



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Förvaltningsrättsnotarien
 Katarina Lindqvist

DOM
 2018-01-31
 Meddelad i Falun

Mål nr
 4577-17

SÖKANDE

Lemminkäinen Sverige AB, 556297-5143
 Svetsarvägen 24
 171 41 Solna

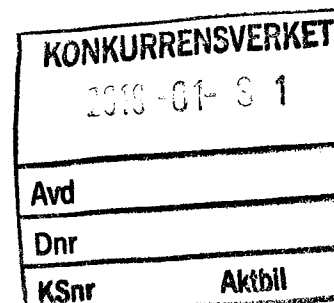
Ombud: Maria Krantz
 TED Law AB
 Norrtullsgatan 6
 113 29 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 210640

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

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

Telefax
 023-383 00 80

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

YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför en upphandling av totalentreprenad avseende ”broar över raviner för ny E10 inom Kiruna kommun” (ärende nr CTM id 164 397). I de administrativa föreskrifterna, vilka är daterade den 14 juni 2017, anges att upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen avser utförande av två stycken ravinbroar med tillhörande arbeten efter ny E10 inom Kiruna kommun. Trafikverket beslutade den 11 oktober 2017 att tilldela totalentreprenad till Graniittirakennus Kallio Oy (GRK).

Lemminkäinen Sverige AB (Lemminkäinen) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett. Rättelse ska ske på så sätt att utvärderingen ska göras om utan beaktande av vinnande leverantörs anbud.

Trafikverket motsätter sig ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Lemminkäinen anfört är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller annan bestämmelse i LOU och detta medfört att Lemminkäinen lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). 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 (4 kap. 1 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1

kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Vad parterna anför

Lemminkäinen anför bl.a. följande. Det framgår av avsiktsförklaringen i anbuds brevet att GRK:s dotterbolag AB Infra Polar ska utföra kontraktssenliga arbeten för det fall GRK antas som anbudsgivare. Anbud har således lämnats av moderbolaget för dotterbolagets räkning med avsikt att överlåta uppdraget på dotterbolaget. Byte av leverantör får inte ske under själva upphandlingen. Dotterbolaget har varken kvalificerats eller utvärderats i upphandlingen. GRK har inte åberopat dotterbolagets kapacitet för att uppfylla kontraktet och dotterbolaget har inte heller lämnat en sådan försäkran som krävs för att bolagets kapacitet ska kunna åberopas. Trafikverket har således utvärderat och antagit en leverantör men har för avsikt att tilldela kontraktet till en annan leverantör som inte utvärderats i upphandlingen. Förfarandet strider mot 4 kap 1 § LOU, likabehandlingsprincipen samt de administrativa föreskrifterna i punkt AFB.5.

Av organisationsplanen framgår att flera positioner av nyckelpersoner är tillsatta av personal från dotterbolaget. GRK:s anbud måste därför åtminstone anses ha lämnats gemensamt med dotterbolaget. Ett gemensamt anbud ska uppfylla kraven för konsortium. Eftersom anbudet endast har lämnats av GRK utan underskrifter från dotterbolaget och det saknas intyg

om solidariskt ansvar uppfyller inte anbudet formkraven för konsortium i de administrativa föreskrifterna i AFB.3.

Vidare uppfyller anbudet inte stipulerade krav på anbudslämnande. GRK har bifogat två referensuppdrag. Referensuppdrag B uppfyller inte kravet på liknande svårighetsgrad avseende brobyggnationer. Upphandlingen avser två längre balkbroar. Av referensuppdrag B framgår att GRK har utfört turborondeller med tillhörande rambroar som är av betydligt enklare konstruktion såväl avseende design som utförande. Referensuppdrag B kan därför inte anses uppfylla kravet i upphandlingen på liknande svårighetsgrad avseende brobyggnationer.

Referensuppdrag A är inte undertecknat av beställaren. Bolaget har istället i bilagan skrivit in namnteckningen digitalt i Word. Av upphandlingens administrativa föreskrifter punkt AFB.522 framgår att anbudsgivare visar att kravet avseende genomfört referensuppdrag är uppfyllt genom att med anbud inge bevis i form av en skriftlig redovisning där vissa minimikrav ställs på redovisningen. I och med att referensuppdrag B saknar undertecknande uppfyller inte GRK det formella kravet på intyget och beställaren kan inte anses ha intygat att entreprenaden utförts av GRK på ett tillfredställande sätt. Det saknades därför vid anbudstillfället bevis för att referensuppdrag A utförts av GRK. Samtliga krav som ställts upp i upphandlingen är inte uppfyllda av GRK. Att anta en leverantör som inte uppfyller samtliga krav strider mot likabehandlingsprincipen. Genom att anta GRK:s anbud lider eller riskerar Lemminkäinen att lida skada varför upphandlingen ska rättas.

Trafikverket anför bl.a. följande. Trafikverket har rätteligen tilldelat GRK uppdraget eftersom deras anbud har lägst pris och bolaget ensamt uppfyller samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen. Trafikverket avser att teckna avtal med GRK. Det råder inga möjligheter, avsikter eller förutsättningar att överlåta kontraktet till annan part. Vinnande anbudsgivare har inte denna

möjlighet, varken i upphandlingen eller under kontraktfasen. Det framkommer inte heller något som tyder på att vinnande anbudsgivare avser överlåta kontraktet på annan part och anbudet är inte heller att anse som ett konsortium. Hur GRK väljer att organisera sitt arbete för att uppfylla sina kontraktsförpliktelser är en företagsangelägenhet.

Trafikverket anser vidare att båda referensuppdragen är giltiga. Referensuppdrag B avser arbeten med fem stycken broar. Tre av broarna i referensuppdraget motsvarar åtminstone nivån av komplexitet på broarna i upphandlingen och är av en högre komplexitet med anledning av att entreprenören behövt beakta trafikerad miljö. Upphandlingen rör broar med låg, fri höjd, fast mark och utan övriga aspekter som kräver särskild teknisk hänsyn. Uppdraget är av enklare art än anbudsgivarens referensuppdrag och referensuppdrag B måste således anses uppfylla kraven om likvärdigt uppdrag. Inga formkrav har handskrivna namnteckningar uppställt i upphandlingen vid intygande av referensuppdrag. Det kan inte anses proportionerligt att förkasta en anbudsgivare som undertecknat sitt referensuppdrag digitalt istället för handskrivet. Vinnande anbudsgivare har, i enlighet med syftet med angivande av referens, uppgett kontaktuppgifter till referenspersonen och därigenom vidimerat sina referensuppgifter. Om avsaknaden av handskrivna namnteckningar anses vara en brist som föranleder en rättelse så bör det räcka med att Trafikverket utför en ny utvärdering av samtliga anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Uppdragets utförande och Trafikverkets kontraktspart

Lemminkäinen gör gällande att vinnande anbudsgivares dotterbolag är att anse som Trafikverkets kontraktspart mot bakgrund av att dotterbolaget kan komma att utföra arbete inom ramen för upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Trafikverket antagit GRK:s anbud som vinnande anbud. Trafikverket har inte uppställt krav i upphandlingen som begränsar leverantörens rätt att överlåta arbete åt underleverantör. Förvalt-

ningsrätten anser inte att Lemminkäinen visat att Trafikverket avser tilldela kontraktet till annan leverantör än vinnande anbudsgivare. Den omständigheten att Trafikverket inte utvärderat GRK:s dotterbolag inför tilldelningsbeslutet kan därför inte anses utgöra en överträdelse av LOU. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan Trafikverket därför inte anses ha handlat i strid med likabehandlingsprincipen när de tilldelat GRK kontraktet utan att utvärderat dotterbolagets kapacitet.

Kravet på ingivande av referensuppdrag

I den i målet aktuella upphandlingen ska anbudsgivare som en del av anbudet kunna uppvisa minst ett utfört referensuppdrag avseende brobyggnationer. I upphandlingens administrativa föreskrifter anges följande:

AFB.522 Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga

Anbudsgivaren ska ha teknisk, yrkesmässig kapacitet och förmåga som är tillräcklig för aktuellt uppdrag.

Anbudsgivare ska därmed som ansvarig kontraktspart ha genomfört minst ett (1) godkänt och avlämnat uppdrag av liknande svårighetsgrad avseende brobyggnationer under de senaste 5 åren.

Referensuppdrag ska varit totalentreprenad och ha berörts av vägtrafik och ha en kontraktssumma om minst SEK 30 000 000.

Anbudsgivare visar att kravet avseende genomfört referensuppdrag är uppfyllt genom att med anbud inge bevis i form av en skriftlig redovisning, där det minst ska framgå:

- Vilket uppdrag som utgör referensuppdrag för anbudsgivaren
- Uppdragsgivare inklusive kontaktperson/kontaktuppgifter
- Referensuppdragets kontraktssumma
- Översiktlig omfattning
- Uppdragsperiod fr.o.m. - t.o.m.

Ifylld Bilaga Intyg Krav enligt AFB.522

Lemminkäinen har anfört att referensuppdrag A saknar egenhändig namnteckning och därmed inte uppfyller kravet på skriftlig redovisning.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.

En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se HFD, dom 2016-05-20, mål 2691-15).

I det aktuella fallet har kravet i AFB.522 om att inge bevis i form av en skriftlig redovisning utformats som ett obligatoriskt krav. Syftet har varit att upphandlande myndighet skulle kunna bedöma leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I den bilaga som kravet hänvisar till framgår att behörig representant för beställaren med namnteckning intygar att entreprenaden utförts på ett tillfredställande sätt. Förvaltningsrätten anser att kravet i AFB.522 får uppfattas som ett obligatoriskt krav om att bilagan ”Intyg Krav enligt AFB.522” ska vara ifylld. GRK har genom att lämna in ett referensuppdrag (referensuppdrag A) som inte undertecknats av representanten för beställaren avvikit från uppgifterna i bilagan. Det aktuella kravet har gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för Trafikverket. Kravet om ett intygande om utfört referensuppdrag från beställaren har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses oproportionerligt. Det får således anses vara visat att vinnande anbudsgivare genom enbart referensuppdrag A inte uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga.

Lemminkäinen gör även gällande att referensuppdrag B inte uppfyller kravet på liknande svårighetsgrad avseende brobyggnationer eftersom det avser betydligt enklare brokonstruktioner. Referensuppdraget i fråga avser en totalentreprenad om 65 miljoner kronor. Det rörde sig om arbeten med fem stycken broar, 4 km väg- och gatukonstruktioner samt bullerskydd. Den entreprenad som upphandlingen avser omfattar endast uppförande av två stycken ravinbroar. Trafikverket har även lyft fram att entreprenören vid referensuppdragets utförande behövt beakta omständigheter så som trafikerad miljö, vilket bidrar till högre komplexitet i förhållande till upphandlingen. Förvaltningsrätten anser, i likhet med vad Trafikverket anfört, att även de yttre omständigheter och aspekter som kräver särskild teknisk hänsyn som entreprenören har haft att beakta bör få betydelse i bedömningen av likvärdig komplexitet avseende brobyggnationer och inte endast brokonstruktionen. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till uppdragets beskrivningar och värden att Lemminkäinen inte har förmått visa att det aktuella referensuppdraget inte är ett sådant uppdrag av likvärdig omfattning och komplexitet som föreskrivs i punkten AFB.522. Det får således anses att den vinnande anbudsgivarens åberopade referensobjekt B motsvarar de obligatoriska krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att Lemminkäinen framfört omständigheter som visar att Trafikverket har förfarit i strid med någon av de upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Lemminkäinen lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Lidman
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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-postadress, 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.