

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

Magnus Wickström

DOM
2009 -09- 1 8
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2753-09 E
Rotel 6

SÖKANDE

Van Oord Dredging and Marine Contractors bv
PO Box 8574
3009 AN Rotterdam
Nederländerna

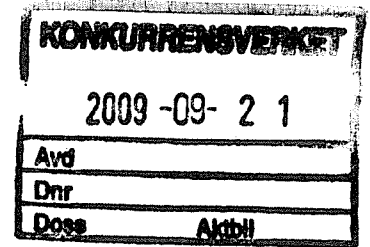
Ombud: Advokat Fredrik Schultz
White & Case Advokataktiebolag
Box 5573
114 85 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

SAKEN

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



Sjöfartsverket genomför en offentlig upphandling avseende Insegling till Norrköpings hamn – Muddring (dnr 0307-09-01815). Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Det anbud som innehåller det lägsta jämförelsepriset ska antas.

Den 18 augusti 2009 lämnade Sjöfartsverket underrättelse om att det beslutat att kontrakt skulle tilldelas annan än Van Oord Dredging and Marine Contractors bv (Van Oord).

Van Oord ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten i första hand beslutar att upphandlingen ska göras om, i andra hand beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Sjöfartsverket ska förkasta det valda anbudet och därefter utvärdera övriga anbud ånyo.

Sjöfartsverket bestrider bifall till Van Oords ansökan.

Dok.Id 83451

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Länsrätten beslutade den 28 augusti 2009 att upphandlingen inte fick avslutas.

Van Oord anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Genom en skrivelse den 18 augusti 2009 underrättades Van Oord om tilldelningsbeslutet. Av en till skrivelsen fogad utvärderingsrapport framgår att samtliga anbud klarade det första steget i utvärderingen och därmed gick vidare till prisjämförelsen. Vid denna konstaterade Sjöfartsverket att Van Oord erhållit det näst lägsta jämförelsepriset. – Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Som ett exempel nämner Jan-Erik Falk i boken Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, att ”Ett dotterbolag kan, av naturliga skäl, inte förfoga över ett moderbolags resurser utan ett åtagande från moderbolaget, och måste därför presentera ett åtagande från sitt moderbolag, för att kunna tillgodoräkna sig moderbolagets resurser”. Som exempel på andra sätt än ett åtagande nämner Jan-Erik Falk en koncerngaranti. Vad sedan gäller tidpunkten för bedömningen, anger Jan-Erik Falk att ”Bedömningen av de externa resurser, som ett företag vill åberopa, skall vid öppen upphandling göras i samband med anbudsutvärderingen, när anbudsgivarnas ekonomiska och tekniska förutsättningar att genomföra det aktuella kontraktet kontrolleras”. – Möjligheten för en leverantör att ta hjälp av ett annat företag för att uppnå erforderlig ekonomisk eller teknisk kapacitet infördes genom LOU. I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 245) anges sålunda att ”För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag skall ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande.

Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren”. – Eftersom prövningen av huruvida den valda leverantören besitter erforderlig finansiell styrka för att genomföra åtagandet ska ske i det första steget av anbudsprövningen är det då leverantören ska visa att den förfogar över moderbolagets resurser och därmed uppnår erforderlig ekonomisk kapacitet. Sjöfartsverket förlägger i stället tidpunkten då detta förhållande ska visas till den dag då kontraktet ska undertecknas. Vid denna tidpunkt är det dock för sent. Ett sådant förfarande står inte i överensstämmelse med 11 kap. 12 § LOU. – I inledningen av den till anbudsvillkoren fogade bilaga 2, Anbudsgivarens status, sägs uttryckligen att anbudsgivaren till anbudet ”skall ... bifoga nedanstående bevis” för att därigenom ”redovisa att han ... har en för uppdraget erforderlig omsättning” etc. – I förevarande fall har det den valda leverantören i brevet den 2 juli 2007 angivit att moderbolaget uppfyller de ställda kraven på årlig omsättning. Något åtagande från moderbolaget eller något annat bevis har företaget dock inte företett. Det har alltså inte visat att skall-kravet under punkten 4.3 d i anbudsvillkoren uppfylls. Påståendet om framtida moderbolagsgaranti ändrar inte detta förhållande. Vid en korrekt utvärdering hade anbudet således inte gått vidare till utvärderingens andra steg eftersom företagets egen omsättning är för låg i förhållande till uppställda krav. Vid sådant förhållande hade Van Oord tilldelats kontraktet. Sjöfartsverket har sålunda inte följt bestämmelserna i 11 kap. 12 § LOU. – Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer ska behandlas lika och att krav på leverantörer ska tillämpas på samma sätt gentemot samtliga. Så har inte skett i förevarande fall då Sjöfartsverket har accepterat dels att det antagna anbudet till stora delar (bilagorna 6–9) har lämnats på annat språk än svenska, dels att den valda leverantören inte levt upp till kravet på erforderlig finansiell styrka i anbudsvillkoren. Därmed har Sjöfartsverket ej

heller iakttagit bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Om så hade skett hade Van Oord tilldelats kontraktet. – Det bestrids att Sjöfartsverket ”bedömt alla anbudsgivare lika på grundval av ett tydligt upphandlingsunderlag”. Sjöfartsverkets prövning står inte i överensstämmelse med angivna bestämmelser i LOU vilket medfört att Van Oord – som rätteligen borde ha tilldelats kontraktet – har lidit skada. Påståendet att Van Oord inte klagat på Sjöfartsverkets utvärdering är svårförståeligt då överprövning begärts.

Sjöfartsverket anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Sjöfartsverket har tydligt talat om hur anbudsgivare ska visa att kravet i 4.3 d är uppfyllt och att eventuell moderbolagsgaranti ska vara en bilaga till kontraktet för upphandlingen. I anbudet får anbudsgivare således beskriva hur kravet är uppfyllt och vid kontraktsskrivning ska skriftlig moderbolagsgaranti finnas enligt till upphandlingsunderlaget bifogat formulär. Något krav på att moderbolagsgarantin ska bifogas redan till anbudet uppställs varken i LOU eller upphandlingsunderlaget. – I Bilaga 2 till Anbudsvillkoren, som Van Oord hänvisar till, har inte angivits något ”nedanstående bevis” som ska inkomma avseende moderbolagsgaranti. Sådant bevis regleras av Bilaga 6 till Kontraktsformuläret som anbudsgivare accepterar genom ifyllande av Anbud (Formulär), s. 8 i Anbudsvillkoren. – Den valda leverantören har i anbudet uppgivit att moderbolaget genom moderbolagsgaranti garanterar att leverantörens samtliga åtaganden enligt kontraktet kommer att fullföljas och att skriftlig moderbolagsgaranti överlämnas vid kontraktsskrivning. Detta är helt i enlighet med upphandlingsunderlaget och strider inte på något sätt mot LOU. – Sjöfartsverket ställer sig frågande till om 11 kap. 12 § LOU inte är avsedd att reglera en leverantörs rätt att åberopa ett annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, vilket inte är ifrågasatt här. – Samtliga anbudsgivare, även Van Oord, har bifogat och hänvisat till texter som i varierande omfattning är skrivna på engelska. Anbudsgivarna har behandlats lika. Samtliga inkomna anbud är lämnade på svenska och uppfyller kravet i punkten 3.6. En annan bedömning skulle

inte stå i proportion till att samtliga anbudsgivare i begränsad omfattning bifogat text på engelska, vilket saknar betydelse för utvärderingen och upphandlingens gång. – Sammanfattningsvis har alla anbudsgivare bedömts lika på grundval av ett tydligt upphandlingsunderlag. Van Oord har inte heller klagat på upphandlingsunderlaget som sådant eller på utvärderingen. Någon bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling har inte överträtts.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 1 § LOU kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

I 11 kap. 2 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6–15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förfrågningsunderlagets Anbudsvillkor, avsnitt 4.3 med rubriken Utvärderingens första steg, anges såvitt nu är av intresse följande.

”I utvärderingens första steg kommer anbudsgivarens status att utvärderas och kontrolleras. Underlag för utvärderingen är anbudsgivarens svar på skall-kraven i ’Bilaga 2 – Anbudsgivarens status’. Endast anbud, från anbudsgivare som uppfyller nedanstående krav (a–i), går vidare till utvärderingens andra steg.

d) Anbudsgivaren skall besitta erforderlig finansiell styrka för åtagandets genomförande. Bedömningen av kravuppfyllande baseras

dels på

anbudsgivarens årsomsättning. Anbudsgivaren skall, under de tre senaste åren eller den kortare tid verksamheten bedrivits, redovisa en årlig omsättning på minst cirka 500 000 000 (fem hundra miljoner) SEK för likvärdiga arbeten. Om anbudsgivaren är ett dotterbolag och moderbolaget genom moderbolagsgaranti garanterar ’att entreprenörens samtliga åtaganden enligt Kontraktet kommer att fullföljas’, får moderbolagets omsättning, på de verksamhetsgrenar upphandlingen avser räknas in i omsättningen.”

I bilaga 2 till Anbudsvillkor, benämnd Anbudsgivarens status, anges såvitt nu är av intresse följande.

”I denna bilaga skall anbudsgivaren genom att bifoga nedanstående bevis redovisa att han,

- har en för uppdraget erforderlig omsättning, inom det verksamhetsområde som upphandlingen avser, under de tre senaste åren eller den kortare tid verksamheten bedrivits. Om anbudsgivaren är ett dotterbolag och moderbolaget genom moderbolagsgaranti garanterar ’att entreprenörens samtliga åtaganden enligt Kontraktet kommer att fullföljas’, får moderbolagets omsättning, på de verksamhetsgrenar upphandlingen avser räknas in i omsättningen. Den årliga omsättningen ovan skall vara minst cirka 500 000 000 (fem hundra miljoner) SEK.”

Sidan 8 i Anbudsvillkor har rubriken ANBUD (FORMULÄR) och avslutas med texten:

”Vårt anbud är giltigt t.o.m. 2009-09-30 inom vilken tid vi är beredda att teckna kontrakt i enlighet med kontraktsformuläret som ingår i förfrågningsunderlaget och att tillhandahålla all information och dokumentation som erfordras i samband därmed.”

Till förfrågningsunderlagets Kontraktsformulär har som bilaga 6 fogats Formulär för moderbolagsgaranti.

I skrivelse till Sjöfartsverket har den valda leverantören anfört bl.a. följande.

”Hänvisande till erhållna handlingar har vi nöjet att översända vårt anbud med tillhörande bilagor.

P g a tidsbrist levereras en del av efterfrågad teknisk information på engelska. Vid ett kontrakt och under utförandefasen kommer dokumentationen att vara på svenska. Om Ni i utvärderingsfasen har behov av att se något av dokumenten på svenska, så erbjuder vi oss att översätta desamma.

... ingår i den holländska ... Koncernen och är ett dotterbolag till Moderbolaget uppfyller de ställda kraven på årlig omsättning. Vid kontraktskrivning överlämnas moderbolagsgaranti. Projektet kommer att utföras med maskinella och personella resurser från olika ... bolag.”

Länsrättens bedömning

Fråga är först om Sjöfartsverket brutit mot principerna i 1 kap. 9 LOU eller någon annan bestämmelse i lagen då kontraktet tilldelats en leverantör som beträffande ekonomisk kapacitet åberopat moderbolagets omsättning utan att tillhandhålla moderbolagsgaranti.

Av 11 kap. 1 och 12 §§ LOU följer att den upphandlande myndigheten innan kontrakt tilldelas ska kontrollera lämpligheten hos leverantörer med avseende på om leverantören visat om den kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Härav får anses följa att den upphandlande myndigheten inte på föreskrivet sätt kan kontrollera lämpligheten hos en leverantör som i fråga om ekonomisk kapacitet åberopat moderbolagsgaranti utan att foga sådan till anbudet.

Till förfrågningsunderlaget hör Anbudsvillkor och Kontraktsformulär med bilagor. Av förfrågningsunderlaget kan utläsas följande.

I bilaga 2 till Anbudsvillkor – Anbudsgivarens status – anges att anbudsgivaren ”skall” redovisa att han har för uppdraget erforderlig omsättning

genom att bifoga ”nedanstående bevis”. Därefter anges att ett moderbolags omsättning får räknas in i ett dotterbolags omsättning om moderbolaget genom ”moderbolagsgaranti” garanterar att åtagandena enligt kontraktet kommer att fullföljas.

Enligt länsrätten är ”moderbolagsgaranti” ett bevis för att moderbolaget garanterar att åtagandena enligt kontraktet kommer att fullföljas. För att uppfylla kraven enligt förfrågningsunderlaget skulle således anbudsgivare vid lämnande av anbud bifoga moderbolagsgaranti, i den mån moderbolagets omsättning åberopades. Att avsikten enligt förfrågningsunderlaget var att moderbolagsgarantin även skulle utgöra bilaga till kontraktet bör inte föranleda någon annan bedömning.

Av det anförda följer att Sjöfartsverket brutit mot LOU när det antagit ifrågavarande anbud utan att detta innehållit moderbolagsgaranti. Van Oord, som vid anbudsutvärderingens prisjämförelse hade det näst lägsta priset, har genom den felaktiga upphandlingen lidit skada. Därmed föreligger grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till felets beskaffenhet bör åtgärden utgöras av rättelse på sådant sätt att det antagna anbudet lämnas utan avseende vid anbudsutvärderingen.

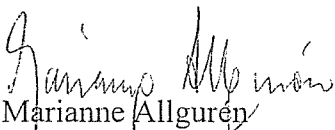
Vid denna bedömning saknas anledning att ta ställning till frågan om det antagna anbudet avviker från förfrågningsunderlagets krav avseende språk.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten beslutar att Sjöfartsverkets upphandling avseende Insegling till Norrköpings hamn – Muddring (dnr 0307-09-01815) får avslutas först efter rättelse på så sätt att det anbud som antagits inte ska beaktas vid utvärderingen av anbud.

Därmed upphör länsrättens interimistiska beslut den 28 augusti 2009 att gälla.

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


Marianne Allguren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.