



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-10-03
Meddelad i Linköping

Mål nr
4442-17

SÖKANDE

RGS 90 Sverige AB, 556609-2085
Östra Sörredsvägen 40
418 78 Göteborg

Ombud: Advokat Martin Levinsohn
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2018-03-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Fortifikationsverket
631 89 Eskilstuna

Ombud: Advokat Markus Mårline och Advokat Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 300727

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--------------------------------------------------	--------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------	-------------------------------------------------------

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket genomför upphandlingen ”Oexploderad ammunition – ramavtal” med dnr 962/2017 (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbeslut med tillhörande utvärderingsrapport framgår att RGS 90 Sverige AB (Bolaget) inte blivit godkänt i utvärderingsfasen och därmed inte tilldelats ramavtal.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar att Upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Bolaget**

Bolagets anbud uppfyller kvalifikationskraven

Enligt upphandlingsdokumentet skulle anbudsgivarna ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra den aktuella entreprenaden. Detta skulle styrkas genom referenser. Därutöver gäller specifika krav på den organisation som offererades. Bolaget offererade initialt [REDACTED] från företaget Scanjack AB som arbetsledare OXA. Han uppfyller genom sina utbildningar samt genom sin praktiska erfarenhet kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt upphandlingsunderlaget.

Efter anbudstidens utgång uppmanade Fortifikationsverket Bolaget att komplettera sitt anbud med ytterligare uppgifter om offererad personals utbildningar samt ytterligare information angående tillgängliga resurser i form av personal och utrustning. Bolaget valde då att, trots att [REDACTED] i och för

sig bedömdes uppfylla kraven i Upphandlingen, ge in CV för [REDACTED] [REDACTED] som har en omfattande erfarenhet som ammunitionsröjningsledare och som har genomgått CMD-utbildning (1 och 2) hos SWEDEC.

Fortifikationsverket har inte tidigare i upphandlingsförfarandet påtalat att Bolagets anbud inte uppfyllde uppställda krav, utan har efter sin kompletteringsbegäran avseende offererade resurser tillåtit Bolaget att genomföra en förevisning och presentation av Bolagets arbetsmetoder och tekniker. Fortifikationsverket har vidare vid sin anbudsutvärdering funnit att Bolagets anbud uppfyller samtliga kvalificeringskrav i Upphandlingen, däribland kraven på kompetens på personnivå.

Ej förutsättningar för förnyad konkurrensutsättning

Ramavtal kan vara av tre slag; ramavtal med alla villkor fastställda, ramavtal med förnyad konkurrensutsättning och kombinerade ramavtal. Upphandlingen avser ett ramavtal med förnyad konkurrensutsättning.

Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning får inte träffas med en enda leverantör, utan får endast träffas med två eller flera leverantörer. Det framgår uttryckligen av 7 kap. 4 § LOU att om ramavtal träffas med en enda leverantör, så ska det vara ett ramavtal med alla villkor fastställda.

Som framgår av upphandlingsunderlaget innehåller ramavtalet i princip inga villkor för tilldelningen av kontrakt under ramavtalet. Snarare angavs i upphandlingsannonsen att uppdrag kommer att fördelas efter förnyad konkurrensutsättning där pris och ev. andra faktorer avgör Upphandlingen. Det upphandlade ramavtalet innehåller således inga villkor för tilldelningen av kontrakt för det faktiska genomförandet av eventuella uppdrag som kan komma att avropas med stöd av ramavtalet. De ekonomiska villkoren samt övriga villkor för de faktiska entreprenaderna kommer att fastställas först i

samband med avrop. Det står därmed klart att Fortifikationsverket inte har möjlighet att tilldela kontrakt till en ensam leverantör. Vidare kan konstateras att det inte är möjligt att tilldela kontrakt till leverantören med stöd av ramavtalet utan att leverantören tillåts att komplettera sitt anbud på ett sätt som går utöver vad som är tillåtet enligt LOU.

Genom att Fortifikationsverket funnit att endast en anbudsgivare lämnat ett godtagbart anbud har syftet med upphandlingen förfelats. Fortifikationsverket kan följaktligen inte heller ha rätt att ingå ramavtal med en ensam leverantör under rådande förutsättningar. Om Fortifikationsverket hade avbrutit Upphandlingen så hade Bolaget givits möjlighet att tilldelas kontrakt under den tid ramavtalet ska gälla.

Brister i utvärderingsmodellen

Som anbudsutvärderingen beskrivits i upphandlingsunderlaget var den uppdelad i två steg, varvid Fortifikationsverket först hade att bedöma kvaliteten på den standard operating procedure (SOP) som anbudsgivarna hade att bilägga sina respektive anbud. SOP skulle enligt upphandlingsunderlaget utvärderas med avseende på arbetsmetoder, egenkontroller, teknisk utrustning samt dokumentation/rapportering.

Redan detta utvärderingskriterium är mycket otydligt utformat och ger ingen ledning till anbudsgivarna i fråga om vad som förväntas för att genomförandebeskrivningen ska anses hålla en hög eller ens godtagbar kvalitet med avseende på de olika bedömningspunkterna. Som framgår av Fortifikationsverkets yttrande till rätten har denna otydlighet dock inte hindrat Fortifikationsverket från att utvärdera kvaliteten på anbudsgivarnas SOP med konstaterande att de ”*var tillräckligt utförliga och av godkänd kvalitet, även om Fortifikationsverket har uppmärksammat vissa brister i Bolagets beskrivna arbetsmetoder*”.

Enligt upphandlingsdokumentet skulle därefter samtliga anbudsgivare som uppfyller skall-kraven i upphandlingen ges en möjlighet att presentera och förevisa företagets arbetsmetoder och tekniker. Upphandlingsdokumentet anger dock inte om en bristfällig SOP skulle ha inneburit att anbudsgivaren inte skulle få tillfälle att presentera sina arbetsmetoder eller tekniker. Enligt instruktionerna innefattar presentationen/förevisningen att företagets arbetsmetoder, egenkontroller, tekniska utrustning och system samt exempel på rapportering och dokumentation ska visas i praktiken.

Baserat på anbudsgivarens förevisning skulle Fortifikationsverket därefter göra en bedömning av i vilken mån anbudsgivarens SOP motsvarade det praktiska utförandet vid förevisningen, varvid en poängskala från 0–5 poäng (eller ”*Inte acceptabel*”–”*Utmärkt*”) tillämpas för de punkter som utvärderades.

Som klart framgår av Fortifikationsverkets yttrande till rätten finns det en fundamental skillnad i hur Fortifikationsverket avsett att utvärdera och hur Fortifikationsverket de facto utvärderat lämnade anbud jämfört med hur utvärderingsmodellen beskrivs i upphandlingsdokumentet. Det verkar därtill finnas en grundläggande missuppfattning gällande Bolagets arbetsmetodik som uppenbarligen drabbat Bolaget mycket hårt vid anbudsutvärderingen.

Fortifikationsverket anför i yttrande att utvärderingsmodellen har utformats mot bakgrund av kontraktsföremålets natur och de säkerhetsrisker som är förenade med förekomst och hantering av OXA. Man beskriver vidare hur utvärderingen av anbuderna gick till, nämligen ”genom en bedömning av hur väl anbudsgivarna genomförde ett praktiskt övningsfall, inom ett område som inte var kartlagt och kontrollerat i förväg. [...] En av Fortifikationsverket utsedd expertgrupp bedömde varje anbudsgivares utförande av en kartläggning av OXA inom en begränsad yta. Alla anbudsgivare kartlade samma yta, och efter att alla de tre anbudsgivarna genomfört sin kartlägg-

ning gjorde även Fortifikationsverket en egen kontroll för att bedöma hur väl var och en av anbudsgivarna hade klarat av kartläggningen”. Det framgår således av Fortifikationsverkets yttrande att utvärderingen snarare tagit sikte på anbudsgivarnas förmåga att genomföra *kartläggning* innefattande lokalisering och redovisning av enskilda objekt, snarare än att utvärdera anbudsgivarnas förmåga att genomföra *ammunitionsröjningsarbeten* med ett tillfredställande resultat. Detta kommer även till uttryck i Fortifikationsverkets yttrande där man anger att ”[d]et enda som är viktigt för Fortifikationsverket är att leverantören använder sig av en väl fungerande och i förväg beskriven arbetsmetod för att kartlägga OXA-objekten så att marken blir utan fara för människor och miljö och, efter röjning, kan användas för t.ex. bostäder. Det har tydligt framgått vid RGS90:s kartläggning att de inte har en väl fungerande arbetsmetodik och också avvikit från vad de beskrivit i sin upprättade SOP. I annat fall hade Bolaget inte missat så många OXA-objekt som de gjorde”. Uttalandet visar med tydlighet att Fortifikationsverket missuppfattat skillnaderna mellan vinnande anbudsgivarens och Bolagets olika arbetsmetoder för genomförande av röjningsprojekt.

Det kan konstateras att utvärderingen endast avsett hur anbudsgivarna genomför kartlägningsarbeten snarare än att utvärdera hur väl anbudsgivarna är rustade att genomföra det slutliga kontraktsföremålet, dvs. röjning av OXA. Utöver att det kan ifrågasättas huruvida utvärderingen av endast ett inledande steg av de efterfrågade arbetena är lämpligt för att säkerställa anbudsgivarnas förmåga kan konstateras att det inte framgår av upphandlingsdokumentet att det endast är anbudsgivarnas metod för kartlägningsarbeten som ska utvärderas. Därutöver har en begränsad utvärdering av endast kartläggningen missgynnat Bolaget som i sin SOP redovisat en arbetsmetodik som är avsedd att användas inom ramen för röjningsprojekt (och inte endast som ett fristående kartlägningsuppdrag).

Problemen med utvärderingen av Bolagets anbud bottnar även i en ytterligare otydlighet i upphandlingsdokumentet, nämligen avsaknaden av definition av begreppet ”enskild indikation”. Bolaget har utgått ifrån att begreppet avsåg enskilda områden med sammanhängande förekomst av ammunition, eftersom det viktiga vid kartläggningen är att identifiera sådana områden inför det följande röjningsarbetet.

Bolagets SOP innebär att en detaljerad kartläggning av antalet enskilda OXA-objekt inom sökområdet inte fastställs innan genomförandet av faktiska gräv- och röjningsarbeten. Kartläggningen består således i ett identifierande av de områden där det sannolikt finns OXA snarare än säkerställande av det exakta antalet enskilda objekt inom varje indikation inom området. Det är därför naturligt att Bolagets sökmetod ger ett lägre antal ”indikationer” eftersom detta sker på områdesnivå snarare än på objektsnivå. Bolagets genomförda kartläggning har således överensstämmt väl med den metodik som beskrivs i Bolagets SOP, som dessutom är välanpassad för att lösa det slutgiltiga målet med det upphandlade kontraktet, nämligen genomförandet av röjningsarbeten och inte endast kartläggning av ett område.

Som framgår av utvärderingsresultatet har Fortifikationsverket dessutom frångått utvärderingsmodellen i varje fall vad gäller momenten *redovisning av indikationer* och *lokalisering av enskild indikation*. Som framgår av den bedömning som Fortifikationsverket redovisat i yttrande har Fortifikationsverket för dessa moment gjort en jämförelse mellan Bolagets kartläggningsresultat och det antal enskilda objekt som den vinnande anbudsgivaren redovisat. Utvärderingsmodellen avviker tydligt från det i upphandlingsdokumentet beskrivna förfarandet där utvärderingen skulle ta sikte på hur väl anbudsgivarna följer de metoder som de själva har beskrivit i sin SOP.

Därutöver blir jämförelsen mellan de olika anbudsgivarnas resultat missvisande då Bolaget inte räknat antalet enskilda objekt. En mer rättvisande jämfö-

förelse skulle snarare ha tagit sikte på att kontrollera om de områden som Bolaget markerat som innehållande indikationer varit av tillfredsställande omfattning. Fortifikationsverket har också kritiserat Bolagets metoder för kvalitetskontroll. Även denna kritik utvisar med tydlighet att Fortifikationsverket missuppfattat Bolagets SOP. Kvalitetskontroller och efterkontroller ska ske i direkt anslutning till grävarbeten samt en avslutande kontroll innan området lämnas över till beställaren. Detta har, med hänsyn till upplägget på förevisningen av anbudsgivarens sökmetoder, inte varit aktuellt.

Sammanfattningsvis har upphandlingsdokumentet inte gett ledning för vad som kunnat medföra mervärde, eller för den delen ens vad som krävts för att klara minimikraven i Upphandlingen, varken avseende på SOP-bilagans omfattning eller innehåll, eller med avseende på genomförandet av anbudsgivarnas presentation av sin arbetsmetod under förevisningen. Fortifikationsverket har därutöver frånfallit utformningen av utvärderingsmodellen vid anbudsutvärderingen då man tydligt jämfört resultatet av anbudsgivarnas respektive kartläggningar av området, snarare än vad som förespeglats i upphandlingsdokumentet utvärdera i vilken mån metodpresentationen skett i överensstämmelse med vad som angetts i anbudsgivarnas respektive SOP. Utvärderingsmodellen har därtill inte varit ändamålsenligt utformad för att utvärdera anbudsgivarnas förmåga att utföra föremålet för det upphandlade kontraktet, nämligen genomförandet av ammunitionsröjningsarbeten.

Skada

Bristerna i utvärderingsmodellen har inneburit att Bolaget inte fått en rimlig möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud som motsvarat Fortifikationsverkets faktiska önskemål. Bolaget har ett berättigat intresse av att Upphandlingen görs om och att Fortifikationsverket på ett korrekt sätt redogör för vad som kommer att tillmätas vikt vid anbudsutvärderingen.

På samma sätt innebär den otillåtna tilldelningen av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning till en enda leverantör att Bolaget lider skada eller riskerar att lida skada. Om Fortifikationsverket rätteligen hade avbrutit Upphandlingen då endast en enda leverantör godkändes vid anbudsutvärderingen så skulle Bolaget ha givits möjlighet att tilldelas kontrakt av Fortifikationsverket under den tid ramavtalet ska gälla.

Fortifikationsverket

Bolaget uppfyller inte ställda kvalifikationskrav

Ett av de i Upphandlingen uppställda kvalifikationskraven är att offererad arbetsledare OXA ska ha dokumenterad erfarenhet som ammunitionsröjningsledare och också ha utbildning motsvarande ammunitionsröjningsledare CMD enligt SWEDEC utbildningssystem. Av upphandlingsdokumentet framgår att ovanstående ska styrkas genom att anbudsgivarna till anbudet bifogar dels CV eller meritförteckning för offererad arbetsledare OXA, vilken ska visa erfarenhet och tidigare utförda arbeten, dels utbildningsbevis.

Bolaget har i sitt anbud inledningsvis offererat [REDACTED] från företaget Scanjack AB och efter underhandskontakter efter anbudstidens utgång även skickat in CV för [REDACTED]. För det första skulle uppgiften finnas med redan i anbudet vilket innebär att Fortifikationsverket inte kan godta kompletteringen, för det andra uppfyller varken [REDACTED] eller [REDACTED] [REDACTED] de uppställda kvalifikationskraven avseende utbildning. Bristerna är sådana att det saknats möjligheter att anta Bolagets anbud.

Härtill kommer att det varken inlämnats något åtagande från Scanjack AB eller från [REDACTED] att ställa sin kapacitet till Bolagets förfogande under avtalstiden. Bolaget har därmed inte i enlighet med 14 kap. 6 § andra

stycket LOU visat att Bolaget kommer att förfoga över den kapacitet som åberopats till styrkande av uppfyllandet av ställda kvalifikationskrav.

Angående förnyad konkurrensutsättning

I aktuell upphandling var det Fortifikationsverkets avsikt att ingå ramavtal med flera leverantörer och att förnyad konkurrensutsättning på vanligt sätt skulle ske vid de individuella avropen. I den uppkomna situationen, med endast en anbudsgivare som uppfyllde ställda krav, kommer en förnyad konkurrensutsättning av naturliga skäl inte att vara möjlig och alla avrop kommer istället att göras från den ende ramavtalsleverantören. Att det endast inkommit ett anbud som uppfyller ställda krav innebär dock inte att det skett något upphandlingsfel. Upphandlingen av ramavtalet har skett i enlighet med LOU och något upphandlingsfel kan inte läggas Fortifikationsverket till last. Fortifikationsverket tillbakavisar påståendet att det i den uppkomna situationen skulle föreligga en skyldighet för verket att avbryta och göra om Upphandlingen. Det finns inte något som helst stöd i upphandlingsregelverket eller i praxis för en skyldighet för en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling om det endast inkommit ett anbud som uppfyller ställda krav.

Påstådda brister i utvärdering och utvärderingsmodellen

Utvärderingen av anbuden skedde genom en bedömning av hur väl anbudsgivarna genomförde ett praktiskt övningsfall, inom ett område som inte var kartlagt och kontrollerat i förväg. En av Fortifikationsverket utsedd expertgrupp bedömde varje anbudsgivares utförande av en kartläggning av OXA inom en begränsad yta. Alla anbudsgivare kartlade samma yta, och efter det att alla tre anbudsgivarna genomfört sin kartläggning gjorde även Fortifikationsverket en egen kontroll för att bedöma hur väl respektive anbudsgivare hade klarat av kartläggningen. Bedömningen av kartläggningarna gjordes

mot bakgrund av de metoder varje anbudsgivare beskrivit i sina respektive SOP. Fortifikationsverket bedömde därefter följande moment:

- *Ytsökning (dataloggning) öppen terräng, yta 25 m x 25 m. Redovisa företagets lösning på ytsökning (dataloggning) på stora ytor, öppen terräng (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Ytsökning betäckt terräng, (ej dataloggning) ca 10 m x 10 m (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Analys av rådata för genomförd ytsökning*
- *Redovisning av indikationer för genomförd ytsökning*
- *Lokalisering av enskild indikation (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Rapportering/Dokumentation*

Området som användes var ett verkligt övningsfält. Antalet indikationer inom den yta som kartlades var inte känt av Fortifikationsverket i förväg, varför det inte varit möjligt att i förväg fastställa hur många funna indikationer som skulle motsvara en viss poäng eller ett visst betyg. Utvärderingen skedde istället genom att expertgruppen betygsatte de sex ovan angivna momenten enligt följande skala:

5 poäng: Utmärkt. I anbudet presenterad SOP motsvarar på ett utmärkt sätt det praktiska utförandet, utan några brister.

3 poäng: Bra. I anbudet presenterad SOP motsvarar på ett bra sätt det praktiska utförandet, med smärre brister.

1 poäng: Acceptabelt. I anbudet presenterad SOP motsvarar på ett acceptabelt sätt det praktiska utförandet, med brister.

0 poäng: Inte Acceptabelt. I anbudet presenterad SOP uppvisar sådana brister att det inte på ett acceptabelt sätt motsvarar det praktiska utförandet.

Av upphandlingsdokumentet framgår att ramavtal kommer att ingås med alla anbudsgivare, vars anbud uppfyller ställda krav samt har minst sammanlagt 20 poäng vid utvärderingen och har minst 3 poäng på varje moment. Anledningen till att kraven satts jämförelsevis högt är just det utomordentligt säkerhetskänsliga föremålet för det aktuella upphandlingskontraktet. Om inte utförandet av arbetena sker med en mycket hög kvalitet och träffsäkerhet är det stor risk för skador eller t.o.m. dödsfall. Den höga kravnivån är m.a.o. ett sätt för Fortifikationsverket att säkra att leverantörerna kan och kommer att utföra arbetena med stor noggrannhet och med låg risk för olycksfall, och utan förbiseende av OXA-objekt som kan innebära risk för liv och hälsa i ett senare skede. Det här är inte endast røjarnas säkerhet det handlar om. De markområden där ammunitionsrøjning har utförts övertas i regel av kommuner eller privata exploatörer för att användas exempelvis för bostadsbebyggelse eller industriverksamhet.

Fortifikationsverkets beskrivning av utvärderingsmodellen i upphandlingsunderlaget uppfyller med god marginal de krav som ställs på transparens, särskilt mot bakgrund av EU-domstolens mål C-6/15 *TNS Dimarso*. Utvärderingen har också gjorts i enlighet med den beskrivna utvärderingsmodellen. Att man har utvärderat hur väl anbudsgivarna följer sina beskrivna arbetsmetoder är i sig inget konstigt. Det kan av flera skäl inte vara Fortifikationsverkets ansvar att i detalj reglera vilka arbetsmetoder som ska följas, vilken utrustning som ska användas m.m. Detta är också anledningen till att de efterföljande avropen enligt upphandlingsdokumentet regleras av ABT06, dvs. på totalentreprenad där det ankommer på entreprenören att svara för både projektering och utförande. Däremot ligger det i Fortifikationsverkets intresse att vid anbudsutvärderingen bedöma hur väl anbudsgi-

varna följer sina offererade och beskrivna metoder och hur väl kartläggningen lyckas.

Utvärderingen gjordes av en expertgrupp bestående av såväl anställda hos Fortifikationsverket som av externa experter, där samtliga har lång erfarenhet av denna typ av arbeten och de moment som skulle bedömas. Vid Bolagets kartläggning framkom flertaliga brister och skillnader mellan det praktiska genomförandet och det som beskrivits i Bolagets SOP. De två moment i utvärderingen av Bolagets anbud och företagets genomförande av det praktiska fallet som medförde att Bolaget inte kunde komma ifråga för kontrakt var momenten ”Redovisning av indikationer” och ”lokalisering av enskild indikation”, där Bolaget erhöll lägsta poäng (1) för respektive moment.

Utöver vad som har sagts om tillvägagångssättet vid den praktiska visningen eller kartläggningen av ett visst bestämt område på övningsfältet, kan följande tilläggas. Anbudsgivarna märkte ut indikationer, dvs. platser där de bedömde att det kunde finnas ett OXA-objekt, och rapporterade kartläggningen manuellt och med GPS. Den vinnande anbudsgivaren redovisade 64 indikationer inom området. Bolaget redovisade 22 stycken. Vid Fortifikationsverkets efterkommande kontroll kunde inte konstateras att den vinnande anbudsgivaren hade missat några OXA-liknande föremål. Det enda Fortifikationsverket hittade som ingen anbudsgivare lyckades lokalisera var två stora splitterbitar. Bolaget missade vid kartläggningen 36 OXA-liknande föremål, bl.a. lyckades det inte kartlägga ett kluster med 10 samlade 47m övningsgranater, något som naturligtvis är mycket allvarligt. När Bolaget levererade ursprungsfilerna med koordinater till Fortifikationsverkets mättekniker visade det sig att koordinaterna var felaktiga; de anvisade helt andra lokaliseringar än indikationerna på kartan. Efter påpekande från Fortifikationsverket rättade Bolaget till felen och levererade korrekta koordinater. Om Bolaget hade arbetat efter en bättre arbetsmetodik, och följt de metoder det beskrivit i sin SOP hade dessa fel inte uppkommit.

Bolaget anför att det finns en flytande gräns mellan kartläggning och röjning och att röjning måste utföras för att verifiera Bolagets sökmetod. Uppdragen som avropas under ramavtalet kommer dock inte alltid att innebära att både kartläggning och röjning ska utföras. I vissa fall kan uppdragen innebära att endast kartläggning med ytsökning ska utföras, varför det är av stor vikt för Fortifikationsverket att leverantörerna kan utföra kartläggning på ett sätt så att enskilda objekt kan identifieras redan under kartläggningen. Det var också uttryckligen just kartläggning som efterfrågades och skulle visas vid det praktiska utförandet och som anbudsgivarna hade en månad på sig att planera. Det blev tydligt vid Bolagets utförande att man inte kan utföra en tillräckligt bra kartläggning utan att röjning sker samtidigt. Det står alltså klart att Bolaget saknar den kompetens och arbetsmetodik som Fortifikationsverket efterfrågat och kravställt i Upphandlingen.

Vidare vill Fortifikationsverket understryka att det ankommer på upphandlande myndighet ensam, inte på anbudsgivarna, att bestämma föremålet för upphandlingen.

Det framgår klart och tydligt av upphandlingsdokumentet att lokalisering av just enskilda indikationer ska bedömas. Det går inte, vare sig semantiskt eller enligt i branschen vedertaget språkbruk, att tolka detta så att det skulle vara enskilda områden eller kluster som ska lokaliseras. Om detta hade avsetts hade förhållandet uttryckts på det sättet. Det finns inte heller något annat i upphandlingsdokumentet som kan tolkas som att Fortifikationsverket avsett något annat än enskilda objekt. Om Bolaget verkligen ansåg att begreppet ”enskilda indikationer” var otydligt hade Bolaget rimligen ställt en fråga om detta under anbudstiden eller i vårt fall innan kartläggningen utfördes. Så har inte skett.

Att Fortifikationsverket på något sätt skulle ha missförstått Bolagets val av metod tillbakavisas. Fortifikationsverket ställer inga krav på viss utrustning,

teknik eller särskild arbetsmetod. Det enda som är viktigt för Fortifikationsverket är att leverantören använder sig av en väl fungerande och i förväg beskriven metod för att kartlägga OXA-objekten så att marken blir utan fara för människor och miljö och, efter röjning, kan användas för t.ex. bostäder. Det har tydligt framgått vid Bolagets kartläggning att det inte har en väl fungerande arbetsmetodik och också har avvikit från vad det beskrivit i sin upprättade SOP. I annat fall hade inte Bolaget missat så många OXA-objekt som det gjorde.

I Bolagets SOP anges bl.a. följande. Interna kontroller ska utföras för att kontrollera och säkra kvaliteten på arbetet. Kontrollen utförs av kvalitetsansvarig. Kontrollen omfattar samtlig ammunitionsröjningsutrustning och GPS-system samt stickprovskontroller av utförda arbeten och specifika arbetsprocedurer. Kontrollen omfattar även procedur för kontroll av resultat av utvärderade data samt en fysisk slutkontroll för att verifiera att inga objekt (OXA/ammunitionsskrot) kvarstår. Innan de röjda områdena avlämnas till beställaren ska en kvalitetskontroll genomföras på 10–15 procent av områdena och dokumenteras. Kontrollens syfte är att konstatera att ingen OXA finns kvar i området och att områdena kan omklassificeras till A-områden på goda grunder. Kvalitetssäkring utförs i två steg. I direkt anslutning till utförd OXA-röjning utför Amröjledaren efterkontroll med OXA-sökare samt för den slutliga omklassificeringen av områdena genomförs därefter en kontrollsökning med Large-Loop-utrustningen. I den senare kontrollen görs en jämförelse mellan de ytsökningar som gjorts före OXA-röjningarna och de nya som gjorts. Vid kontrollavsökningen ska alla uppgrävda massor vara bortfraktade utanför sökområdet.

Det kunde vid utvärderingen konstateras att Bolaget inte genomförde någon tillräcklig kvalitetskontroll beträffande ytsökningen av den öppna ytan, och därför inte upptäckte många av de misstänkta OXA-objekt som fanns där.

Någon kvalitetskontroll har alltså i praktiken inte skett. Det saknades även en kvalitetskontroll på levererade koordinater.

Sammanfattningsvis genomförde Bolaget en kartläggning som var behäftad med alltför stora brister för att Fortifikationsverket skulle kunna bedöma den som tillräckligt bra för de arbeten som ska utföras under ramavtalet. Bolaget missade en stor mängd misstänkta OXA-objekt, något som hade kunnat vara förenat med livsfara vid en efterkommande exploatering av ett motsvarande område. Fortifikationsverket har därmed haft fog för sin bedömning att varken moment ”Redovisning av indikationer” eller ”lokalisering av enskild indikation” uppfyllde kriterierna för att bedömas som bra och tilldelas tre poäng. Bolagets anbud uppfyller därför inte det obligatoriska kravet avseende minsta poäng på respektive moment vid utvärderingen och nådde av samma skäl inte upp till den lägsta godtagbara summan (20).

Skada

I enlighet med vad som angetts ovan uppvisar Bolagets anbud brister i förhållande till obligatoriska krav såvitt avser beskrivning och bevis till styrkande av utbildning för offererade ammunitionsröjningsledare, samt dokumentation som visar att Bolaget förfogar över den kapacitet som åberopats till styrkande av kvalifikationskraven. Fortifikationsverket hade således under inga omständigheter kunnat tilldela kontrakt till Bolaget, och dess anbud borde rätteligen inte heller ha utvärderats. Bolaget har därmed redan av denna anledning inte lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av något av de påstådda upphandlingsfelen.

Oberoende av detta bestrider Fortifikationsverket att Bolaget har riskerat att lida någon skada av att kontrakt tilldelats endast en ramavtalsleverantör. Avropsmodellen är utformad helt enligt LOU, och Fortifikationsverket har ingen upphandlingsrättslig skyldighet att avbryta Upphandlingen. Eftersom

Bolagets anbud var sådant att det inte nådde upp till det obligatoriska kravet avseende minsta antalet poäng i utvärderingen och inte heller uppfyllde andra obligatoriska krav så hade Bolaget inte kommit ifråga för ramavtal även om fler anbudsgivare uppfyllt dessa lägsta krav. Bolaget riskerar därför inte att lida någon skada till följd av att kontrakt tilldelas endast en leverantör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

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 (20 kap. 6 § LOU).

Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (se Kammarrättens i Jönköping mål nr 1903–1913-11).

Förvaltningsrättens bedömning*Bolagets anbud*

Fortifikationsverket har under överprövningsprocessen invänt att man vid en förnyad granskning av Bolagets anbud funnit att detta brister avseende obligatoriskt krav på att offererad arbetsledare OXA ska ha dokumenterad erfarenhet som ammunitionsröjningsledare och också ha utbildning motsvarande ammunitionsröjningsledare CMD enligt SWEDEC utbildningssystem samt att Bolaget inte visat att man kommer att förfoga över den kapacitet som återopats till styrkande av uppfyllandet av ställda kvalifikationskrav.

Frågan är då om förvaltningsrätten kan beakta en invändning från den upphandlande myndigheten under överprövningsprocessen om att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett obligatoriskt krav, trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att så var fallet.

Förvisso anses upphandlande myndighet inte bunden av de bedömningar som gjorts inför ett tilldelningsbeslut. Ända till dess ett kontrakt ingåtts kan myndigheten fatta ett nytt tilldelningsbeslut (jfr Kammarrättens i Jönköping beslut i mål nr 21–38-11 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4675-13 och 5880-13). Således bör det inte finnas något hinder för myndigheten att i överprövningsprocessen ändra uppfattning i frågan om ett anbud uppfyller ställda krav. Kammarrätten i Göteborg har dock funnit att ramen för processen som saken utgör innebär att endast invändningar som ansluter till sökandens talan kan beaktas (se Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1641-15). Detta innebär att såväl en vinnande leverantörs som den upphandlande myndighetens invändningar ska beaktas i den del de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan.

Bolaget har i sin talan anfört att upphandlingsdokument/utvärderingsmodellen brister i transparens och att anvisningarna inte följts vid anbudsutvärderingen samt att det inte förelegat förutsättningar för förnyad konkurrensutsättning. Fortifikationsverkets invändningar avser brister i Bolagets uppfyllnad av obligatoriska krav och kan mot bakgrund av det ovan anförda inte beaktas inom ramen för detta mål.

Förnyad konkurrensutsättning

Föremål för prövning är upphandlingen av ramavtalet, inte ett eventuellt kontrakt som grundas på ramavtalet.

Bolaget har i målet framfört invändningar som tar sikte på det valda förfarandet med förnyad konkurrensutsättning. Bolaget anför att det inte föreligger förutsättningar för att tillämpa förnyad konkurrensutsättning då det upphandlade ramavtalet inte innehåller några villkor för tilldelning av kontrakt för de uppdrag som kan komma att avropas med stöd av ramavtalet och det endast finns en godkänd leverantör att sluta avtal med. Bolaget menar att vidare att om Fortifikationsverket hade avbrutit Upphandlingen så hade Bolaget givits möjlighet att tilldelas kontrakt under den tid ramavtalet ska gälla.

Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning med endast en leverantör innebär förvisso ett avsteg från förfrågningsunderlaget, men förvaltningsrätten konstaterar att Bolaget inte konkretiserat på vilket sätt detta har inneburit ett hinder för Bolaget att avge sitt mest konkurrenskraftiga anbud eller hur Bolaget hade ändrat sitt anbud för det fall Bolaget vetat om detta. Inte heller har det visats att Fortifikationsverkets agerande har snedvridit konkurrensen i Upphandlingen. Avsteget från förfrågningsunderlaget kan inte anses vara så väsentligt att det kan presumeras att det inneburit en snedvridning av konkurrensen i Upphandlingen. Vad Bolaget anfört i målet gör inte sanno-

likt att Fortifikationsverkets förfarande medfört skada eller risk för skada för Bolaget. Mot den bakgrunden saknas anledning att göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för Fortifikationsverket att fortsätta ramavtalsupphandlingen med en anbudsgivare (jfr HFD 2013 ref. 53).

Utvärdering och utvärderingsmodellen

Anbudsgivarna skulle till anbudet bifoga en SOP. SOP skulle enligt upphandlingsdokumentet utvärderas med avseende på arbetsmetoder, egenkontroller, teknisk utrustning samt dokumentation/rapportering.

Enligt upphandlingsdokumentet skulle därefter samtliga anbudsgivare som uppfyller skall-kraven i upphandlingen ges en möjlighet att presentera och förevisa företagets arbetsmetoder och tekniker i ett praktiskt övningsfall inom ett område som inte var kartlagt i förväg. En av Fortifikationsverket utsedd expertgrupp bedömde varje anbudsgivares utförande av en kartläggning av OXA inom en begränsad yta. Alla anbudsgivare kartlade samma yta, och efter det att alla tre anbudsgivarna genomfört sin kartläggning gjorde även Fortifikationsverket en egen kontroll för att bedöma hur väl respektive anbudsgivare hade klarat av kartläggningen. Bedömningen av kartläggningarna skulle göras mot bakgrund av de metoder varje anbudsgivare beskrivit i sina respektive SOP. Fortifikationsverket bedömde därefter följande moment:

- *Ytsökning (dataloggning) öppen terräng, yta 25 m x 25 m. Redovisa företagets lösning på ytsökning (dataloggning) på stora ytor, öppen terräng (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Ytsökning betäckt terräng, (ej dataloggning) ca 10 m x 10 m (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Analys av rådata för genomförd ytsökning*
- *Redovisning av indikationer för genomförd ytsökning*

- *Lokalisering av enskild indikation (integrering av GIS/mätsystem)*
- *Rapportering/Dokumentation*

För ovan nämnda punkter tillämpades en poängskala från 0–5 poäng (eller ”*Inte acceptabelt*”–”*Utmärkt*”).

Bolaget har anfört dels att utvärderingen inte motsvarat syftet med Upphandlingen, vilket enligt Bolaget är röjning av OXA, dels att begreppet ”*Enskild indikation*” är oklart. Bolaget menar att den begränsade utvärderingen i form av endast kartläggning missgynnat Bolaget som i sin SOP redovisat en arbetsmetodik som är avsedd att användas inom ramen för röjningsprojekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det som skulle utvärderas under den praktiska övningen var kartläggning och inte röjning. Upphandlingsdokumentet ger inte stöd för Bolagets uppfattning att det alltid ska ske röjning i samband med en kartläggning. Detta får ytterligare stöd av att det i ”Frågor och svar” den 6 mars 2017 har uppgetts från Fortifikationsverket att ”*Röjning och destruktion av OXA kan komma att vara en del i de kommande totalentreprenaderna*”. Även denna formulering visar att det, som Fortifikationsverket har anfört, inte alltid kommer att vara fråga om röjning av OXA. Bolagets arbetsmetodik uppfyller således inte kravställningen i Upphandlingen när en korrekt kartläggning inte kan genomföras utan att röjning sker samtidigt.

När det gäller begreppet ”*Enskilda indikationer*” anser förvaltningsrätten att det saknas stöd i upphandlingsdokumentet för Bolagets tolkning att detta skulle innebära ”*Enskilt område*” eller ”*Enskilt kluster*”. Vid kartläggning av ett område med ammunitionsdelar dikterar logiken att utgångspunkten är att varje del/objekt ska redovisas snarare än att det skulle vara ett tillfredställande resultat att endast peka ut förekomsten av ett kluster eller ett område utan att visa placering och antal objekt i dessa. För det fall Fortifikationsverket avsett att flera avskilda objekt skulle redovisas och kartläggas endast

på områdesnivå är det, enligt förvaltningsrättens mening, inte troligt att det skulle ha uttryckts med begreppet ”*Enskilda indikationer*”.

Gällande vad Bolaget anfört avseende det faktum att Fortifikationsverket för momenten ”*redovisning av indikationer*” och ”*lokalisering av enskild indikation*” gjort en jämförelse mellan Bolagets kartläggningsresultat och det antal enskilda objekt som den vinnande anbudsgivaren redovisat istället för att utvärdera i vilken mån metodpresentationen skett i överensstämmelse med vad som angetts i anbudsgivarnas respektive SOP gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Fortifikationsverket har efter anbudsgivarnas praktiska demonstrationer gjort en egen efterkommande kontroll för att kontrollera att inga objekt missats. Fortifikationsverket finner då att den vinnande anbudsgivaren har redovisat 64 indikationer inom området jämfört med Bolagets 22. Bolaget har vid kartläggningen missat 36 OXA-liknande föremål, bl.a. ett kluster med 10 samlade 47m övningsgranater. Detta kan naturligtvis inte anses vara ett godkänt resultat bara för att Bolaget har genomfört kartläggningen i enlighet med vad man har angivit i sin SOP. Den omständigheten att Fortifikationsverket angett att man ska utvärdera hur väl anbudsgivarens praktiska utförande överensstämmer med vad man angett i sin SOP kan naturligtvis inte innebära att man godkänner en anbudsgivare som i praktiken har missat mer än 50 procent av potentiellt livsfarliga objekt som funnits på övningsområdet. Det får anses ligga i sakens natur att det är av yttersta vikt att anbudsgivaren har förmåga att kartlägga och redovisa samtliga skadliga objekt på ett angivet område då det slutliga ändamålet med det som upphandlas är att kunna omklassificera farliga områden till A-områden som kan exploateras av civilsamhället.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten, utifrån vad Bolaget lagt fram i målet, att varken utvärderingen av anbudet eller upphandlingsdokumen-

tet/utvärderingsmodellen är behäftade med sådana brister att skäl för åtgärd enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger. Ansökan ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



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.

