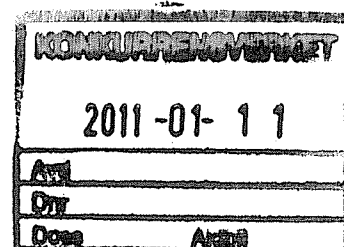




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Jönköping
 Göran Sundberg

DOM
 2011-01-10
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 7561-10 E
 Rotel 1:3



SÖKANDE

Swelans AB, 556613-1107
 Berget 2
 504 95 Borås

MOTPART

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590
 Box 1713
 501 17 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Energi och Miljö AB (BEM) genomför en upphandling av ramavtalsentreprenörer för schaktentreprenader för byggnation av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar inom Borås Stad benämnd ”Schaktentreprenad 2010-2012”. Upphandlingen är handlagd som ett förenklat förfarande. Genom tilldelningsbeslut har Swelans AB (Swelans) uteslutits från anbudsutvärderingen och en annan leverantör tilldelats kontraktet.

I förfrågningsunderlaget angavs (punkt 4.5.2.) som ska-krav att anbudsgivare ska redovisa ”Referenser, tre stycken (3 st) högst 2 år gamla från uppdrag av liknande karaktär och som kan bedömas likvärdigt.”

Dok.Id 25907

Postadress
 Box 2201
 550 02 Jönköping

Besöksadress
 Östra Storgatan 33 A

Telefon
 036-15 65 00

E-post:
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
 036-15 66 55

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Begäran om omprövning

Swelans yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Ska-kravet

Swelans har lämnat hela total- och generalentreprenader som referenser. Dessa entreprenader har utförts i egen regi och ställer betydligt högre krav på teknisk förmåga, kapacitet och kunnande än de arbetsuppgifter som efterfrågas i den aktuella entreprenaden. Det ansvar som åvilar den som utför egna entreprenader är i sin helhet långt större än det som åvilar den som utför schakt för fjärrvärme.

I förfrågningsunderlaget anges inte i vilken utsträckning en referens kan vara av liknande karaktär. Swelans referenser innehåller mestadels rivningsentreprenader, men även totalentreprenad för exempelvis Borås Simarena. I samtliga av de entreprenader som har redovisats som referens ingår viss del av schaktning av liknande karaktär, bl.a. flyttas ofta rörschakter och fjärrvärme i samband med rivning av byggnader. Detta hade tydligt framgått om BEM bemödat sig med att kontakta angivna referenspersoner.

Bolagets referenser

Förfrågningsunderlaget benämns enbart schaktentreprenader 2010 - 2012 och innehåller beskrivningar på schaktdjup och bredd. Detta tolkar Swelans som vanlig schaktning i stadsmiljö samt återställning därefter. I förfrågningsunderlaget anges inte att referenser ska innehålla nedläggning av fjärrvärme- eller fjärrkylaledningar. Samtliga refererade entreprenader innehåller arbeten som innehåller schakt för fjärrvärme, avlopp, elkabel eller bredbandskabel. Arbetena bör därför betraktas vara av liknande karaktär.

Swelans har lämnat 13 egna totalentreprenader som referensarbeten med namn på kontaktpersoner samt telefonnummer till dessa. Bolaget anser att detta mycket väl uppfyller kraven på tillräcklig information för att BEM enkelt ska kunna bedöma Swelans kunskap inom schaktentreprenader. BEM har dock inte kontaktat någon av kontaktpersonerna för ingående information om entreprenaderna.

I Swelans referensdokument framgår tydligt att bolaget inte kan lämna skriftliga uppgifter om de schaktarbeten som bolaget har utfört åt Fortifikationsverket eftersom uppgifterna berörs av sekretess för försvarsanläggningar och att vidare information kan lämnas av Fortifikationsverkets projektledare. Både namn och telefonnummer till dessa finns under varje referensuppdrag. BEM har dock inte kontaktat någon av dessa.

I rivningsentreprenader ingår bl.a. att plocka ur elkabel samt plocka av gipsskivor från träväggar med rivningsgrip. Sådana arbeten kräver långt större precision än att gräva ett schakt för ett fjärrvärmerör. I rivningsentreprenader ingår även att flytta bl.a. el, VA samt ur- och förbikoppling av fjärrvärmeserviser från rivningsobjekten. Vidare har flertalet av Swelans referensarbeten utförts inom tätbebyggda områden.

Skada

Då uteslutningen var ogiltig borde bolaget ha deltagit i anbudsutvärderingen. Vid denna hade Swelans låga pris föranlett att bolaget hade tilldelats kontraktet. Bolaget har därför lidit skada av att ha uteslutits från anbudsutvärderingen.

Motpartens inställning

BEM motsätter sig bifall till Swelans ansökan. BEM har inte brutit mot några av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan

bestämmelse i LOU. Bolaget har inte och kan inte heller komma att lida skada. BEM utvecklar grunderna för sin inställning i huvudsak enligt följande.

Ska-kravet

Det aktuella ska-kravet uppställdes för att tillförsäkra att den leverantör som ska utföra uppdraget har den tekniska förmåga och kapacitet samt det yrkeskunnande som krävs för att utföra den upphandlande entreprenaden. BEM uppställde därför i förfrågningsunderlaget som krav att referenser skulle anges.

Ska-kravet står väl i proportion till den upphandlande entreprenaden, särskilt då det inte begränsas enbart till byggnation av fjärrvärme och fjärrkyla utan även liknande/likvärdiga entreprenader. Detta gör att kravet även uppfyller kravet på likabehandling. Vidare uppfylls kravet på öppenhet då "liknande karaktär och som kan bedömas likvärdigt" har ställts i förhållande till upphandlingsprojektet i dess helhet och är tillräckligt klart vilken typ av uppdrag som avses.

Swelans referenser

Till sitt anbud bifogade Swelans ett standarddokument med angivande av 37 referenser. Av de 37 angivna referenserna uppfyllde endast 13 tvåårskravet.

Avseende de 13 referenser som uppfyllde tvåårskravet gick BEM vidare i sin bedömning av om de angivna referenserna uppfyllde den del av ska-kravet som angavs "uppdrag av liknande karaktär och som kan bedömas likvärdigt". Som följer av förfrågningsunderlaget avser upphandlingen "schaktentreprenader för byggnation av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar inom Borås Stad". Det är alltså mot denna angivna beskrivning som referenserna ska jämföras.

För att angivna referensarbeten ska kunna anses vara likvärdiga krävs alltså att de avser dels schaktning och dels nedläggning av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar eller liknande. Vad som skulle kunna utgöra "liknande karaktär och som kan bedömas likvärdigt" skulle t.ex. kunna vara nergrävning eller möjligtvis reparation eller omdragning av redan nergrävda avloppsrör, elkablar eller bredbandskablar i tätbebyggt område.

Det har dock ålegat Swelans att lämna tillräcklig information i anbudet och påvisa referensuppdragens liknande karaktär eller hur de kan bedömas likvärdiga.

Under rubriken "Fortifikationsverket" i Swelans lista med referenser anges visserligen som övergripande arbetsuppgifter bl.a. schaktning. Det framgår dock inte i vilka av uppdragen som schaktning har förekommit eller vilken art av schaktning som i så fall förekommit. Vidare räknas under den aktuella rubriken även upp följande andra arbetsuppgifter som inte nödvändigtvis har med schaktning att göra: "utrivning, sanering, plombering och gjutningsarbeten, rivningsarbeten i trä och kraftiga betongkonstruktioner, samt återställningsarbeten". De angivna arbetsuppgifterna och referenserna tyder i stället på att den schaktning som har förekommit rör sig om en helt annan typ av schaktning än just rörschaktning.

Schaktning är nämligen en bred definition, som enkelt uttryckt innebär borttagning av markmaterial av något slag. Det ska nämnas att det är stor skillnad på schaktning vid nedläggning av rör i en stad och t.ex. s.k. rivningsschaktning för att på viss plats ta bort förorenad mark för att sedan fylla på med nytt markmaterial. Vid rörschaktning i en stad, som upphandlingen till största delen avser, krävs en större precision. Man måste nämligen ta hänsyn till eventuella andra närliggande rör som naturligtvis inte får skadas, men även till trafik, vägkorsningar och trottoarer. Det ligger även i

sakens natur att det är stor skillnad mellan rörschaktning i en tätort och rivningsschaktning vid sanering av en förorenad industrifastighet.

Det är följaktligen inte tillräckligt att angivna referensarbeten har bestått av schaktning. Av denna anledning är ska-kravet utformat på så sätt att referenserna ska avse uppdrag ”av liknande karaktär och som kan bedömas likvärdigt” som uppdraget i upphandlingen, dvs. schaktning ”för byggnation av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar i Borås Stad”. Avseende Swelans arbetsreferenser framgår det inte alls om dessa har avsett byggnation av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar eller liknande.

Inte avseende en enda av de 13 referenser som kan bedömas lämnas en beskrivning som innehåller schaktning och nedläggning av fjärrvärme- eller fjärrkylaledningar eller liknande. I stället lämnade Swelans allmänna beskrivningar som ”avveckling”, ”rivning” och ”renovering”, vilket inte kan anses likvärdigt med schaktning och nedläggning av fjärrvärme- eller fjärrkylaledningar, eller andra liknande kablar, rör eller ledningar – särskilt inte när uppdrag inom ramen för upphandlingen avser bl.a. tätbebyggda områden.

Att Swelans i sin ansökan om överprövning anger att de angivna referensarbetena innefattade fjärrvärme saknar betydelse eftersom denna information inte fanns i ansökan. Här kan även nämnas att uppgift om sekretess inte undanröjer denna skyldighet. I så fall hade Swelans fått välja andra referensarbeten där man var oförhindrad att faktiskt beskriva vad arbetet hade bestått av.

Komplettering av anbud

I sin ansökan om överprövning verkar Swelans utgå ifrån att BEM är skyldigt att kontakta de angivna referenserna för mer information om arbetenas art. Någon sådan skyldighet att inhämta komplettering av uppgifter före-

ligger inte för BEM enligt 15 kap. 12 § LOU. Dessutom skulle en sådan komplettering inte ha kunnat inhämtas utan risk för särbehandling av anbudsgivare. Den komplettering som hade behövts är nämligen inte en sådan uppenbar felskrivning eller felräkning som avses i den bestämmelsen.

BEM har heller inte rätt att läsa in uppgifter som inte framgår av ansökan eller att egenhändigt komplettera denna. När en upphandlande myndighet själv har kompletterat med uppgifter för uppfyllande av ska-krav har det ansetts vara en otillåten komplettering.

I stället är det upp till varje leverantör att ange de uppgifter som krävs för uppfyllande av ett ska-krav. Det hör också till sakens natur att det bör åligga den med bäst information om referenserna, nämligen leverantören, att påvisa likvärdighet med upphandlingsföremålet. Det är inte meningen och inte heller tillåtet för BEM att vidare utreda om och på vilket sätt en referens är relevant för upphandlingsföremålet.

Uteslutning p.g.a. icke uppfyllt ska-krav

Eftersom Swelans anbud inte uppfyllde samtliga ska-krav och komplettering eller egen utredning från BEM inte hade varit tillåten var BEM tvingat att utesluta bolaget från vidare medverkan i upphandlingen. Uteslutningen av detta anbud har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och upphandlingsrättslig praxis, dvs. att anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav måste uteslutas från vidare medverkan i en upphandling.

Då Swelans inte har uppfyllt samtliga ska-krav skulle detta bolag inte ha kunnat tilldelas upphandlingskontraktet och har därmed inte heller kunnat lida skada. Ett ingripande enligt LOU kan därför inte heller av denna anledning komma i fråga.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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 iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt bl.a. 5 §. I den bestämmelsen anges att om den upphandlande myndigheten har 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Frågan i målet är om BEM har förfarit felaktigt då Swelans uteslutits från anbudsutvärderingen och att det därför finns anledning för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder med stöd av LOU. Avgörande för denna fråga är dels om kravet på vad referenserna ska avse med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget, dels om de referenser som anges i Swelans anbud kan anses motsvara det ställda kravet.

Föremålet för upphandlingen utgörs enligt den beskrivning som har angetts i förfrågningsunderlaget av schaktentreprenader för byggnation av fjärrvärme- och fjärrkylaledningar inom Borås Stad. Som det aktuella kriteriet har formulerats får det med erforderlig tydlighet och förutsebarhet anses framgå att den hänvisning till uppdrag av liknande karaktär som görs i förfrågningsunderlaget ska avse uppdrag enligt denna objektbeskrivning.

På grund av riskerna för särbehandling och konkurrensbegränsning är möjligheterna för en upphandlande enhet att komplettera ett anbud begränsat och kan endast ske på enhetens initiativ. Någon skyldighet för BEM att låta komplettera Swelans anbud genom hörande av de referenspersoner som anges i anbudet finns därför inte.

Då det inte tydligt framgår att de referensarbeten Swelans har angett i sitt anbud motsvarar de krav BEM ställt i förfrågningsunderlaget har BEM förfarit riktigt då det uteslutit Swelans från anbudsutvärderingen. Någon grund för ingripande med stöd av LOU på av Swelans anförda skäl föreligger därför inte.

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


Lena Schön-Barkestam

