



KONKURRENSVERKET	
2016 -07- 1 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

AECOM Nordic AB, 556648-1189

Ombud: Advokaterna Stefan Gustavsson och Victoria von Uexküll
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 23 december 2015 i mål nr
11826-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Varbergs kommuns
upphandling, Förberedelse för sanering – Kvarteret Renen, KS 2015/0246,
ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs där AECOM Nordic AB:s
anbud ska beaktas.

KONKURRENSVERKET
Dok.Id 352180 / UPPHANDLINGSENH. / FÖR KÄNNEDOM

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

AECOM Nordic AB yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs där bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkar *AECOM Nordic* att upphandlingen ska göras om.

Varbergs kommun anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bakgrund

Varbergs kommun har bedömt att *AECOM Nordics* anbud inte kvalificerat sig till utvärdering på den grunden att ett av den offererade handläggarens referensuppdrag (uppdrag Valeo) inte uppfyllt ska-kravet i punkten 4.1.6 i förfrågningsunderlaget om att uppdraget ska ha varit av ”liknande komplexitet”.

Vid sin utvärdering av referensuppdragen har kommunen antecknat följande. Uppdraget Valeo har innehållit markundersökningar och riskbedömningar, men har inte inneburit att man behövde förbereda och genomföra en sanering, varför projektet aldrig kom längre än där projektet som nu upphandlas är i dag. Det saknas därför ett antal delprojekt.

Fråga om innebörden av att offererad handläggares referensuppdrag ska ha varit av liknande komplexitet (ska-kravet i punkten 4.1.6)

Kammarrätten har att pröva innebörden av ska-kravet i punkten 4.1.6 i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande (punkten 1.3.1 i det kompletterande förfrågningsunderlaget). Fastigheten Renen 13 i Varbergs kommun är förorenad av klorerade lösningsmedel och i behov av miljöteknisk efterbehandling. Varbergs kommun har behov av en teknisk

miljökonsult som kan bistå kommunen med specialistkompetens inom efterbehandlingsområden, speciellt klorerade lösningsmedel för förberedelser och genomförandet av en miljöteknisk efterbehandling av fastigheten. Uppdraget innebär att i samverkan med Varbergs kommun och av kommunen utsedda representanter genomföra utredningar m.m. i anslutning till framtagen strategi för kommande arbete i projektet. Konsulten ska ansvara för de underlag som tas fram under förberedelse-skedet av projektet och vara med och utarbeta strategier och detalj-projektering för genomförande samt vara expertstöd åt beställaren under genomförandet av efterbehandlingen.

Uppdragets tekniska beskrivning återges närmare i den tekniska beskrivningen i vilken bl.a. anges följande (punkten TB 3 i den tekniska beskrivningen). Kommunen har behov av en teknisk miljökonsult som kan bistå kommunen med specialkompetens inom efterbehandlingsområden, speciellt klorerade lösningsmedel för förberedelser och genomförandet av en miljöteknisk efterbehandling av den aktuella fastigheten. Projektet är indelat i en förberedelsefas (som i sin tur är delat i två delar) och en genomförandefas. Den tekniska miljökonsulten ska vara med i projektets alla skeden från förberedelse till genomförande.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivaren ska offerera uppdragsledare, handläggare och specialkompetens (punkten 4.1.4 i förfrågningsunderlaget). Beträffande offererad uppdragsledares referens-uppdrag anges att dessa ska ha varit av liknande komplexitet och att ett av uppdragen ska ha innehållit sanering av klorerade lösningsmedel i mark eller berg (punkten 4.1.5 i förfrågningsunderlaget).

AECOM Nordic anser att den grund som kommunen uteslutit bolagets anbud på inte har stöd i förfrågningsunderlaget, eftersom ska-kravet i punkten 4.1.6 endast anger att handläggaren tidigare ska ha varit delaktig i minst två väl utförda uppdrag av liknande komplexitet. Det anges inte att

uppdragen i fråga ska ha innehållit vissa moment. Kommunens tolkning av ska-kravet har kommit fram först vid utvärderingen av anbudet, dvs. efter anbudstidens utgång. Det sagda innebär att kommunen har agerat i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Genom att diskvalificera bolagets anbud med hänvisning till ett krav som inte ställts upp i förväg, har kommunen på ett godtyckligt sätt berövat bolaget möjligheten att vinna upphandlingen. Förfarandet innebär i praktiken att kommunen tillämpat fri prövningsrätt, vilket är uppenbart lagstridigt. Dessutom innehöll referensuppdraget Valeo arbete med uppdrag rörande sanering av betydande komplexitet.

Varbergs kommun anför att ska-kravet i punkten 4.1.6 inte innebär att kommunen har ställt krav på att referensuppdragen ska avse särskilda arbetsmoment. Däremot går hela uppdraget ut på förberedelser inför sanering och genomförande av sanering, vilket tydligt har framgått av uppdragets beskrivning i punkten 1.3.1 i förfrågningsunderlaget samt under punkten TB 3 i den tekniska beskrivningen.

Kommunen uppger vidare att det är vedertaget att förberedelseskedet inför sanering innehåller delarna projektering, tillståndsansökan och upphandling av entreprenad samt att skedet genomförande av sanering innehåller delarna entreprenadarbeten, kontroll och besiktning. Vid bedömningen av uppdrag av liknande komplexitet är det därför naturligt att jämföra med dessa ingående delar. Saknas delarna i uppdragen är det en annan typ av uppdrag, som absolut inte är av liknande komplexitet. Bolagets referensuppdrag Valeo innehöll inte delarna förberedelse inför och genomförande av saneringsarbete utan avslutades innan det nådde fram till den liknande komplexitet som kommunen står inför i det aktuella uppdraget. Bolagets påstående om att referensuppdraget innehöll arbete med uppdrag rörande sanering av betydande komplexitet är felaktigt. Att de markundersökningar och riskbedömningar som referensuppdraget innehöll kan ha innehållit betydande komplexitet kan i och för sig stämma.

Den omständigheten att kommunen vid utvärderingen av åberopade referensuppdrag har gjort minnesanteckningar för att bedöma komplexiteten innebär inte att kommunen tillämpat krav som inte angetts i förfrågningsunderlaget eller att kommunen tillämpat fri prövningsrätt. Det har inte heller framkommit någon ny tolkning av ska-kravet efter anbudstidens utgång som bolaget påstår.

Kammarrättens bedömning

Varbergs kommun upphandlar en teknisk miljökonsult som ska bistå kommunen med specialistkompetens inom efterbehandlingsområden, speciellt klorerade lösningsmedel, för förberedelser och genomförande av en miljöteknisk efterbehandling av fastigheten Renen 13. Uppdragets tekniska beskrivning återges mer utförligt i bilagan till förfrågningsunderlaget och därin beskrivs projektets förberedelsefas och genomförandefas samt vilka delar dessa faser innehåller. Det framgår att den tekniska miljökonsulten ska vara med i projektets alla skeden från förberedelse till genomförande.

Kammarrätten anser att förfrågningsunderlaget ger stöd för att kommunen efterfrågar en hög kompetens och erfarenhet av de delar som projektet innehåller, dvs. förberedelse och genomförande av en sanering av det här slaget. Denna kompetens och erfarenhet ska anbudsgivaren uppfylla genom att offerera efterfrågad personal, som var och en ska uppfylla de krav som ställs för respektive kategori. Till skillnad mot hur ska-kravet gällande referensuppdragen för åberopad uppdragsledare är utformat (punkten 4.1.5 i förfrågningsunderlaget) innehåller ska-kravet för referensuppdragen för åberopad handläggare inget krav på att ett av uppdragen ska ha innehållit sanering av klorerade lösningsmedel i mark eller berg.

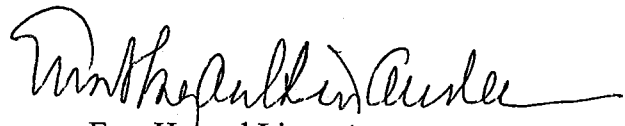
Om upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare från att delta i utvärderingen ska det enligt kammarrättens mening klart framgå av

förfrågningsunderlaget vad som krävs för att anbudsgivaren ska uppfylla ett obligatoriskt krav. Det är den upphandlande myndigheten som bär risken för ett förfrågningsunderlag som innehåller oklarheter. I det här fallet framgår det inte tydligt att åberopade referensuppdrag för handläggare innefattar ett krav på att uppdraget ska ha inneburit förberedelse och genomförande av sanering. Kammarrätten anser därför att AECOM Nordic ska anses ha uppfyllt ska-kravet i punkten 4.1.6 i förfrågningsunderlaget, varför anbudet rätteligen borde ha tagits upp till utvärdering. Varbergs kommun har därmed brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling genom att ha uteslutit AECOM Nordics anbud på angiven uteslutningsgrund.

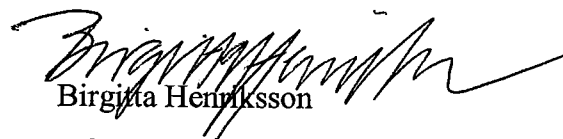
För att kammarrätten ska besluta om ingripande enligt LOU krävs även att AECOM Nordic lidit eller riskerat att lida skada till följd av att kommunen uteslutit bolagets anbud.

Av handlingarna framgår att det var tre leverantörer som lämnade anbud i upphandlingen, varav endast anbudet från den vinnande leverantören kvalificerade sig till utvärdering. Vidare framgår att AECOM Nordics anbud hade ett lägre anbudspris än den vinnande leverantören. AECOM Nordic får därför anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av kommunens handlande. Upphandlingen ska därför rättas på det sättet att en ny utvärdering görs där AECOM Nordic AB:s anbud beaktas.

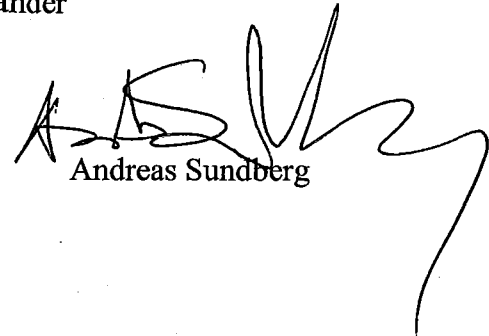
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Ewa Hagard Linander



Birgitta Henriksson
referent



Andreas Sundberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2015-12-23
Meddelad i
Göteborg

209

Mål nr
11826-15

Sida 1 (7)

Bilaga A

SÖKANDE

AECOM Nordic AB, 556648-1189
Löfströms Allé 5
172 66 Sundbyberg

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 378371

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
Telefax
031 - 711 78 59
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Varbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av teknisk miljökonsult för att sanera Kvarteret Renen. Upphandlingen görs genom ett öppet förfarande. Av tilldelningsbeslut den 3 november 2015 framgår att Structor Miljö Väst AB vunnit upphandlingen. AECOM Nordic AB (bolaget) har uteslutits från upphandlingen, med i huvudsak följande motivering. Bolaget har inte uppfyllt det obligatoriska kravet i upphandlingen att offererad handläggare ska ha varit delaktig i minst två väl utförda uppdrag av liknande komplexitet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas före rättelse gjorts på så sätt att deras anbud ska ingå i utvärderingen. I andra hand yrkar de att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunen bryter mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling och som kommer till uttryck i direktiv 2004/18/EG och LOU 1 kap. 9 §. Kommunen har uteslutit bolagets anbud på grund av att handläggarens tidigare uppdrag inte innehållit moment avseende förberedande och genomförande av sanering. Kommunen har dock ställt krav på att uppdragen ska ha liknande komplexitet, och inte att det tvunget ska innehålla vissa faktiska moment. Kommunen har på så sätt diskvalificerat bolagets anbud på en grund som inte framgår av förfrågningsunderlaget. De återopade uppdragen har varit minst lika komplicerade som det nu aktuella uppdraget. Bolaget skulle därför uppfylla det kravet om utvärderingen rätteligen gjorts utifrån det som uppställts i förfrågningsunderlaget.

För det fall det anses att kommunen inte utvärderat utifrån en ny grund anförs det att förfrågningsunderlaget är så otydligt att upphandlingen ska

göras om. Det har inte på ett transparent sätt framgått att referensuppdragen skulle innefatta vissa obligatoriska moment. EU-domstolen har understrukt vikten av att alla anbudsgivare ska kunna tolka uppställda kriterier på samma sätt. Förfrågningsunderlaget måste därför vara utformat på ett så tydligt sätt att alla leverantörerna kan tolka informationen på samma sätt. Bolaget hänvisar till EU-domstolens mål C-19/00, SLAC Construction och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2846-13.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. De har uppställt ett antal tydligt formulerade krav och tilldelningskriterier som inte träder principerna om likabehandling, transparens eller några av de andra grundläggande principerna för när. I punkten 1.3.1 i förfrågningsunderlaget beskrivs att uppdraget med att sanera Kvarteret Renen består av att i samverkan med kommunen arbeta med förberedelseskedet av projektet, vara med och utarbeta strategier och detaljprojektering för genomförande samt vara expertstöd åt kommunen under efterbehandlingen. Genom beskrivningen måste det ha stått klart för varje anbudsgivare vad den tekniska miljökonsulten förväntades vara en del av och omfattningen av det arbete som kommunen stod inför, det vill säga komplexiteten i uppdraget. Det är inte fråga om referensuppdrag som saknar bäring på det aktuella uppdraget, vilka i och för sig kan vara komplexa, utan referensuppdrag som innehåller liknande ställningstaganden. Även för det fall det skulle anses att förfrågningsunderlaget har vissa brister är de inte av sådan karaktär att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Kommunen hänvisar här till RÅ 2002 ref. 50.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

I punkten 1.3.1 i förfrågningsunderlaget tillika punkten TB 3 i den tekniska beskrivningen beskrivs uppdraget. Nedan redovisas utdrag från avsnittet i den tekniska beskrivningen.

Varbergs kommun, Samhällsutvecklingskontoret, har behov av en teknisk miljökonsult som kan bistå kommunen med specialkompetens inom efterbehandlingsområden, speciellt klorerade lösningsmedel för förberedelser och genomförandet av en miljöteknisk efterbehandling av fastigheten Renen 13, Varberg.

(...)

Projektet är indelat i en förberedelsefas (som i sin tur är indelad i två delar) och en genomförandefas. Den tekniska miljökonsulten ska vara med i projektets alla skeden från förberedelse till genomförande.

I punkten 4.1.4 i förfrågningsunderlaget framkommer att anbudsgivaren ska erbjuda en uppdragsledare, en handläggare och personer med specialkompetens. Ska-kravet om handläggarens kompetens framkommer i 4.1.6 i förfrågningsunderlaget.

Minst en person ska erbjudas som Handläggare. Personen ska ha minst sex års erfarenhet av liknande arbetsuppgifter med undersökningar och efterbehandlingar av förorenad mark. Personen ska tidigare ha varit delaktig i minst två stycken väl utförda uppdrag av liknande komplexitet.

Ur bolagets presentation av det av handläggarens tidigare uppdrag som inte ansågs uppfylla kravet på liknande komplexitet framkommer bl.a. följande. Arbetet bestod i att undersöka mark efter förorening som spridit sig på djupet ner i en kalkstensgrund. Projektet stängdes under 2015 efter att

undersökningar och riskbedömningar visat att risken för grundvattenskyddsområdet var minimal.

Förvaltningsrättens bedömning

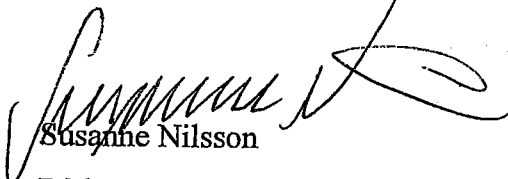
Frågan i målet är om bolaget borde ha kvalificerat sig till utvärderingsfasen i upphandlingen då kommunen antingen utvärderat på en felaktig grund eller för att bolaget anses uppfylla upphandlingens ställda ska-krav, eller om kommunen gjort rätt då bolaget uteslöts ur upphandlingen.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunen använt sig av en ny grund vid prövningen av bolagets anbud eller om prövningen gjorts utifrån frågan om tidigare uppdrag varit av liknande komplexitet.

Kommunen har i sin bedömning sett till de delar som redan genomförts samt vilka delar som projektet därefter står inför. Förvaltningsrätten anser att det är en naturlig utgångspunkt att se till förutvarande projekt för att kunna bedöma huruvida något annat är liknande det. Således ryms kommunens sätt att bedöma tidigare projekt inom ramen för kravet om liknande komplexitet, och kan inte anses vara en ny grund. Nästa fråga blir därför om bolaget uppfyllt kravet på att tidigare uppdrag varit av liknande komplexitet. Kommunen anser att den av bolaget offererade handläggaren endast uppfyller kravet på att ha utfört ett uppdrag av liknande komplexitet. Bolaget har här anfört att uppdraget varit minst lika komplext som saneringsprojektet. Förvaltningsrätten konstaterar att det tidigare uppdrag som inte godtagits av kommunen inte innehållit några delar av faktisk sanering. Det borde stå klart för bolaget att begreppet liknande komplexitet tar sikte på liknande projekt som innehåller likartade delar, överväganden och processer. Bolaget har således inte uppfyllt ska-kravet och det var korrekt att de uteslöts från upphandlingen.

Förvaltningsrätten noterar avslutningsvis att det inte är optimalt med formuleringar i förfrågningsunderlag som lämnar utrymme för godtycklighet. Det måste å andra sidan vara möjligt för upphandlande enheter att använda sig av kvalitativa bedömningsmodeller. Det saknas skäl att anse att förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen varit så otydligt utformat att det bryter mot de gemenskapsrättsliga principerna. Sammantaget saknas förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

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


Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Emma Dahlgren.



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.

