



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

**DOM**  
2018-07-05  
Meddelad i Växjö

Mål nr  
5112-17

**SÖKANDE**

GDL Transport AB, 556346-5706

Ombud: Herman Ehrenstjärna Sahlin  
Advokatfirman Lindmark Welinder AB

**MOTPART**

Borgholm Energi AB, 556527-7455

Ombud: Advokat Kristian Pedersen  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom  
försörjningssektorerna (LUF)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 182457

---

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

Borgholm Energi AB (Borgholm Energi) har genomfört en upphandling av ramavtal för avrop gällande entreprenadmaskintjänster. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LUF med avsikt att teckna ramavtal med två rangordnade leverantörer. Fyra anbudsgivare kom in med anbud i upphandlingen. Enligt tilldelningsbeslut den 8 december 2017 har två anbudsgivare antagits, varav GDL Transport AB (GDL) rangordnades som nummer två. GDL ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten.

Borgholm Energi har därefter, i beslut den 27 december 2017, beslutat att avbryta upphandlingen med följande motivering. Efter en fördjupad prövning av anbuden visade det sig att tre av fyra anbud, däribland GDL, inte uppfyllde alla krav. Eftersom det då bara återstår ett anbud finns ingen möjlighet att anta två leverantörer i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det föreligger därför sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen då det saknas tillräcklig konkurrens.

**GDL** yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva Borgholm Energis avbrytandebeslut från den 27 december 2017 samt att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas bl.a. på så sätt att GDL i nytt tilldelningsbeslut tilldelas ramavtal som första rangordnade entreprenör. GDL anför bl.a. följande.

Borgholm Energi har tagit kontakt med Tekniska Verken i Linköping som var ett av de referensuppdrag som de angivit i sitt anbud. Enligt Borgholm Energi framkom vid kontakten att varken de eller de företag som är angivna som underleverantörer i deras nuvarande anbud har utfört arbetena i det aktuella referensuppdraget för Tekniska Verken. Enligt Borgholm Energi har arbetet i det återopade referensuppdraget istället utförts av annat företag. Detta är dock felaktigt. På sidan 3 i anbudet, bilaga 1, anges att de levererat

bandgrävare och hjulgrävare för kunds behov. Uppdraget har pågått sedan den 31 oktober 2013. Till grund för referensuppdraget ligger tre avtal. Av partsbeteckningen framgår att avtalsparterna är GDL och Tekniska Verken och det framgår uttryckligen av avtalsvillkoren att GDL är den kontrakterade leverantören. De har således visat att de uppfyller krav på kvalificering i upphandlingen, särskilt kravet på två referensuppdrag. Det ska särskilt noteras att de två i anbudet angivna referensuppdragen avser egna referenser, d.v.s. uppdrag som de själva haft. Det är inte referensuppdrag som utförts av de fyra underleverantörer som de enligt anbudet också kommer att använda. Det är uppenbart att avbrytandebeslutet bygger på felaktig information. Det finns åtminstone två giltiga anbud i upphandlingen, varav deras är det ena. Det saknas därför skäl att avbryta upphandlingen, varför upphandlingen ska fullföljas.

**Borgholm Energi** bestrider bifall till GDL:s yrkanden och anför bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen är korrekt. Anbudet från GDL uppfyller inte alla krav i upphandlingen. Av punkt 4.2.4 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

”Anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art inkluderat VA-arbeten, och omfattning, d.v.s. nyanläggning av VA-system, sanering av befintliga anläggningar och generellt underhåll av VA-ledningsnät. Uppdragen ska till någon del vara utförda under de senaste tre (3) åren. Detta ska styrkas med två (2) stycken referensuppdrag som helt eller delvis har genomförts under ovanstående tidsperiod där minst ett uppdrag avser entreprenadmaskintjänster för underhåll och reparation av ett VA-ledningsnät.” (Understrykningar tillagda.)

Det är således ett krav i upphandlingen att anbudsgivaren, eller företag vars kapacitet anbudsgivaren åberopar, ska ha uppfört uppdrag av liknande art, och att detta ska styrkas med referensuppdrag. Med att ”utföra uppdrag” avses att anbudsgivaren (eller åberopade företag) de facto ska ha utfört uppdraget, d.v.s. de aktuella arbetena, och någon annan innebörd kan inte heller

utläsas av upphandlingsdokumentet. Att anbudsgivaren enbart varit den formella avtalsparten i referensuppdraget räcker inte om omständigheterna visar att arbetena de facto utförts av andra företag.

Vid kontakt med av GDL angiven referensperson på Tekniska Verken i Linköping framkom att varken GDL eller något av de företag vars kapacitet GDL åberopat i upphandlingen har utfört arbetena i det uppgivna referensuppdraget. Arbetena har i stället utförts av andra samarbetspartners till GDL. Detta har den aktuella referenspersonen också skriftligen bekräftat. GDL har därför inte i anbudet styrkt att de, eller de företag vars kapacitet åberopats i upphandlingen, har erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art. Kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet i avsnitt 4.2.4 i de administrativa föreskrifterna uppfylls därför inte. Anbudet från GDL förkastas därför. Det finns således endast ett anbud kvar som uppfyller alla krav.

Deras målsättning har varit att anta två entreprenörer i det ramavtal som upphandlingen avser. Denna målsättning har tydligt angetts i upphandlingsdokumentet. Då endast ett av de inkomna anbuden uppfyller samtliga krav kan målsättningen med upphandlingen inte realiseras. Till följd av det inträffade har de heller inte kunnat erhålla tillräcklig konkurrens i upphandlingen.

**GDL** anför i genmäle bl.a. följande. Borgholm Energi har missuppfattat hur branschen är uppbyggd. Vid bygg- och anläggningsentreprenader använder entreprenadföretagen både maskiner och personal vid utförande av uppdrag. Entreprenadföretagen innehar nästan aldrig alla sina maskiner med fullständig juridisk äganderätt. Vissa maskiner kan innehas med äganderätt. Andra maskiner nyttjas med hjälp av leasingavtal, hyresavtal eller andra typer av avtal. Oavsett den rättsliga klassificeringen har entreprenadföretag säkrat en rätt att använda maskinen vid utförande av uppdrag för sina kunder. På

samma sätt kan den rättsliga statusen hos personalen som utför arbetet variera. Vissa kan vara anställda i enlighet med lagen om anställningsskydd (LAS). Vissa kan vara inhyrda genom bemanningsföretag. Om exempelvis ett större entreprenadföretag bygger ett sjukhus kommer aldrig all personal som arbetar med uppdraget vara anställda i enlighet med LAS. Inte heller all utrustning kommer vara ägd med full äganderätt. Även om entreprenadföretaget på detta sätt säkrar maskiner och personal, är det ändå entreprenadföretaget som har uppdraget från kunden/beställaren, som organiserar och leder arbetet och som bär hela det juridiska och ekonomiska ansvaret. Uppdraget de har för Tekniska Verken skiljer sig inte åt jämfört med övriga uppdrag de har eller jämfört med andra entreprenadföretag.

Ett krav på referensuppdrag vid upphandling av entreprenad- och anläggningsarbeten som förutsätter att referensuppdraget till fullo utförts av personal som är anställd av anbudsgivaren med maskiner som ägs är orimligt och i strid med proportionalitetsprincipen. Ett sådant krav skulle undergräva alla upphandlingar av anläggningsarbeten. Även stora entreprenadföretag skulle få mycket svårt att hitta egna referenser med uppdrag där det inte förekommit inhyrda maskiner eller personal. Det åberopade referensuppdraget med Tekniska Verken är därför giltigt och avser ett uppdrag som de haft. Beslutet att avbryta upphandlingen vilar således på felaktig grund.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Enligt 4 kap. 1 § LUF 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.

I 20 kap. 6 § LUF anges 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 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. En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Upphandlande myndighet har ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. EU-domstolen har uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och ske med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna inom offentlig upphandling. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (se bl.a. RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Såsom sakligt godtagbara skäl har i praxis ansetts vara bl.a. då endast ett anbud återstår – d.v.s. bristande konkurrens.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

I förfrågningsunderlaget punkt 4.2.4 ”Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet” uppställs krav på att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Denna erfarenhet ska styrkas genom två referensuppdrag. Kravet på erfarenhet är obligatoriskt och måste därför vara uppfyllt för att anbudsgivaren ska kvalificeras till anbudsutvärdering. Enligt punkt 4.2.5 i förfrågningsunderlaget får en anbudsgivare åberopa andra företags kapacitet för att bl.a. uppfylla kravet på erfarenhet.

Så som kravet är utformat krävs, enligt förvaltningsrättens mening, att angivet referensuppdrag utförts av antingen anbudsgivaren själv eller annat företag vars kapacitet anbudsgivaren åberopar i upphandlingen. GDL hävdar att ingivna avtal mellan bolaget och Tekniska Verken i Linköping styrker att

det är GDL som utfört aktuellt referensuppdrag hos Tekniska Verken. Även om GDL stått som formell avtalspart, framgår av mejlkorrespondens mellan Borgholm Energi och Tekniska Verken att uppdragen faktiskt utförts av andra samarbetspartners (underleverantörer) till GDL. Vad GDL anfört i förvaltningsrätten visar inte att denna uppgift skulle vara felaktig. Angivet referensuppdrag styrker därmed inte att GDL, eller annat företag vars kapacitet åberopats i upphandlingen, uppfyller kravet på erfarenhet i punkt 4.2.4 i förfrågningsunderlaget. Borgholm Energi har således haft fog för att förkasta deras anbud.

GDL har vidare invänt att kravet på teknisk och yrkesmässiga kapacitet i förfrågningsunderlaget punkt 4.2.4 måste anses vara oproportionellt om det ställs krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha utfört uppdrag helt med egen anställd personal och egna maskiner. Eftersom möjligheten finns att åberopa andra företags kapacitet finner förvaltningsrätten att kravet inte kan anses oproportionellt.

Eftersom det i GDL:s anbud konstaterats brister som medför att deras anbud rätteligen förkastats, finns det endast ett giltigt anbud i upphandlingen som kan bli föremål för utvärdering. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av de skäl kommunen anfört, samt ovan angiven praxis, att det inte framkommit annat än att beslutet att avbryta upphandlingen grundats på sakligt godtagbara skäl. Förvaltningsrätten anser därför att Borgholm Energi, på grund av bristande konkurrens, har visat att grund för avbrytande föreligger. GDL:s ansökan om att avbrytandebeslutet ska upphävas ska således avslås.

Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva GDL:s andra yrkande om att upphandlingen ska rättas.

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

Maria Dahlqvist  
rådman

Föredragande: Helene Larsson





## 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.