



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-07-21
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2938-14

SÖKANDE

NUVA AB, 556577-1572
Solögevägen 9
591 99 Motala

MOTPART

Sveriges geologiska undersökning

Ombud: Advokaten Fredrik Linder och jur. kand. Nike Berlin
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförs.

BAKGRUND

Sveriges geologiska undersökning (SGU) har genomfört en upphandling avseende avvattning oljebergrum Otterbäcken, dnr 34317-627/2014 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. NUVA AB (bolaget) hade lämnat anbud i upphandlingen. SGU fattade den 26 maj 2014 ett tilldelningsbeslut varvid Skanska Sverige AB:s (Skanska) anbud antogs.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Skanska inte beaktas. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

SGU har utvärderat Skanskas anbud trots att det inte uppfyller samtliga skall-krav och därmed inte är kvalificerat för utvärdering. Upphandlingen har därför skett i strid med den grundläggande principen om likabehandling. För det fall Skanskas anbud hade förkastats skulle bolaget ha tilldelats upphandlingen. Bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada.

I p. 3.3 i anbudsformuläret ställs som krav att ”dykare som utför inspektion och ledningsförläggning ska ge referenser för 2 st. sjöledningsförläggningsarbeten de senaste 5 åren”. Skanska har angett två referensarbeten från Dykeriet i Kil AB (Dykeriet). Bolaget har bett om att få tillgång till Skanskas anbud och det föreligger inget åtagande från Dykeriet. I anbudet har inte Skanska bekräftat att det finns ett åtagande och inte heller redovisat någon form av åtagande. Bekräftelsen har inte varit en del av Skanskas anbud utan den har tillkommit i efterhand. Därför ska bekräftelsen inte tas i beaktande vid utvärderingen. Skanska uppfyller inte skall-kravet.

Vidare är det andra angivna referensarbetet från Dykeriet, Lindesjön Lindesberg, ett reparationsarbete av väldigt begränsad omfattning. Det kan

inte i något avseende jämföras med en sjöledningsförläggning, vilket efterfrågas i skall-kravet i p. 3.3. Sjöledningsförläggning är ett definierat uttryck som innebär produktion av en sjöledning från svetsningsarbete, montering av betongvikter och sänkning av ledningen till sjöbotten. Referensen kompletterande viktning är inte i något avseende att jämföras med en sjöledningsförläggning. En kompletterande viktning innebär att man med dykare går ned på en färdigproducerad sjöledning och sätter på extra betongvikter. Detta arbetsmoment har inte utförts i samband med en sjöledningsförläggning. Det anges inte heller några mängder i det andra referensarbetet, vilket också skall-kravet efterfrågar. Därför finns det bara ett referensarbete i Skanskas anbud som uppfyller det ställda skall-kravet.

SGU bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Skanska har beträffande kravet i p. 3.3 i anbudsformuläret bifogat två referenser för dykare som ska utföra inspektion och ledningsförläggning. Båda referenserna avser sjöledningsförläggningsarbeten. Skanska uppfyller således aktuellt krav. Det är dessutom visat att Skanska kommer att förfoga över dessa dykare när kontraktet ska fullgöras. SGU:s beslut att utvärdera Skanskas anbud är förenligt med LOU.

Av kravet i p 3.3 framgår att det är den/de dykare som utför inspektion och ledningsförläggning, inte entreprenören, som ska avge sina referenser. Formuleringen har medvetet valts att avse dykare, till skillnad från p 3.2 i anbudsformuläret där entreprenören uppmanas att avge referenser.

Dykeriet är den/de dykare som ska utföra inspektion och ledningsförläggning för Skanskas räkning. Skanska har bifogat referensdokument avseende Dykeriet med Dykeriets namn och adress, se bilaga 5 till Skanskas anbud. Därigenom har Skanska angett korrekta referenser och uppfyller

kravet i p. 3.3. SGU har inte uppställt något krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare ska redovisa underleverantörernas kapacitet i anbudet genom att ge in ett särskilt skriftligt åtagande från underleverantören eller liknande. Genom att Dykeriet redovisat sina referenser i Skanskas anbud saknades anledning för SGU att ifrågasätta att Skanska kommer att förfoga över Dykeriets resurser när kontraktet ska fullgöras.

Vidare har SGU den 4 juni mottagit en bekräftelse av Dykeriets förpliktelser gentemot Skanska under kontraktstiden, se det skriftliga åtagandet daterat den 13 maj 2014. Att denna handling får beaktas av domstolen framgår bl.a. av Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2013 i mål nr 240-13. Att åtagandet visar att Skanska förfogar över Dykeriets resurser har inte ifrågasatts.

SGU har ställt kravet på referenser i p. 3.3 för att säkerställa att anlidade dykare klarar av aktuella dykarbeten i upphandlingen. SGU har avstått från att närmare definiera begreppet sjöledningsförläggning i förfrågningsunderlaget för att inte riskera att behöva utesluta relevanta leverantörer ur upphandlingen. Formuleringen i p. 3.3 är allmänt hållen. Sjöledningsförläggning innebär att lägga en ledning på sjöbotten.

Det ifrågasatta referensuppdraget "Lindesjön Lindesberg" gäller kompletterande viktning. Detta innebär att dykarna har varit tvungna att lyfta upp ledningen för att komma åt med tyngder under ledningen och sedan lägga ned ledningen på botten igen. Referensuppdraget är ett komplicerat arbete, vilket tyder på att Dykeriet kan utföra ett mycket kompetent dykarbete. Referensuppdraget är således ett högst relevant sjöledningsarbete som överensstämmer med ordalydelsen i p. 3.3. Upphandlingen har genomförts i enlighet med 1 kap. 9 § LOU och den övriga upphandlingslagstiftningen.

DOMSKÄL

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl till ingripande enligt LOU på de grunder bolaget anför.

I anbudsföreläggningen anges bl.a. följande under rubriken uppgifter för kvalificering av anbudsgivare.

Skallkrav		Intyg
3.3	Dykare som utför inspektion och ledningsförläggning ska ge referenser för två stycken sjöledningsförlägningsarbeten senaste fem åren.	Beskrivning av genomförda referensuppdrag där det framgår objektets namn, syftet med uppdraget, år det slutfördes, ingående arbetsmoment, mängd och övrig information som stärker referensens värde. För varje referensuppdrag ska anges en vidtalad referensperson inkl. kontaktuppgifter till denne.

Referensuppdraget

Bolaget har anført att det andra referensarbetet ”Lindesjön Lindesberg” i Skanskas anbud inte uppfyller skall-kraven i p. 3.3 i anbudsföreläggningen.

I bilaga fem till Skanskas anbud anges bl.a. följande. Referenser dykare avseende sjöförlägningsarbeten. Dykeriet i Kil AB. Referens 2 Lindesjön, Lindesberg. Kompletterande viktning av avloppsledning Ø600 pga. problem med uppflytning av befintlig ledning.

Det framgår inte av p. 3.3 hur begreppet sjöledningsförlägningsarbeten ska tolkas. Det har inte heller framkommit att någon annan del av förfrågningsunderlaget definierar detta begrepp. Mot bakgrund av att närmare beskrivning saknas får begreppet sjöledningsförlägningsarbete tolkas relativt extensivt utifrån sin ordalydelse. Såvitt framkommit i målet inbegriper det andra referensarbetet dykararbete och viktning av en ledning i en sjö. Bolaget kan inte anses ha visat att aktuellt referensarbete inte motsvarar det relativt lågt ställda kravet i p. 3.3 avseende sjöledningsförlägningsarbete. Således strider inte Skanskas anbud i denna del mot p. 3.3.

Bolaget har även uppgett att mängden utelämnats från Skanskas beskrivning av det andra referensarbetet. Förvaltningsrätten har alltså att pröva om denna beskrivning uppfyller kraven som finns under rubriken intyg i p. 3.3. Det noteras att Skanskas beskrivning är förhållandevis kortfattad. Samtidigt lämnar p. 3.3 ett ganska brett tolkningsutrymme vad gäller beskrivningens utformning och innehåll. I det andra referensarbetet beskrivs bl.a. ett arbetsmoment, ledningens diameter och vilket problem som åtgärdades. Mot denna bakgrund kan förhållandet att mängden utelämnats från Skanskas beskrivning inte i sig medföra att anbudet inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Således bryter inte heller anbudet i denna del mot något obligatoriskt krav.

Bolaget har även anfört att Skanska har angett två referensarbeten från Dykeriet i sitt anbud. SGU har påpekat att det anges i p. 3.3 att det är dykare som utför inspektionen och ledningsförläggningen som ska ge referenser. Förvaltningsrätten noterar, vilket även SGU anfört, att p. 3.3 har utformats annorlunda än p. 3.2 i anbudsformuläret. I p. 3.2 anges att entreprenören ska ge referenser för sjöledningsförläggningsarbeten. Förvaltningsrätten kan inte tolka p. 3.3 i anbudsformuläret på annat sätt än att referenserna ska lämnas av den eller de dykare som ska utföra inspektionen och ledningsförläggningen, dvs. inte anbudsgivaren eller något annat företag.

I målet har framkommit att de referensarbeten som angetts i Skanskas anbud, vad gäller p. 3.3, avser personal som är anställda av Dykeriet och inte av Skanska. SGU har uppgett att Dykeriet är den/de dykare som ska utföra inspektion och ledningsförläggning för Skanskas räkning. I bilaga fem till Skanskas anbud anges endast Dykeriet och inte någon namngiven dykare. Såvitt framkommit i målet har inte heller någon dykare namngetts på något annat ställe i anbudet. Detta innebär att de uppgivna referensarbetena i Skanskas anbud, vad gäller p. 3.3, inte knutits till någon dykare utan till en juridisk person. Med andra ord uppfyller Skanskas anbud i denna del inte

skall-kravet i p. 3.3. Mot bakgrund av skall-kravets utformning förändrar förhållandet att dykaren eller dykarna är anställda av Dykeriet inte denna bedömning. Genom att ha utvärderat ett anbud som inte uppfyller alla skall-krav har SGU brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Tillgång till annat företags kapacitet

Bolaget har även anfört att Skanska inte tillhandahållit ett åtagande från Dykeriet eller på annat sätt visat att det förfogar över Dykeriets nödvändiga resurser.

I målet har framkommit att Skanska hänvisat till Dykeriets yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla skall-kraven i p. 3.3 i anbudsformuläret. Med andra ord är det klarlagt att Skanska inte ensamt uppfyller skall-kraven i p. 3.3. Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags yrkesmässiga kapacitet. Vidare anges i denna bestämmelse att leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har Skanska åberopat Dykeriets yrkesmässiga kapacitet genom att ha tagit upp Dykeriet och Dykeriets referensuppdrag i sitt anbud. Såvitt framkommit i målet lämnade Skanska åtagandet från Dykeriet till SGU efter att upphandlingens anbudstid löpt ut. Förvaltningsrätten finner, med hänsyn till det som åberopats i målet, inget att anmärka på innehållet i Dykeriets åtagande. Den fråga som förvaltningsrätten har att pröva är om åtagandet lämnats in i tid.

I 11 kap. 12 § LOU anges ingen tid inom vilken leverantören ska tillhandahålla åtagandet eller på annat sätt visa att den förfogar över nödvändiga resurser. I Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2013 i mål nr 240-

13 godtogs en anbudsgivares komplettering av anbudet i form av ett samarbetsavtal. I nämnda mål inkom anbudsgivaren med samarbetsavtalet under handläggningen i kammarrätten, dvs. efter anbudstidens utgång. I Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2011 i mål nr 3454-10 ansågs en leverantör inte ha visat att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

Enligt 11 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten, innan kontrakt tilldelas, kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits. Vidare framgår av 11 kap. 10 § LOU att om en upphandlande myndighet har ställt krav på en leverantörs yrkesmässiga kapacitet ska den kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§. Enligt förvaltningsrättens tolkning medför 11 kap. 1, 10 och 12 §§ att den upphandlande myndighetens prövning före tilldelningsbeslutet innefattar, om en anbudsgivare åberopar ett annat företags yrkesmässiga kapacitet, en prövning om anbudsgivaren tillhandahållit ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visat att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

Denna tolkning överensstämmer med artiklarna 44.1 och 48.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG. I artikel 48.3 anges bl.a. att en ekonomisk aktör får vid behov utnyttja andra enheters kapacitet och att aktören i detta fall ska bevisa för den upphandlande myndigheten att aktören kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga. I artikel 44.1 anges bl.a. att kontrakt ska tilldelas efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörerna, som inte uteslutits, har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier som avses i artiklarna 47–52.

11 kap. 1, 10 och 12 §§ LOU innebär således att det i målet aktuella åtagandet skulle ha inkommit till SGU innan anbudstidens utgång. Åtagandet inkom dock efter att anbudstiden hade gått ut. I vissa fall kan dock ett anbud kompletteras efter att anbudstiden gått ut.

I 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I prop. 2006/07:128 s. 377 anges att denna bestämmelse ska tillämpas restriktivt. Bolaget har uppgett att Skanska inte redovisat i sitt anbud att det funnits ett åtagande från Dykeriet. SGU har inte invänt mot bolagets påstående. Förhållandet att Skanska hänvisat till Dykeriets kapacitet i anbudet innebär inte i sig att Skanska angett att det finns ett åtagande eller liknande från Dykeriet. Således kan Skanska inte anses ha uppgett i sitt anbud att det finns ett åtagande eller liknande från Dykeriet. Detta innebär att åtagandet som lämnades in efter anbudstidens utgång får anses utgöra en ny uppgift. Således är åtagandet inte en sådan komplettering som tillåts enligt 9 kap. 8 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att det ifrågavarande åtagandet inte lämnats in före anbudstidens utgång och att det inte kan anses vara en tillåten komplettering. Detta innebär att Skanska inte åberopat Dykeriets yrkesmässiga kapacitet på det sätt som LOU föreskriver. Tidigare har konstaterats att Skanska inte själv uppfyllt skall-kraven i p. 3.3 i anbudsföreläret. Således har SGU brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att ha utvärderat Skanskas anbud trots att det inte uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingen.

Skada

Bolaget har påstått att det hade tilldelats kontraktet om Skanskas anbud hade förkastats och att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada. SGU har inte invänt mot bolagets påstående varför påståendet får tas för gott. Bolaget får således anses åtminstone riskera att lida skada till följd av de konstaterade bristerna i upphandlingen. Mot bakgrund av att SGU brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och att detta medfört att bolaget riskerat att lida skada finns enligt 16 kap. 6 § LOU grund för ingripande mot upphandlingen. Eftersom bristerna i upphandlingen inte påver-

kat det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny prövning av anbuden genomförs. Ansökan ska därför bifallas.

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

Peter Lif
rådman

Målet har föredragits av Anderz Eriksson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.