

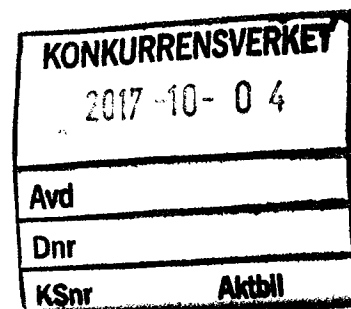


**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-10-02
Meddelad i Jönköping

Mål nr 817-17 och
1241-1242-17



KLAGANDE

1. Oxelösunds kommun
2. Kustbostäder i Oxelösund AB, 556527-0062
3. Oxelö Energi AB, 556070-9429

Ombud för 2-3: Oxelösunds kommun
613 81 Oxelösund

MOTPART

R Rydbergs Bygg AB, 556613-8664

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och biträdande jurist Anna Englund
AG Advokat KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 1 mars 2017 i mål nr 631-17, 632-17 och 634-17, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.
2. Kammarrätten avslår R Rydbergs Bygg AB:s yrkande om att upphandlingen ska göras om.
3. Kammarrätten avvisar R Rydbergs Bygg AB:s yrkande om att kammarrätten ska förordna att domen ska gälla först när en viss tid har gått från det att kammarrätten har avgjort målet.

Dok.Id 212402

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Oxelösunds kommun, Kustbostäder i Oxelösund AB och Oxelö Energi AB (upphandlande myndigheter) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

R Rydbergs Bygg AB (Rydbergs) motsätter sig i första hand ändring av förvaltningsrättens dom och yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar även att, om kammarrätten skulle bifalla de upphandlande myndigheternas överklagande, kammarrätten ska förordna att domen ska gälla först när en viss tid har gått från det att kammarrätten avgjort målet.

VAD PARTERNA ANFÖR

Upphandlande myndigheter

Rydbergs kravuppfyllelse

Rydbergs har inte visat att bolaget uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Det faktum att Rydbergs anbud inte uppfyller ställt erfarenhetskrav för kalkylator utgör inte enda grunden för att Rydbergs anbud skulle ha förkastats.

I förfrågningsunderlagets avsnitt AFB.52 anges att anbudsgivaren ”ska ha lägst ratingbetyg 3 enligt UC, omdöme A enligt Soliditet eller motsvarande omdöme”.

Det är korrekt att upphandlande myndigheter, efter förvaltningsrättens dom, begärde ett förtydligande från Rydbergs avseende uppfyllnad av kravet. Förtydligandet avsåg dels om Rydbergs var föremål för någon uteslutningsgrund mot bakgrund av att Rydbergs har skatteskuld registrerad hos Kronofogdemyndigheten, dels kontroll av uppfyllelse av kravet på ekonomisk ställning.

Rydbergs kom in med de två senaste fastställda årsredovisningarna för företaget samt ett utdrag från kreditupplysningsföretaget Creditsafe med kreditvärdet 95. Rydbergs lämnade i detta sammanhang ingen vidare förklaring eller garanti för att bolaget innehar motsvarande ekonomisk stabilitet som UC 3 eller Soliditet A. Vid upphandlande myndigheters kontroll fick Rydbergs ratingbetyg 1 från UC.

Eftersom det utdrag från UC som har hämtats in av upphandlande myndigheter visar att det fanns ytterligare orsaker till att Rydbergs har erhållit ratingbetyg 1 utöver vad som har angetts i Rydbergs förklaring, såsom exempelvis att avkastningen på totalt kapital är negativ och att lönsamheten sjunker, kan Rydbergs förklaring inte anses visa att Rydbergs innehar en ekonomisk ställning som uppfyller ställt krav. Det är irrelevant vilket omdöme Rydbergs har eller har haft enligt Creditsafe då detta under inga omständigheter kan anses motsvara det omdöme som lämnas från UC. Faktum kvarstår att Rydbergs varken nu har eller vid tiden för anbudets inlämnade hade minst kreditbetyget 3 hos UC.

Det är ett felaktigt antagande att upphandlande myndigheter har godtagit ratingintyget. En upphandlande myndighet måste inte ange samtliga grunder för att ett anbud förkastas. Upphandlande myndigheter har även möjlighet att åberopa nya omständigheter i processen för att visa att Rydbergs anbud rätteligen förkastats och således inte lider eller riskerar att lida någon skada.

Mot bakgrund av att Rydbergs varken vid inlämnandet av anbudet eller vid senare tillfälle har uppfyllt ställt krav avseende ekonomisk ställning samt då det enligt kammarrättsavgöranden inte har ansetts vara tillräckligt med ett kreditvärde om 98 hos Creditsafe för att motsvara minst riskklass 3 hos UC, kan Rydbergs inte anses uppfylla kravet på ekonomisk ställning. Rydbergs har i sitt anbud inte heller på annat sätt lämnat någon förklaring eller garanti som medför att det kan anses klarlagt att bolaget innehar motsvarande ekonomisk stabilitet. Rydbergs anbud ska således även på denna grund förkastas.

Sammanfattningsvis föreligger ingen grund för att genomföra en ny anbudsutvärdering där anbudet från Rydbergs ska beaktas.

NCC Building Sveriges (NCC) kravuppfyllelse

NCC har offererat [REDACTED] i rollen som Anbudsingenjör/Kalkylator. På liknande sätt som Rydbergs har visat att [REDACTED] uppfyller kravet på erfarenhet som kalkylator har även NCC genom bifogat CV för [REDACTED] visat att hans erfarenhet som anbudsingenjör även omfattar erfarenhet som kalkylator genom att på mer än ett ställe i bifogat CV likställa dessa begrepp. Upphandlande myndigheter har vid prövningen av Rydbergs och NCC:s anbud behandlat dem på lika villkor och således behandlat lika fall lika och olika fall olika.

Rydbergs

Rydbergs kravuppfyllelse

Rydbergs vidhåller att bolaget har visat att det uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Rydbergs har i sitt anbud angett att bolaget har ratingbetyget 1 hos UC och har förklarat att detta beror på inkomna ansökningar om betalningsföre-

lägganden, men att bolaget inte har några oreglerade eller registrerade skulder. I meddelande den 15 december 2016 framförde upphandlande myndigheter att de önskade få ta del av en kopia av Rydbergs ratingintyg. Det kan noteras att upphandlande myndigheter specifikt bad om ratingintyg och inte om de andra bevismedlen som anges i AFB.52. Rydbergs gav in ratingintyg från Creditsafe, av vilket det framgår att Rydbergs den 19 december 2016 hade ratingen 95 av 100 vilket motsvarar mycket god kreditvärdighet.

Rydbergs anbud förkastades sedan. Av upphandlingsprotokollet framgår att Rydbergs förkastades på grund av att upphandlande myndigheter ansåg att kravet på kalkylator inte var uppfyllt. Kravet på ekonomisk ställning nämns inte, ratingintyget godtogs alltså av de upphandlande myndigheterna.

Efter att förvaltningsrätten meddelat dom ombads Rydbergs att ge in bevis på att kravet på ekonomisk ställning var uppfyllt. Denna begäran gällde dock inte den upphandling som kammarrätten nu har att pröva utan en helt annan upphandling. Upphandlande myndigheter har alltså använt handlingar och information från en annan upphandling och lagt det till grund för överklagandet i det nu aktuella målet.

Rydbergs gav då in en förklaring med bilagor i form av skuldfrihetsintyg från Kronofogdemyndigheten, ratingintyg från Creditsafe från den 16 mars 2017 samt Rydbergs två senaste årsredovisningar. De upphandlande myndigheternas påstående att Rydbergs inte skulle ha gett in någon vidare förklaring vid tillfället stämmer alltså inte.

Av förklaringen framgår att Rydbergs per den 10 mars 2017 inte har några skulder till Kronofogdemyndigheten eller till Skatteverket. De ansökningar (om betalningsföreläggande) som bolaget har haft tidigare är alla reglerade och avskrivna eller återkallade. Ansökningarna har varit tvistiga och därmed hanterats felaktigt. Av förklaringen framgår även att Kronofogdemyndigheten har uppgett att inbetalningarna för de skulder som reglerats inte har

försvunnit från Kronofogdemyndighetens system eftersom myndigheten har resursbrist – personalen har helt enkelt inte hunnit med att registrera inbetalningen.

Vad de upphandlande myndigheterna anför om att Rydbergs avkastning på det totala kapitalet är negativ och att lönsamheten sjunker kan i och för sig förklara varför företaget inte har högsta möjliga ratingbetyg enligt UC. Upphandlande myndigheter har dock inte ställt krav på UC 5. Det är däremot klarlagt att Rydbergs har en ekonomisk stabilitet motsvarande UC 3. Alternativt ska Rydbergs genom kreditvärdigheten enligt Creditsafe anses ha ett omdöme motsvarande lägst UC 3.

Eftersom det inte finns några andra nämnvärda brister avseende Rydbergs kreditvärdighet får det anses klarlagt att Rydbergs innehar ekonomisk stabilitet motsvarande UC 3 eller högre. Kravet på ekonomisk ställning är därför uppfyllt.

NCC:s kravuppfyllelse

Om kammarrätten bedömer att [REDACTED] CV inte visar att han har den efterfrågade erfarenheten av att arbeta som kalkylator ska, av likabehandlingsskäl, en motsvarande bedömning göras av den kalkylator som NCC har offererat. Det blir då nödvändigt för de upphandlande myndigheterna att avbryta upphandlingen eftersom inga godtagbara anbud återstår.

Övrigt

Det finns ingen reglering i LOU som ger möjlighet att meddela ett förbud mot att omedelbart ingå avtal i en situation där förvaltningsrätten har bifallit en ansökan om överprövning, men kammarrätten efter överklagande upphäver förvaltningsrättens dom och avslår ansökan. Som lagstiftningen ser ut gäller kammarrättens dom omedelbart, vilket innebär att den upphandlande myndigheten kan teckna kontrakt direkt efter att domen har meddelats. Det

finns alltså inte någon bestämmelse i LOU som garanterar leverantören en möjlighet att få kammarrättens avgörande prövat. För att Rydbergs inte ska gå miste om sin rätt att få ett eventuellt bifall av de upphandlande myndigheternas överklagande prövat av Högsta förvaltningsdomstolen är det nödvändigt att kammarrätten förordnar att ett bifall till överklagandet inte ska gälla omedelbart. Rydbergs överlåter till kammarrätten att besluta om lämplig längd på en sådan frist.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan om Rydbergs uppfyller obligatoriska krav

Kammarrätten anser sig oförhindrad att pröva om Rydbergs uppfyller kravet på ekonomisk ställning (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande refererat i HFD 2013 ref. 5). Detta gäller således även om upphandlande myndigheter skulle ha fått de aktuella uppgifterna från en annan upphandling.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att anbudsgivaren ska ha lägst ratingbetyg 3 enligt UC, omdöme A enligt Soliditet eller motsvarande omdöme. I det fall lägre omdömen redovisas ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla kravet, om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring eller garantier, att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomisk stabilitet.

Av handlingar från kreditupplysningsföretaget Creditsafe som har getts in till kammarrätten framgår att Rydbergs den 5 november 2016 hade kreditvärde 98 och att detta den 11 december 2016 sänktes till kreditvärde 95. Enligt kammarrätten motsvarar inte dessa kreditvärden minst riskklass 3 hos UC. Rydbergs har inte heller på annat sätt visat att bolaget uppfyller det ställda kravet på ekonomisk ställning. Redan på denna grund har därmed de upphandlande myndigheterna haft fog för sitt beslut att utesluta Rydbergs.

Frågan om NCC uppfyller obligatoriska krav

Rydbergs gör, för det fall kammarrätten anser att [REDACTED] CV inte visar att han har den efterfrågade erfarenheten av att arbeta som kalkylator, gällande att en motsvarande bedömning ska göras av [REDACTED] CV. Då det därmed inte finns något giltigt anbud ska upphandlingen göras om.

De upphandlande myndigheterna motsätter sig detta eftersom NCC genom bifogat CV för [REDACTED] har visat att hans erfarenhet som anbudsingenjör även omfattar erfarenhet som kalkylator genom att på mer än ett ställe i bifogat CV likställa dessa begrepp.

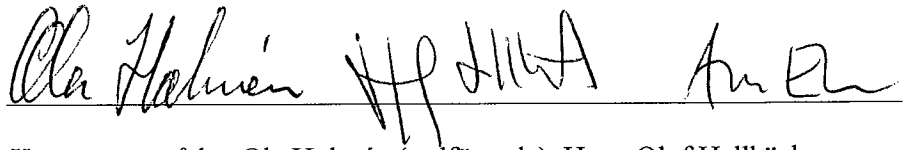
Kammarrätten anser att vad Rydbergs anför i denna del inte visar att NCC inte uppfyller det i AFB.52 uppställda kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Kammarrätten anser sammanfattningsvis att Rydbergs inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning medan det inte har framkommit att NCC inte uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. De upphandlande myndigheternas överklagande ska därför bifallas och Rydbergs yrkande om att upphandlingen ska göras om ska avslås.

Övrigt

Det finns enligt kammarrätten inte något lagligt stöd för att förordna att domen ska gälla först när en viss tid har gått från det att kammarrätten avgjort målet. Rydbergs yrkande i denna del ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Three handwritten signatures are written over a horizontal line. From left to right, they appear to be 'Ola Holmén', 'Hans-Olof Hallbäck', and 'Anna Ekman'.

Kammarrättsråden Ola Holmén (ordförande), Hans-Olof Hallbäck (referent) och tf. kammarrättsassessorn Anna Ekman har deltagit i avgörandet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2017-03-01
Meddelad i LinköpingMål nr
631-17, 632-17,
634-17**SÖKANDE**Rydbergs Bygg AB, 556613-8664
Företagsvägen 20
611 45 NyköpingOmbud: Advokaterna Viktoria Edelman och Maja Rothpfeffer
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm**MOTPARTER**1. Oxelösunds kommun
613 81 Oxelösund2. Kustbostäder i Oxelösund AB, 556527-0062
Sjögatan 28
613 81 Oxelösund3. Oxelös Energi AB, 556070-9429
813 81 Oxelösund**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar om rättelse med innebörden att en ny anbudutvärdering ska genomföras varvid anbudet från Rydbergs Bygg AB ska anses uppfylla kravet om erfarenhet enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget.

Dok.Id 279024

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Oxelösunds kommun, Kustbostäder i Oxelösund AB och Oxelö Energi AB (Beställarna) genomför gemensamt en upphandling av ramavtal avseende byggtreprenader, dnr Ink2016.31. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Beställarna meddelade den 19 januari 2017 ett tilldelningsbeslut enligt vilket NCC Building Sverige (NCC) tilldelades kontraktet. Av beslutet framgår att det vid anbuds tidens utgång i upphandlingen hade inkommit fem anbud, bl.a. ett från Rydbergs Bygg AB (Bolaget), och att fyra av anbudena, med undantag för anbudet från NCC, förkastades. Bolagets anbud förkastades med motiveringen att det av CV för en av de två personer som angivits i rollen som kalkylator, [REDACTED] inte framgår att efterfrågad erfarenhet om tre år finns.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta om rättelse med innebörden att en förnyad anbudsutvärdering ska genomföras varvid Bolagets anbud tas upp och i andra hand ska besluta om rättelse med innebörden att en förnyad anbudsutvärdering ska genomföras varvid anbudet från NCC inte ska tas upp.

Beställarna begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Bolaget**

Beställarna har inte tagit upp Bolagets anbud till utvärdering trots att det uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Genom att felaktigt förkasta Bolagets anbud har Beställarna brutit mot 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och

transparens. Vid en korrekt hantering av Bolagets anbud hade Bolaget tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bristerna i upphandlingen har således inneburit att Bolaget lidit skada och det finns därför grund för domstolens ingripande enligt i 16 kap. 6 § LOU.

Beställarna har trots att NCC:s anbud utformats på samma sätt som Bolagets anbud, tagit upp NCC:s anbud till utvärdering. För det fall Bolagets anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven för upphandlingen uppfyller inte heller NCC:s anbud dessa. Genom att utvärdera NCC:s anbud har Beställarna inte behandlat anbuden från NCC och Bolaget på ett likvärdigt sätt. Genom att utvärdera anbudet från NCC men inte anbudet från Bolaget har Beställarna brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Om inget anbud uppfyller kraven har inget giltigt anbud lämnats i upphandlingen. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada då Bolaget vid en förnyad upphandling har möjlighet att på nytt tävla om plats i ramavtalet.

Bolagets anbud

Bolaget har i sitt anbud i enlighet med kravet i punkten AFB.52 *Prövning av anbudsgivares lämplighet* i förfrågningsunderlaget redovisat Bolagets organisation för projektet och därvid angett bl.a. "Kalkylator/Entreprenad-ingenjör: [REDACTED]". Till anbudet har därutöver CV för bl.a. [REDACTED] och [REDACTED] bifogats.

Av [REDACTED] CV framgår att han sedan år 2012 arbetar som *entreprenad-ingenjör* för Bolaget. I rollen som *entreprenad-ingenjör* ingår uppgift som kalkylator och det är således fråga om samma kompetens men med en annan benämning på titeln, vilket redogjorts för genom angivande av "Kalkylator/Entreprenad-ingenjör" i anbudet. [REDACTED] uppfyller således kravet i punkten AFB.52 om minst tre års erfarenhet för yrkesrollen som av Bestäl-

larna benämns "Kalkylator". Bolaget har därutöver i anbudet angett att offererad kompetens avser *Kalkylator/Entreprenadingenjör* och således redovisat att båda titlarna motsvarar samma kompetens.

Beställarna har inte ifrågasatt att [REDACTED] uppfyller kraven på erfarenhet som angivits för kalkylator. Enligt kravet i punkten AFB.52 ska anbudsgivaren visa att efterfrågade erfarenhet finns inom offererad organisation. Eftersom [REDACTED] CV uppfyller kraven på redovisad erfarenhet uppfyller således Bolaget anbud redan av denna omständighet kraven enligt punkten AFB.52. Bolaget anbud skulle därför rätteligen ha tagits upp till utvärdering.

Av förfrågningsunderlaget framgår att Beställarna hade för avsikt att anta tre ramavtalsleverantörer. Av tilldelningsbeslutet med upphandlingsprotokoll framgår att enbart en leverantör, NCC, antagits. För det fall Bolagets anbud hade tagits upp till utvärdering hade således Bolaget tilldelats kontrakt i ramavtalet. Då NCC och Bolaget dessutom lämnat samma pris i upphandlingen hade lottning mellan anbuderna fått avgöra rangordningen mellan emellan. Bolaget har således haft möjlighet att tilldelas rangordning nummer 1 i ramavtalet. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att avrop kommer att ske dels genom rangordning och dels genom förnyad konkurrensutsättning mellan tilldelade leverantörer. Bolaget har således lidit skada eller riskerat att lida skada av Beställarnas överträdelse av bestämmelserna i LOU.

NCC:s anbud

Kravet enligt punkten AFB.52 innebär att anbudsgivare dels ska redovisa sin organisation och dels bifoga CV/meritförteckning som styrker att redovisad organisation innehar efterfrågad kompetens. NCC har inte någonstans i anbudet bifogat en redovisning av bolagets organisation för projektet. NCC

har enbart bifogat CV/meritförteckningar.

NCC har bl.a. bifogat CV för [REDACTED] I [REDACTED] CV anges befattning *Anbudsingenjör/Kalkylator*. Under redovisning av [REDACTED] erfarenhet har dock enbart redovisats erfarenhet som anbudsingenjör. För det fall förvaltningsrätten finner att [REDACTED] CV inte utvisar att kravet på tre års erfarenhet som kalkylator framgår genom tre års erfarenhet som entreprenadingenjör kan omöjligen [REDACTED] CV utvisa att kravet på tre års erfarenhet som kalkylator framgår genom åberopande av tre års erfarenhet som anbudsingenjör. Att anta NCC:s anbud och samtidigt förkasta Bolagets anbud är en klar överträdelse av principen om likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU då anbuden i denna mening utformats på ett likvärdigt sätt.

Beställarna

Beställarna har ställt som krav att anbudsgivare ska redovisa namngiven arbetsledning samt att denna har efterfrågad kompetens. För yrkesrollen Kalkylator har Bolaget redovisat två namn: [REDACTED] och [REDACTED]. Av [REDACTED] CV framgår inte att han har efterfrågad erfarenhet av rollen som kalkylator.

Titeln *Entreprenadingenjör* har Bolaget själv redovisat och är inte någon yrkesroll som Beställarna efterfrågat. Bolaget har inte presenterat någon definition av vad yrkesrollen *Entreprenadingenjör* innefattar och i [REDACTED] CV finns inte någon beskrivning av innehållet i yrkesrollen *Entreprenadingenjör*.

[REDACTED] CV redovisar befattningen *Entreprenadingenjör med inriktning Kalkyl* samt en beskrivning av vad den yrkesrollen innefattar. NCC:s medarbetare [REDACTED] redovisar i CV befattningen *An-*

budsingenjör/kalkylator och uppfyller därmed kravet på kompetens för angiven yrkesroll.

Beställarna hävdar att NCC inte har brutit i att redovisa sin organisation med namn på arbetsledning enligt punkten AFB.52. NCC har till sitt anbud fogat fyra CV som ger vid handen att NCC:s organisation för det aktuella uppdraget består av fyra personer, vars namn, roll/funktion samt återopad erfarenhet tydligt kan utläsas. Beställarna har inte ställt några särskilda formkrav på redovisningen av organisationen, t.ex. via svarsalternativ i anbudsformuläret, utan det står varje anbudsgivare fritt att redovisa den information som efterfrågats. NCC:s utformning av anbudet har inte berett Beställarna några problem med att utläsa vilken organisation NCC avser att erbjuda för det aktuella uppdraget.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

LOU upphörde att gälla och ersattes den 1 januari 2017 av lagen om offentlig upphandling (2016:1145). Den upphävda lagen tillämpas dock alltjämt för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av utredningen i målet framgår att upphandlingen startade under föregående år.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören

har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

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 HFD 2016 ref. 37).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Av punkten AFB.52 *Prövning av anbudsgivares lämplighet* framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens, metoder och resurser för offererade arbeten. I anbudet ska bifogas en redovisning av anbudsgivarens organisation med namn på arbetsledning och CV/meritförteckning där det framgår att efterfrågad erfarenhet finns. Erfarenheten som krävs och som ska redovisas i anbudet för respektive yrkesroll är följande: Platschef: 5 år, Projektleddare: 3 år, Kalkylator: 3 år, Arbetsledare: 2 år.

Bolagets anbud

Beställarna har förkastat Bolagets anbud med hänvisning till att en av de personer som namngetts för den arbetsledande yrkesrollen som kalkylator

enligt bifogad CV inte innehar efterfrågad erfarenhet om tre år som krävs enligt punkten AFB.52. Bolaget har gjort gällande att det uppfyller ställt krav dels då Bolaget genom att ange "Kalkylator/Entreprenadingenjör" i anbudet har tydliggjort att benämningen entreprenadingenjör avser samma kompetens som kalkylator och dels då det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget är ställt gentemot anbudsgivaren och inte gentemot var och en av de personer som ingår i anbudsgivarens arbetsledning och Bolaget således uppfyller kravet genom [REDACTED] som också angetts som kalkylator.

Vad gäller innebörden av det ställda kravet är det förvaltningsrättens bedömning att förfrågningsunderlagets innehåll inte ger stöd för den tolkning som Bolaget angett avseende det aktuella kravet. Enligt förvaltningsrätten framgår det tydligt och klart av punkten AFB.52 att den erfarenhet som krävs och ska redovisas i anbudet gäller "för respektive yrkesroll", dvs. för var och en av de personer i arbetsledande ställning som anbudsgivaren ska ange i sitt anbud. För att Bolaget ska anses uppfylla det ställda kravet behöver således var och en av de namngivna personerna i arbetsledningen uppfylla kravet på att inneha erfarenhet i den omfattning som framgår av punkten AFB.52.

Bolaget har i sitt anbudsförklaring under rubriken Organisation angett att [REDACTED] ingår i organisationen för det aktuella projektet i rollen som "Kalkylator/Entreprenadingenjör". I själva CV:n för [REDACTED] anges att han sedan 2012 arbetar hos Bolaget som bl.a. entreprenadingenjör. Enligt förvaltningsrätten har Bolaget genom sin uppgift i anbudsförklaringen tydliggjort att begreppen kalkylator och entreprenadingenjör i relevant avseende utgör två benämningar avseende samma kompetens. Att uppgiften "Kalkylator/Entreprenadingenjör" inte framgår av CV utan endast av anbudsförklaringen är irrelevant eftersom båda dessa dokument fylls i av anbudsgivaren själv och det aktuella kravet är just att anbudsgivaren ska redovisa sin "organisat-

ion med namn på arbetsledning och CV/meritförteckning där det framgår att efterfrågad erfarenhet finns”.

Då det av Bolagets anbud således framgår att [REDACTED] har den efterfrågade erfarenheten enligt punkten AFB.52 uppfyller Bolaget det ställda kravet och Beställarna har saknat fog för beslutet att på angiven grund förkasta Bolagets anbud i upphandlingen. Med anledning av detta finns skäl att förordna om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU i form av en rättelse med innebörden att Beställarna ska genomföra en ny anbudutvärdering varvid Bolagets anbud ska anses uppfylla kravet om erfarenhet enligt punkten AFB.52.

NCC:s anbud

Vad beträffar huruvida NCC:s anbud uppfyller det ställda kravet om viss erfarenhet som kalkylator vad avser [REDACTED] finner förvaltningsrätten av samma skäl som ovan redovisats att denna fråga ska besvaras ja-kande.

När det gäller kravet om att ”bifoga en redovisning av anbudsgivarens organisation med namn på arbetsledning” som ställts i punkten AFB.52 har Bolaget gjort gällande att anbudsgivaren, för att uppfylla kravet, var tvungen att lämna en separat redovisning av bolagets organisation för projektet. Beställarna har i sin tur invänt att de inte ställt några särskilda formkrav på redovisningen av organisationen utan att det har stått varje anbudsgivare fritt att redovisa den information som efterfrågats och att NCC genom att bifoga fyra CV har lämnat en sådan redovisning av sin organisation för uppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon närmare beskrivning av vad uppgiften avseende ”anbudsgivarens organisation” ska innehålla. Vid en tolkning av dess innebörd bör enligt förvaltningsrätten den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde.

Ett sådant tolkningsföreträde måste dock tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen.

Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att det inte framkommit något vägande skäl att tolka det ställda kravet på annat sätt än vad Beställarna gjort gällande i målet. I och med detta är det förvaltningsrättens uppfattning att den information som NCC i aktuellt avseende har lämnat i sitt anbud utifrån förfrågningsunderlagets krav i tillräcklig mån beskriver NCC:s organisation för det aktuella uppdraget. Förvaltningsrätten finner därmed att NCC uppfyller det i målet aktuella kravet och att Bolaget som en konsekvens härav inte förmått visa att tilldelningen av kontraktet till NCC varit felaktig.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det som ovan anförts bifaller förvaltningsrätten ansökan om överprövning och förordnar om rättelse med innebörden att Beställarna ska genomföra en ny anbudutvärdering varvid Bolagets anbud ska anses uppfylla kravet om erfarenhet enligt punkten AFB.52.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Magnus Wickström
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.