



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Förvaltningsrättsnotarien
Anna Borgs

DOM
2013-08-29
Meddelad i
Falun

Mål nr
1332-13

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Rapps Dyktjänst AB, 556438-3460
Seldonsvägen 7
302 62 Halmstad

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Anna Haraldsson
Juridik och upphandling
Trafikverket
781 89 Borlänge

2. Bygg AB Olof Flink
Åkervägen 13
534 30 Vara

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där Bygg AB Olof Flinks anbud inte får beaktas.

KONKURRENSVERKET	
2013-08-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 88494

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Trafikverket genomför enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling avseende "Utförande av Bro 14-670-1, bro över Nordre älv, Kungälv inom Kungälvs kommun, V:a Götalands län UV-arbeten och betongreparationen". Upphandlingen sker genom förenklat förfarande enligt de bestämmelser som gäller under tröskelvärdet.

Rapps Dyktjänst AB (Rapps) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny prövning av inkomna anbud ska genomföras, varvid Bygg AB Olof Flinks (i det följande Bygg AB) anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan för Rapps fram följande. Trafikverket har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav och har därmed brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Vidare har Trafikverket efter anbudstidens utgång låtit Bygg AB göra otillåtna kompletteringar av sitt anbud. Om Trafikverket anses ha tillämpat skall-kravet på rätt sätt görs gällande att förfrågningsunderlaget som sådant strider mot principerna om proportionalitet och transparens eftersom det varit omöjligt för Rapps att förutse tillämpningen av kravet. Trafikverket har därmed agerat i strid med LOU och Rapps har till följd av det lidit eller riskerat att lida skada då deras anbud annars antagits.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och för fram följande. Det har inte förekommit några fel vid upphandlingen. Bygg AB uppfyller ställda krav och någon otillåten komplettering har inte skett. Rapps har varken lidit eller riskerar att lida skada.

Bygg AB har getts tillfälle att yttra sig i målet, men har inte inkommit med något svar.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningarna för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydlig sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Rapps anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och detta har medfört att Rapps lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (16 kap. 6 § och 1 kap. 9 § LOU jämförd med 15 kap. 2 § samma lag).

Av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav ska som regel inte beaktas vid utvärderingen. De krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet och den upphandlande myndigheten får inte frånfalla uppställda krav.

Av 15 kap. 15 a § LOU framgår att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åta-

gande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förfrågningsunderlaget

I upphandlingsföreskrifterna anges följande beträffande arbetenas huvudsakliga omfattning (UFA.21).

Objektet avser utförande av underhåll av bro 14-670-1.

Stöd 13-17, betongreparation kring vattenlinjen.

Stöd 14 och 15, betongsreparation av bottenplatta.

Stöd 14, betongreparation i skarv mellan mittplint-bottenplatta.

Stöd 15, injektering av sprickor i skivpelare.

Av UFB.51 "Prövning av anbudsgivare", framgår följande.

Beställaren kommer pröva anbudsgivaren genom att kvalificeringskraven anges i CTM/anbudsformuläret ska vara uppfyllda. Anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att inkomma med de uppgifter som efterfrågas i CTM/anbudsformuläret.

Kvalificeringskrav får uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande, som avser den aktuella upphandlingen, från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Vad gäller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga framgår av anbudsformuläret att beträffande företagskompetens ska arbetsgivare ha erfarenhet av minst två likartade objekt, av samma svårighetsgrad som det aktuella objektet färdigställda under åren 2008 – 2012 åt Vägverket / Trafikverket eller annan beställare. Nedanstående bevis ska inte bifogas anbud. Beställaren kommer att kontrollera att ovanstående krav är uppfyllt

innan tilldelning sker genom att begära in nedanstående bevis ifyllt av anbudsgivare. Vidare framgår att anbudsgivare ska uppfylla kompetens- och erfarenhetskrav enligt 6 § AFS 2008:16 byggnads- och anläggningsarbete på samma sätt, dvs. detta ska inte bifogas anbud utan bevis begärs in i efterhand.

Vad parterna anfört

Rapps har bl.a. anfört följande. Av handlingen avseende referensuppdrag som Bygg AB på Trafikverkets anmodan gett in efter anbudstidens utgång, framgår att Bygg AB har för avsikt att anlita Magnus Lundström Bygg AB (MLBAB) för utförandet av vissa delar av upphandlingsföremålet. I upphandlingen ställs ett skall-krav om att anbudsgivare som åberopar annans kapacitet ska tillhandahålla ett åtagande som visar att anbudsgivaren förfogar över åberopad kapacitet, vilket framgår av UFB.51. Bygg AB uppfyller inte detta skall-krav. Vidare har Bygg AB med detta förfarande tillåtit att komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång på ett otillåtet. Åtagandet är slutligen daterat 15 dagar efter anbudstiden löpte ut och visar således inte att föreskrivet åtagande fanns vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Det framgår av MLBAB:s åtagande att även det avser att anlita en underleverantör. Även ett åtagande från denna underleverantör skulle därför ha getts in i samband med anbudsinslämnandet.

I syfte att styrka MLBAB:s erfarenhet åberopar Bygg AB ett referensuppdrag med uppdragsgivare Svevia. Bolaget har kontrollerat denna referens och Svevia har per e-post förklarat att referensen är helt felaktig och dessutom osann. Bygg AB har mot bakgrund av detta inte uppfyllt kravet avseende erfarenhet.

Referensuppdraget, som är utfört ovan vattenytan, kan inte bedömas som likartat och med samma svårighetsgrad som undervattensgjutning. Vid undervattensgjutning ställer Trafikverket särskilda krav bl.a. vad gäller

konstruktionens dimension, sprickfrihet, avsaknad av gjutfogar och gjutningens utförande. Den som utför undervattensgjuten konstruktion ska vidare ha goda kunskaper om undervattensgjutning samt med godtagbart resultat genomgått en särskild utbildning avseende undervattensgjutning av betong.

Om det aktuella skall-kravet anses ha tillämpats på ett korrekt sätt, strider förfrågningsunderlaget mot de grundläggande principerna om proportionalitet och transparens eftersom det varit omöjligt för Bolaget att förutse tillämpningen av kravet.

Till stöd för sin talan har Rapps bl.a. åberopat e-postmeddelande från Curt Larsson, Svevia, den 3 april 2013 och Trafikverkets publikation Bro 2004, VV Publ 2004:56.

Trafikverket anför mot detta följande. Det framgår av upphandlingsföreskrifterna att kvalificeringskrav får uppfyllas genom åberopande av andra företags kapacitet. Om andra företags kapacitet åberopas för att uppfyllandet av kvalificeringskrav ska ett åtagande tillhandahållas. Vilka tekniska krav som ska uppfyllas framgår av anbudsformuläret. Det framgår tydligt att anbudsgivare visar att kravet är uppfyllt genom att på anfordran inge angivna uppgifter. Det följer sålunda att även åtagande från företag vars kapacitet åberopas ska lämnas in när efterfrågade bevis ska lämnas in. Det finns således inte något krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna i anbudet ska ange att man åberopar annat företags kapacitet. Vilket datum begärt åtagande är daterat är inte relevant, det har lämnats in när Trafikverket begärt in det. Åtagandet uppfyller de krav som ställs på ett åtagande, det framgår att MLBAB ställer sina resurser till Bygg AB:s förfogande för angivet projekt. Bygg AB har inte åberopat MLBAB:s underleverantörs kapacitet för att uppfylla kravet avseende företagskompetens. Endast avseende företag vars kapacitet åberopas för att anbudsgivaren ska uppfylla

kvalificeringskrav krävs att anbudsgivaren kan tillhandahålla ett åtagande från aktuellt företag. Vid anbudslämmandet räcker det att anbudsgivaren uppger att ställda krav uppfylls. Det är därmed inte heller fråga om en otillåten komplettering.

De två referensuppdrag som Bygg AB angett avseende kravet på företagskompetens/krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga är relevanta. De har bedömts vara likartade och av samma svårighetsgrad som det i upphandlingen aktuella objektet. Bygg AB har som referens avseende företagskompetens angivit Svevia. Det finns ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Trafikverkets skyldighet är att jämföra anbud mot de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Trafikverket uppger att med anledning av de uppgifter som Rapps lämnat har dessa jämförts med de uppgifter som framgår av anbudet samt kontrollfrågor ställts till anbudsgivaren och anför bl.a. följande med anledning av detta. Huruvida personerna som arbetade med projektet fortfarande har sin anställning hos det ifrågavarande bolaget har ingen betydelse för bedömningen av referensuppdraget. Det påstås inte i beskrivningen att arbete utförts annat än ovan vattenytan.

Trafikverket för slutligen fram att förfrågningsunderlaget är utformat i enlighet med principerna om proportionalitet och transparens. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer uppfattar kravet som att åtagande ska lämnas på begäran.

Förvaltningsrättens bedömning

Uppfyller förfrågningsunderlaget kraven på proportionalitet och transparens vad gäller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet?

Av anbuudsformuläret, som är en del av förfrågningsunderlaget enligt UFB.22, framgår att anbudsgivaren vid den aktuella upphandlingen i an-

budet ska bekräfta att krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga uppfyllts, vilket Bygg AB gjort. Något krav på att en anbudsgivare redan vid anbudsinlämnandet ska tillhandahålla ett åtagande från företag vars kapacitet åberopas framgår således inte av innehållet i det aktuella skall-kravet (UFB.51). Det framgår endast att anbudsgivaren ska förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Trafikverket har i den delen framhållit att de saknar anledning att ifrågasätta att vinnande anbudsgivare kommer att förfoga över erforderliga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av ordalydelsen i anbudsformuläret framgår vidare att bevis till styrkande av att kvalificeringskrav beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga uppfylls inte ska bifogas till anbudet. Förfrågningsunderlaget har enligt förvaltningsrättens bedömning således uppfyllt kraven på transparens och proportionalitet som ställs enligt unionsrätten. Mot bakgrund av det sagda har Rapps således inte visat att Trafikverket brutit mot de grundläggande bestämmelserna i det konkurrensuppsökande skeendet varför det inte finns grund att förordna att upphandlingen ska göras om. Inte heller finns mot bakgrund av vad Rapps anfört i denna del skäl att förordna om rättelse då det inte finns skäl att ifrågasätta att Bygg AB kommer att förfoga över erforderliga resurser när aktuellt kontrakt ska fullgöras.

Rapps har även till grund för sin talan anfört att Bygg AB inte tillhandahållit ett åtagande som visar att Bygg AB även förfogar över SweOffshore Maritime AB:s kapacitet eller inte, den underleverantör som MLBAB angett i sitt åtagande. Trafikverket har i den delen framhållit att de saknar anledning att ifrågasätta att vinnande anbudsgivare kommer att förfoga över erforderliga resurser när kontraktet ska fullgöras och att det inte funnits något krav på åtagande från företag, vars kapacitet åberopas, ska ges in tillsammans med anbudet. Mot bakgrund av den ovan gjorda bedömningen finns inte heller skäl att i denna del göra någon annan bedömning. Någon otillåten komplettering är det därmed inte heller fråga om.

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om vad Rapps anför i övriga delar utgör grund för att förordna om rättelse.

Uppfyller Bygg AB skall-kravet avseende redovisade referensuppdrag?
Rapps har gjort gällande att Bygg AB:s anbud inte uppfyller kravet avseende erfarenhet från minst två likartade objekt av samma svårighetsgrad som det aktuella objektet. I detta avseende kan konstateras att Bygg AB hänvisat till två skilda referensuppdrag där MLBAB, åberopad underleverantör utfört vissa arbeten. MLBAB har i skrivelse angett att de, för Bygg AB:s räkning, kommer att utföra de aktuella underhållsarbetena och att de i sin tur för dykning/undervattensarbeten kommer att använda sig av en underentreprenör.

Rapps har i denna del i första hand invänt att det referensuppdrag som MLBAB utfört åt Svevia är felaktigt och osant. Trafikverket har för sin del anför att det saknats skäl att ifrågasätta riktigheten av den lämnade referensen. Av Rapps åberopade mejlsvar framgår enligt förvaltningsrättens bedömning inte sådana uppgifter som ger stöd för att det aktuella referensuppdraget är felaktigt. Skäl för ingripande saknas därför på den grunden.

Rapps har då i andra hand anför att det åberopade referensuppdraget inte beskriver ett likvärdigt projekt av samma svårighetsgrad som det aktuella objektet. Rapps har i den delen anför att referensuppdraget inte omfattar betongarbeten under vattenytan och att det finns en mängd kompetenskrav vid gjutning av betong under vatten i förhållande till vanliga betongarbeten ovan vatten, varför dessa inte kan betraktas som likartade arbeten. Inte heller menar Rapps att det aktuella referensuppdraget vad gäller omfattning och svårighetsgrad kan anses likvärdigt. Trafikverket har för sin del uppgett att de av Bygg AB åberopade referenserna uppfyller ställda krav och att de bedömts som likartade och med samma svårighetsgrad som det i upphandlingen aktuella objektet. Trafikverket har dock inte närmare bemött Rapps uppgift vad gäller om betongarbeten utförda ovan eller under

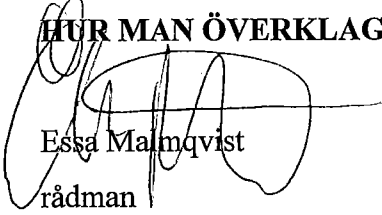
vattenytan kan bedömas som likartade och med samma svårighetsgrad, där Rapps åberopat en publikation från Trafikverket (VV 2004:56) till stöd för sin slutsats att undervattensgjutning ställer särskilda krav och att det uppställs krav på godkänd utbildning.

Såvitt framgår av det ingivna förfrågningsunderlaget har kravet på *”likartade objekt av samma svårighetsgrad som det aktuella objekter”* inte närmare preciserats. Förvaltningsrätten kan dock notera att upphandlingens objekt, som det angetts i upphandlingsprotokollet och i förfrågningsunderlaget, är undervattensarbeten (UV-arbeten) och betongreparationer av en bro. Av UFB.21 framgår också mer specifikt arbetenas huvudsakliga omfattning. Även om det får anses finnas ett visst utrymme för en upphandlande enhet att bedöma vad som kan anses falla inom begreppet *”likartade objekt av samma svårighetsgrad”* är det förvaltningsrättens bedömning att aktuellt referensuppdrag, där det är ostridigt att detta inte innefattar undervattensarbeten, inte kan anses utgöra ett likartat objekt av samma svårighetsgrad i jämförelse med föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten kan i den delen notera att i den publikation som Rapps åberopat framgår vilka krav som ställs vid undervattensgjuten konstruktion. Trafikverket har inte gjort några invändningar mot Rapps påstående att undervattensgjutningar ställer särskilda krav, utan endast bedömt att uppdraget är relevant och att det har samma svårighetsgrad som det i upphandlingen aktuella objektet. Mot denna bakgrund har Rapps enligt förvaltningsrättens bedömning visat att det aktuella referensobjektet, som avsåg pågjutning av tre betongpelare på Källösundsbron som innefattat vattenbilning, formarbete och gjutning och som ostridigt skett ovan vattenytan, inte kan anses utgöra ett likartat objekt av samma svårighetsgrad som den aktuella upphandlingen avser. Trafikverket borde därför rätteligen ha underlåtit att utvärdera Bygg AB:s anbud då de inte kan anses ha uppfyllt skullkravet avseende referensobjekt. Detta medför att upphandlingen ska rättas

på det sättet att en ny anbudsutvärdering ska göras där Bygg AB:s anbud inte får beaktas.

Sammanfattningsvis finns således skäl att förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där Bygg AB:s anbud inte får beaktas med hänsyn till att de inte uppfyllt ställt skall-krav gällande likartat referensobjekt.

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



Essa Malmqvist
rådman