkänd förvaring är därmed inte möjligt att uppfylla i anbudsskedet, då någon individualiserad förvaring inte är kopplat till tillståndet. Inför varje nytt uppdrag ska tillståndshavaren istället redovisa bl.a. en uppskattning över mängden OXA som ska omhändertas och hur den ska förvaras. MSB fattar därefter beslut om hanteringen får påbörjas. Uppdragets faktiska omfattning under ramavtalet avgörs först i samband med avrop och förvaringsutrustningens omfattning kommer således att variera från uppdrag till uppdrag. I enlighet med entreprenadföreskrifterna ska entreprenören uppvisa gällande tillståndshandlingar vid startmöte för uppdraget, vilket innefattar ett platsspecifikt tillstånd med redovisning av godkända förvaringslösningar. Grund för att pröva frågan om förfogande över godkänd förvaringsutrustning saknas därför inom ramen för anbudskvalificeringen. Det står därför klart att kravet utgör ett kontraktsvillkor (särskilt villkor för fullgörande av kontrakt) som endast kan uppfyllas i samband med avrop av konkretiserade uppdrag. Bolaget har

därmed genom sitt anbud och tillhörande anbudsformulär visat på det sätt som kan krävas att Bolaget har nödvändig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra uppdrag efter avrop. Mot denna bakgrund har Fortifikationsverket inte haft grund för att ifrågasätta och förkasta Bolagets anbud i denna del.

Om kravet inte kan anses utgöra ett kontraktsvillkor, vars uppfyllelse ska säkerställas först i samband med avrop, måste kravet anses som oproportionerligt. Kravet kan inte uppfyllas innan det står klart vilka arbeten som omfattas av ett enskilt avrop och anbudsgivarna har inte kunnat förfoga över godkänd förvaring vid anbudsinslämnandet. Något intyg i denna del har därför inte kunnat lämnas in. Fortifikationsverkets svar på frågor och svar ger inte heller mer information om vad det är för handling som efterfrågas än vad som framgår av de administrativa föreskrifterna. Den tolkning Fortifikationsverket gör av kravet står i strid med hur kravet är formulerat. Efterfrågat intyg ska avse vad som framgår av tillståndet och inte vilken utrustning som anbudsgivarna generellt förfogar över. Under alla omständigheter har det varit oklart vad det efterfrågade intyget skulle omfatta och kravet har därmed utformats i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Villkoret att entreprenörens allrisk- och ansvarsförsäkring ska inkludera särskilt riskfyllda arbeten relaterade till OXA ska vara uppfyllt vid ingående av avtal efter avrop från ramavtal. Kravet utgör således ett kontraktsvillkor och ska inte påverka utvärderingen av anbudet. Denna systematik kan inte Fortifikationsverket frångå genom ett meddelande i frågor och svar under anbudstiden. Genom att lämna in sitt anbud har Bolaget bekräftat att kravet på försäkring kommer att uppfyllas i samband med ingående av avtal efter avrop. Det saknas därför grund för att förkasta Bolagets anbud på det sätt som skett.

Fortifikationsverkets svar på fråga i denna del under frågor och svar är otydligt utformat och det framgår inte på vilket sätt kravet ska uppfyllas. Det har inte varit förutsebart för anbudsgivarna att aktuellt krav skulle uppfyllas redan i anbudsskedet eller att det skulle kräva någon ytterligare handling utöver anbudet för att styrka kravuppfyllnad. Kravet har utformats i strid med de grundläggande principerna och bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket har för avsikt att tilldela ramavtal till som mest två anbudsgivare. Endast Bolaget och EnvyTech Solutions AB lämnade anbud i upphandlingen och Bolaget skulle därmed ha tilldelats ramavtal om anbudet inte förkastats i strid med LOU. Bolaget har därför lidit skada. I andra hand har bristerna i utformningen av kraven påverkat Bolagets möjlighet att lämna ett formellt godtagbart anbud. Dessa brister har medfört att Bolaget lidit skada. Skäl för åtgärder enligt 20 kap. 6 § LOU på dessa grunder föreligger därmed.

Fortifikationsverket

Trots uttryckliga krav i AFB.52, anbudsformulär och under frågor och svar har Bolaget inte till sitt anbud bifogat dels intyg avseende godkänd förvaring, dels intyg eller bekräftelse på att försäkring kan tecknas.

Kravet i AFB.52 omfattar ingivandet av två handlingar. I första stycket anges att själva tillståndet ska bifogas anbudet och i andra stycket anges att intyg beträffande förvaring ska bifogas anbudet. Av det tillstånd från MSB som Bolaget åberopat genom Scanjack AB framgår att det ska redovisas hur OXA ska förvaras inför varje nytt uppdrag. Bolaget har i anbudsformuläret svarat ja på frågan gällande ”Intyg om anbudsgivare fogar över den godkända förvaring som anges i företagets tillstånd, enl. AFB.52 är bifogat anbudet”. Bolaget har trots sitt svar inte bifogat efterfrågat intyg och

argumenterar för att det inte är möjligt att inge efterfrågat intyg i anbudsskedet och att svaret avsåg tillståndet. Vad Scanjack AB har att göra i förhållande till MSB inför varje avrop är en sak och vad som krävs i upphandlingen en annan. Det står klart att det är fullt möjligt att redogöra för det efterfrågade då annan anbudsgivare inkommit med efterfrågat intyg. Fortifikationsverket har genom kravet velat säkerställa att logistiken varit säkrad inför eventuella uppdrag. Eftersom Bolaget inte inkommit med ett intyg över vilken förvaring man fogar över möter Bolaget inte uppställda krav. Bolagets anbud har förkastats på denna grund.

Fortifikationsverket anser att det är av mycket stor betydelse att kunna teckna en försäkring för personal, och eventuella tredjepartsskador, i samband med röjning av OXA. Riskanalyserna avseende arbetsmiljö är extremt svåra att hantera. Exempelvis är farligheten av olika fynd närmast omöjliga att identifiera i fält. De flesta OXA-objekten saknar markeringar på grund av korrosion och kan vara markerade med olika färgmarkeringar med olika betydelse beroende på årgång. Erfarenheter från tidigare arbeten visar att dokumentationen av vad som skjutits saknas eller är missvisande. Exempelvis finns det sällan dokument som visar att skarpa granater har skjutits även om det visat sig att skarpskjutning förekommit. Försäkringsfrågan är högst ovanlig och komplicerad. Erfarenheter av liknande arbeten saknas i de flesta försäkringsbolag och för att kunna teckna en försäkring förutsätter det ett stort engagemang med en initial genomlysning av organisation och omfattningen av riskerna med arbetet. Att försäkringsfrågan är utredd är således av stor vikt innan avtal tecknas. Genom frågor och svar har förfrågningsunderlagets krav skärpts i denna del och intyg om möjlighet att teckna sådan försäkring har uppställts som ett uttryckligt krav. Bolaget har inte till sitt anbud bifogat ett intyg om att försäkring kan tecknas för upphandlingsföremålet och anbudet har därmed rätteligen förkastats.

Beaktat upphandlingsföremålets karaktär är det förenat med en uppenbar risk för livsfara att inte upprätthålla kraven, vilka befinner sig inom gränserna för proportionalitetsprincipen. Kraven är vidare kvalificerande då de tar sikte på anbudsgivarens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och inte själva utförandet av tjänsten. Det framgår tydligt av de administrativa föreskrifterna att kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt skall-krav är utformade i relation till upphandlingsföremålet respektive den farlighet och risk som föreligger vid utförandet av kontraktet. Fortifikationsverket har vidare tydligt förklarat i upphandlingen att avtal inte kommer att tecknas med en leverantör som inte uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet och är förhindrat att göra avsteg från uppställda skall-krav. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att godta ett anbud som inte uppfyller ställda skall-krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande felaktigheter både i upphandlingens konkurrensuppsökande skede och i Fortifikationsverkets prövning av anbud.

I fråga om felaktigheter i det konkurrensuppsökande skedet – det som enligt förvaltningsrätten bör granskas först – menar Bolaget att två krav är oförenliga med 4 kap. 1 § LOU, bl.a. när det gäller tydlighet.

Ett av de enligt Bolaget felaktiga kraven finns i AFB.52 Administrativa föreskrifter och i dokumentet Frågor och svar. Det gäller intyg om att anbudsgivaren förfogar över godkänd förvaring. Kravet har följande lydelse:

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet

Kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet är utformade i relation till arbetets natur och dess omfattande risker. OXA är per definition dödligt farliga. Konsekvenserna av felaktig hantering och oönskad explosion är katastrofala.

Fortifikationsverket kommer inte att teckna avtal med företag om inte dessa krav är helt uppfyllda.

[...]

Företaget ska ha tillstånd av MSB att söka, identifiera, omhänderta och destruera OXA. Kopia av tillståndet och MSB:s godkännande av föreståndare ska bifogas anbudet.[...]

Företaget ska också redovisa att man fogar över den godkända förvaring som anges i företagets tillstånd. Intyg bifogas anbudet.

Frågor och svar

2 Publik fråga

[...]

Fråga 2: I anbudsföreläggandet (bilaga 7.1.3) står följande: Intyg om att arbetsgivaren fogar över den godkända förvaring som anges i företagets tillstånd, enligt AFB 52 har bifogats anbudet. Vi undrar om det är den beskrivning/certifikat som man bifogat ansökan till räddningstjänsten avseende förvaring av explosiva ämnen.

Publikt svar

[...]

Fråga 2: Anbudslämnaren ska intyga att man fogar över den utrustning som finns enligt tillståndet.

Bolaget gör gällande att kravet på intyg avseende godkänd förvaring bl.a. är otydligt och att det inte kan uppfyllas vid anbudstillfället.

Fortifikationsverket är av motsatt uppfattning.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på intyg avseende godkänd förvaring är kopplat till tillstånd av MSB och att ett intyg ska bifogas anbudet. Intyget ska visa att anbudsgivaren förfogar över förvaringen.

I det MSB-tillstånd Bolaget åberopar i upphandlingen anges inte någon godkänd förvaring. Fortifikationsverket har inte hävdad t.ex. att det är fel typ av tillstånd eller att tillståndet inte innehåller de uppgifter ett tillstånd ska innehålla. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att det är oklart vad kravet på intyg avseende godkänd förvaring enligt MSB-tillstånd innebär och hur det ska uppfyllas av en anbudsgivare.

Det andra kravet som enligt Bolaget är felaktigt finns i AFD.542 Administrativa föreskrifter och i dokumentet Frågor och svar. Det gäller intygande om att anbudsgivaren ska kunna teckna försäkring. Kravet har följande lydelse:

*Administrativa föreskrifter**AFD.542 Försäkring för särskilt riskfyllda arbeten*

Entreprenörens allrisk- och ansvarsförsäkring ska inkludera särskilt riskfyllda arbeten relaterade till OXA. Försäkringen ska även täcka skydd för personlig olycksfallsförsäkring.

*Frågor och svar**2 Publikfråga*

Fråga 1: I FFU AFD 542 står att man ska ha försäkring för särskilt riskfyllda arbeten, relaterade till OXA. Inget ska bifogas. Vi undrar bara om det ska vara så att man ska bifoga ett intyg på att man kan bli

försäkrad för denna typ av arbete. Det är ju ett måste för att kunna utföra entreprenaden och ett skallkrav som ska uppfyllas.

[...]

Publikt svar

Fråga 1: Anbudslämnaren ska intyga att man kan teckna en sådan försäkring samt vid avropade arbeten visa att man har tecknat denna försäkring.

Bolaget för fram bl.a. följande. Anbudsgivarna har redan genom anbudsformulärets utformning bekräftat att man lämnat ett bindande anbud med förfrågningsunderlaget i dess helhet som grund, vilket innefattar en bekräftelse på att anbudsgivarna kommer att uppfylla villkoren för utförandet av uppdrag, inte minst tecknande av försäkringar. Det har inte på något sätt framgått på vilket sätt ett intyg avseende möjligheten att teckna försäkring skulle utformas, och det kan även ifrågasättas vilket självständigt värde ett sådant intygande av anbudsgivarna själva skulle ha. Det har inte varit förutsebart att kravet skulle uppfyllas redan i anbudsskedet eller att det skulle krävas någon ytterligare handling utöver bekräftelse i anbudet för att styrka kravuppfyllnad.

Fortifikationsverket menar att det av upphandlingsdokumenten tydligt framgår att ett intyg om försäkring ska bifogas anbudet vilket Bolaget enligt Fortifikationsverket inte har gjort.

Beträffande kravets innebörd står det klart att Fortifikationsverkets uppfattning är att anbudsgivaren ska bifoga anbudet en handling med intygande från annan om att anbudsgivaren kan teckna efterfrågad försäkring.

Enligt förvaltningsrätten finns en brist på överensstämmelse mellan kravets ordalydelse och dess innebörd enligt Fortifikationsverket. Förvaltningsrätten konstaterar därvid att det enligt kravets ordalydelse är anbudsgivaren själv som ska intyga att den kan teckna sådan försäkring som kravet avser och att det inte tydligt framgår att något intyg ska visas upp eller när så ska ske.

Den konstaterade diskrepansen medför enligt förvaltningsrätten att kravet på intyg om försäkring framstår som oklart.

De enligt ovan konstaterade otydligheterna är enligt förvaltningsrätten sådana att upphandlingsdokumenten får anses vara oförenliga med 4 kap. 1 § LOU. I målet har inte kommit fram tillräckliga skäl att underkänna kraven på annan grund.

Felaktigheterna, som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, har enligt förvaltningsrätten medfört att Bolaget i vart fall kan komma att lida skada. Det finns därmed grund för att ingripa mot upphandlingen genom ett beslut om att den ska göras om. Bolagets ansökan ska bifallas på detta sätt.

Vid denna utgång i målet saknas anledning att ta ställning till vad Bolaget i övrigt har ifrågasatt i upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Jacob Nilsson.



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.

