



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-05-06
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
385-16

SÖKANDE

Demcom Demolition AB, 556588-1843

Ombud:

Advokat Richard Sahlberg
Jur.kand. Linnea Gustafsson
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818
Swedavia Arlanda Airport
190 45 Stockholm-Arlanda

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2016-05-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 178712

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Swedavia AB (Swedavia) har genomfört en upphandling benämnd "Rivning av byggnad 922 m.m. vid Stockholm Arlanda Airport", SDA 2015-001089. Swedavia har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från **NKR Demolition Sweden AB** (NKR).

Demcom Demolition AB (Demcom) ansöker om överprövning av Swedavias upphandling. Demcom yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Swedavia vid ny anbudsutvärdering, utan beaktande av NKR:s anbud samt anbuden från anbudsgivarna som placerat sig som nummer 2-4, antar Demcoms anbud såsom det anbud med lägst anbudssumma. Demcom yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Demcom i huvudsak följande.

Anbudsgivarna, **NKR**, **Normans i Jönköping AB** (Normans), **Swerock AB** (Swerock) och **AF Härnösand Byggreturer AB** (Byggreturer), vilka placerats som nummer 1-4 enligt tilldelningsbeslutet, har inte inkluderat samtliga ingående moment i rivningsentreprenaden vid inlämnande av anbudspris. Genom att kvalificera och sedermera utvärdera anbudsgivarna som placerats som nummer 1-4 har Swedavia agerat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen. Eftersom Demcoms anbud är det enda rena, då det inkluderat samtliga moment i rivningsentreprenadens omfattning, ska upphandlingen rättas så att det konstateras vara det lägsta i upphandlingen.

Enligt anbudsfrågan ska anbudsgivaren lämna uppgift om slutlig mottagare av rivningsmassor. Detta följer även av skall-kravsformuläret och har

sålendes stor betydelse i upphandlingen. Kravet är inte särskilt vanligt förekommande i branschen och har därmed tillmätts särskild vikt. Med "slutlig mottagare" måste, för den rimligt informerade och normalt omsorgsfulle anbudsgivaren, förstås slutligt fastställd mottagare av rivningsmassorna. Konsekvensen av att kravet utgör ett skall-krav är att en anbudsgivare inför anbudsinslämning måste säkra upp en mottagare i förväg, vilket medför merkostnader. Uppställandet av skall-kravet ifråga innebär att en anbudsgivare som angett slutlig mottagare, såsom Demcom har gjort, också har tagit höjd för detta i sitt anbud. Demcom har inför anbudsinslämnandet fått försäkra sig om att mottagare och mottagningar har varit tillgängliga och redo inom angiven tidsram för det fall Demcom vinner upphandlingen.

Den vinnande anbudsgivaren NKR har inte angett slutlig mottagare av rivningsmassorna. I de fall mottagare har angetts har det förekommit reservationer ("eller likvärdigt"). Likaså är Normans anbud orent, eftersom inte heller Normans angett slutlig mottagare av rivningsmassorna. Normans har istället uppgett tilltänkt mottagare. Också Byggreturers anbud är orent eftersom inte slutlig mottagare angetts.

Även Swerocks anbud är orent. Swerocks anbud uppfyller inte skall-kravet avseende redovisning av tre referensobjekt. Enligt anbudsfrågan ska redovisningen bl.a. innehålla uppgift om upphandlings- och entreprenadform, utförandetid (start år-månad, färdigställt år-månad) och ersättningsform. Swerocks bifogade referenslista saknar dessa uppgifter. Beträffande tid har endast en uppgift, som får förstås gälla för samtliga uppdrag som helhet, lämnats enligt följande: "ÅR 2015–2010". Eftersom Swerock inte närmare angett utförandetiden kan åberopade referensuppdrag härröra från i början av 2010, vilket är i strid med att uppdragen ska vara högst fem år gamla. Att inte ange utförandetid i form av vilken månad uppdraget startade respektive färdigställdes, om det är genomfört, får konsekvensen att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan fastställa att kvalifikationskravet

uppfyllts. Kravet på utförandetid fyller en nämndvärd funktion i upphandlingen och det är således proportionerligt att stå fast vid kravet. Det kan vidare noteras att inte heller NKR har uppfyllt kraven på redovisning av referensobjekt eftersom det saknas uppgifter om ersättningsform. Detta utgör en avvikelse från skall-kravet varför anbudet även på denna grund rätteligen skulle ha förkastats.

I Swerocks anbud finns även brister vad gäller återopad kapacitet. Det har uppgetts att referenser ”speglar dels uppdrag som utförts av Rå Riv & Entreprenad AB samt erfarenhetsvärden som är direktkopplade till medarbetare i Rå Riv & Entreprenad AB”. Det är oklart hur detta ska förstås och det är irrelevant för återopande av annans kapacitet vad dess nuvarande anställda har utfört vid tjänstgöring hos tredje man. Det har inte inkommit någon form av bevisning som styrker att Swerock förfogar över annans kapacitet i enlighet med 11 kap. 5 § LUF. Det kan även ifrågasättas om det är proportionerligt att återropa annans kapacitet i en upphandling som denna.

Swedavia har i målet ifrågasatt Demcoms anbud. Beträffande kravet att ange uppgift om upphandlings- och entreprenadform får det understrykas att Demcom har angett uppgift om entreprenadform, vilket utgör den i förhållande till det bakomliggande kravet relevanta uppgiften. Uppgift om upphandlingsform saknar koppling till det bakomliggande kravet och tillmäts därutöver ingen vikt vid utvärderingen eller upphandlingen i stort. Det rör sig enbart om ett formellt informationslämnande utan betydelse för upphandlingsföremålet. Om avsaknad av uppgift ska anses vara en brist strider det mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet.

Demcom har lidit skada till följd av att Swedavia handlat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF och framför allt principerna om likabehandling och ickediskriminering. Om

Swedavia hade agerat i enlighet med LUF och de unionsrättsliga principerna, hade Demcoms anbud antagits.

För det fall förvaltningsrätten inte finner anledning att förordna om rättelse gör Demcom gällande att upphandlingen ska göras om eftersom det inte på ett entydigt sätt klargjorts vad som avses med "slutlig mottagare av rivningsmassor". Mot denna bakgrund har anbudsgivarna inte kunnat lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud, varpå skall-kravets otydlighet har inneburit att upphandlingens konkurrenssökande skede drabbats.

Swedavia bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Swedavia har inte brutit mot någon bestämmelse i LUF varför grund för överprövning enligt 16 kap. 6 § LUF inte föreligger.

Såsom framgår av anbudsförfrågan har entreprenaden innefattat miljöriktigt omhändertagande av rivningsmassor. Swedavia har i anbudsförfrågan under rubriken "Anbud" samt i Skallkravsformulär under rubriken "Krav på bilaga 7.4" angett att anbudsgivare ska ange uppgift om slutlig mottagare av rivningsmassor. Angivandet av slutlig mottagare har angetts på detta sätt för att poängtera att det är det miljöriktiga omhändertagandet av rivningsmassorna som ska anges, inte endast borttransporten av rivningsmassorna. Angivandet av slutlig mottagare av rivningsmassorna syftar till att säkerställa och poängtera vikten av att rivningsmassorna slutligen tas om hand. Det är att tolka in för mycket i kravet att en anbudsgivare skulle vara tvungen att säkra upp en specifik mottagare i förväg. Demcoms tolkning att en slutligt fastställd mottagare av rivningsmassorna ska anges går inte att utläsa av ordalydelsen och har inte heller i övrigt stöd i förfrågningsunderlaget. Enligt Swedavia är det uppenbart att tolkningen för den rimligt informerade och normalt omsorgsfulle anbudsgivaren är just så som övriga anbudsgivare uppfattat kravet, dvs. att möjlig slutmottagare av rivningsmassorna ska anges. Att vissa anbuds-

givare har lämnat öppet för alternativ till angiven mottagare innebär inte en reservation mot skall-kravet då det inte har funnits något krav på att mottagaren ska vara fastställd. Samtliga anbudsgivare som har placerat sig före Demcom i utvärderingen har uppfyllt det aktuella kravet.

När det gäller redovisningen av referensobjekt är syftet att anbudsgivarna kan visa att de har resurser och erfarenhet av att genomföra rivningsentreprenader med miljöriktigt omhändertagande av rivningsmassor. Vidare har redovisningarna till syfte att visa att anbudsgivaren uppfyller kvalifikationskraven beträffande resurser och erfarenhet. Det skulle således vara oproportionerligt att förkasta anbud som inte innehåller uppgift om ersättningsform eller exakt vilken månad som ett uppdrag har startat. De aktuella kraven uppfyller ingen nämnvärd funktion och går utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen. Avvikelserna i det vinnande anbudet samt i Swerocks anbud är oväsentliga (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12). Syftet med angivande av utförandetid har varit att kontrollera att referensobjekten har utförts i närtid. De mindre avvikelser som gjorts gällande innebär inte att konkurrensen blir snedvriden (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 april 2015 i mål nr 652-15).

Det ska noteras att inte heller Demcom har uppfyllt de krav som ställs i Anbudsförfrågan. Uppgift om upphandlingsform saknas. Även här har Swedavia ansett att det skulle vara oproportionerligt att förkasta Demcoms anbud. Demcom har inte visat att det finns något fel i upphandlingen som på ett konkret sätt medför att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Demcoms påstående om bristande skall-kravsuppfyllelse medför att anbudsgivare 1–4 borde ha uteslutits, skulle även Demcoms anbud ha uteslutits. Demcom kan därmed inte anses lida skada genom de påstådda överträdelserna mot LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att ingripa mot Swedavias upphandling utifrån de grunder som Demcom fört fram i målet.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 1 kap. 24 § LUF ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Det följer av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF och EU-rättslig praxis att en anbudsgivare måste uppfylla samtliga skall-krav i ett förfrågningsunderlag för att kvalificera sig till en anbudsutvärdering. Samtliga anbudsgivare ges därigenom lika förutsättningar att få delta i en anbudsutvärdering. Den upphandlande myndigheten får inte ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom ett sådant agerande skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Ett anbud ska dock inte förkastas om detta skulle vara oproportionerligt. Proportionalitetsprincipen innebär i detta sammanhang att den uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 1547-14 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014 i mål nr 897-14). Enligt förvaltningsrättens uppfattning får dock möjligheterna att frångå obligatoriska krav i en upphandling anses begränsad och främst ta sikte på oväsentliga avvikelser.

Sex anbud har utvärderats i upphandlingen. Demcom har kommit på plats nummer fem i utvärderingen, men har anfört att anbuden från de fyra anbudsgivarna med högre placering inte uppfyllt skall-kraven. Gemensamt för NKR:s, Normans och Byggreturers anbud är enligt Demcom att de inte uppfyllt skall-krav på att ange slutlig mottagare av rivningsmassor. Swerocks anbud har enligt Demcom inte uppfyllt skall-krav på redovisning av de tre referensobjekten eftersom inte efterfrågade uppgifter lämnats, vilket även åberopas för NKR:s del. Swerock synes också vid redovisning av referensuppdrag åberopa annans kapacitet utan att lämna in bevis för att Swerock förfogar över denna kapacitet.

I upphandlingen har ställts krav på att uppgift ska lämnas om slutlig mottagare av rivningsmassor. Kravet är enligt förvaltningsrättens uppfattning tydligt och avser den aktör hos vilken massorna slutligt tas om hand. Kravet brister således inte i transparens. Som Demcom påpekat kan NKR, Normans och Byggreturer inte anses ha redovisat slutlig mottagare av rivningsmassor på ett tillräckligt tydligt sätt eftersom det inte framgår vilken eller vilka aktörer som slutligt kommer att ta hand om rivningsmaterialet. Enligt förvaltningsrättens mening kan en upphandlande enhet inte efterge ett skall-krav så som det aktuella. Vidare saknas uppgifter i NKR:s och Swerocks anbud vad gäller referenskrav och det finns också, såvitt gäller Swerocks anbud, en tveksamhet vad gäller frågan om annans kapacitet åberopas. Swerock har inte lämnat in bevis för att det förfogar över kapacitet hos Rå Riv & Entreprenad AB.

I målet har emellertid framkommit att inte heller Demcom uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på lämnande av uppgifter, i det här fallet uppgifter om referensuppdrag. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är Swedavia berättigat att åberopa denna brist i målet hos förvaltningsrätten bl.a. med hänsyn till likabehandlingsprincipen (se Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12, jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom

den 14 november 2013 i mål nr 4224-13 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 mars 2016 i mål nr 2484-15). Dessutom tillkommer att en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att vid en ny utvärdering göra en annan bedömning av i vilken utsträckning inlämnade anbud uppfyller skall-krav, även ifråga om anbud som tidigare ansetts kvalificerade.

Det uppgifter om referensuppdragen som utelämnats i Demcoms anbud avsåg vilket slags upphandlingsform (enligt förfrågningsunderlagets AFB.11 t.ex. delad entreprenad, generalentreprenad eller samordnad entreprenad) som varit aktuell. Det saknades därmed efterfrågade uppgifter om genomförandet av de uppdrag som åberopats. Demcom har således inte för egen del uppfyllt upphandlingens skall-krav, varför Swedavia inte kan anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen i förhållande till Demcom på ett sätt som Demcom skulle kunnat lida skada av. Skäl saknas därför att ingripa mot Swedavias upphandling. Demcoms ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Emil Boqvist
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



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.