

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009 -12- 10
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3875-09
Rotel 5

SÖKANDE

Boskalis Sweden AB, 556240-0050
Vassgatan 3 D
415 02 Göteborg

Ombud: Advokat Gunnar Lindgren
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

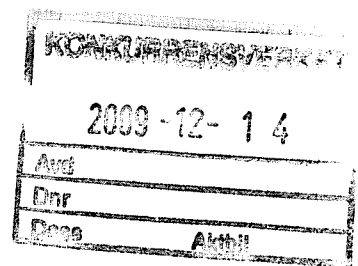
SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten interimistiska beslut av den 20 november 2009 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 87696

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Genom tilldelningsbeslut gällande upphandlingen ”Insegling till Norrköpings hamn – Muddring” daterat den 11 november 2009 informerade Sjöfartsverket om att Van Oord har det lägsta jämförelsepriset och att Van Oords anbud kommer att antas.

Boskalis Sweden AB (nedan Boskalis) ansöker om överprövning av Sjöfartsverkets tilldelningsbeslut av den 11 november 2009 avseende upphandlingen ”Insegling till Norrköpings hamn- Muddring”. Boskalis yrkar i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på det sätt att Boskalis anbud tas upp till prövning. I andra hand yrkar Boskalis att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Boskalis bl.a. följande. Såsom Boskalis tolkar länsrättens domskäl i mål nr 2753-09 E är det länsrättens uppfattning att det står i strid med förfarandet som beskrivs i 11 kap. 1 och 12 §§ LOU att inge moderbolagsgaranti i samband med kontraktstecknande. Boskalis delar inte denna uppfattning. LOU är en skyddslagstiftning för anbudsgivarna och det är utifrån det syftet som bestämmelserna i 11 kap. 1 och 12 §§ LOU måste läsas. 11 kap. 12 § LOU är en bestämmelse som begränsar en upphandlande myndighets möjligheter att ställa upp krav på att anbudsgivaren ska ha egen teknisk och ekonomisk kapacitet för att utföra uppdraget. Om en anbudsgivare kan visa att han förfogar över andra företags resurser så får inte den upphandlande myndigheten förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudsgivaren själv (se prop. 2006/07:128 s. 245). Syftet med bestämmelsen är däremot inte att begränsa den upphandlande myndighetens möjligheter att därutöver tillåta en anbudsgivare att på andra sätt visa att man uppfyller eventuella krav. Därvid kan också påpekas att det i rättspraxis har ansetts att uttrycken ”verifiera” och ”verifierat” i ett förfrågningsunderlag inte har inneburit något annat än att det var

tillräckligt att anbudsgivaren själv lämnade de efterfrågade uppgifterna (se exempelvis Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1606-09). Det finns ingen anledning att tolka uttrycket "visa" i 11 kap. 12 § LOU som att detta skulle förhindra en upphandlande myndighet att acceptera anbudsgivarens egen utfästelse som tillräcklig. Detta inte minst eftersom en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att ifrågasätta uppgifterna i ett anbud (se exempelvis Kammarrätten i Sundsvall dom i mål nr 3243-04). Eftersom en upphandlande myndighet inte behöver ställa några krav på teknisk eller ekonomisk kapacitet på anbudsgivarna vore en annan tolkning än den som redovisas ovan orimlig. Det får anses vara en märklig ordning om LOU ställde krav på att en upphandlande myndighet måste kräva att en anbudsgivare ska visa sina kapacitet på ett visst sätt, när lagen samtidigt inte ställer upp något krav på att den upphandlande myndigheten behöver ställa några kapacitetskrav alls på anbudsgivarna. Det är bland annat av den anledningen Boskalis uppfattning att 11 kap. 12 § LOU måste tolkas som att den innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på anbudsgivare än vad som följer av bestämmelsen, men att den inte hindrar den upphandlande myndigheten från att ställa lägre krav än vad bestämmelsen anger. – För det fall LOU, trots vad som redovisats ovan, skulle anses ställa krav på att en moderbolagsgaranti ska inges med anbudet är uppenbart att föreskriften i punkt 7.2 i Kontraktsformuläret, att moderbolagsgarantin ska överlämnas i samband med kontraktstecknandet, står i direkt strid med LOU. Sjöfartsverkets förfrågningsunderlag har varit vilseledande då det har stått i strid med LOU. Boskalis har självfallet inte haft att upptäcka denna brist utan har rätt att förlita sig på förfrågningsunderlagets riktighet. Upphandlingen brister annars i förutsägbarhet och transparens. Av Sjöfartsverkets agerande i upphandlingen, av verkets argumentation i länsrätten avseende Van Oords begäran om överprövning och i överklagandet av länsrättens dom framgår tydligt att Sjöfartsverkets avsikt i förfrågningsunderlaget har varit helt i överensstämmelse med Boskalis tolkning av detsamma, det vill säga att moderbolagsgarantin skulle över-

lämnas i samband med ett eventuellt kontraktsskrivande och inte bifogas med anbudet. Det kan också konstateras att Boskalis tolkning av förfrågningsunderlaget är den enda logiska. Om moderbolagsgarantin skulle inges med anbudet så fanns det naturligtvis ingen anledning att föreskriva att den skulle överlämnas med kontraktsskrivandet, eftersom den i så fall redan fanns hos Sjöfartsverket. Länsrätten för i och för sig i mål nr 2753-09 E ett resonemang kring vissa texter i bilaga 2 som antyder att länsrätten anser att det av dessa texter följer att moderbolagsgarantin ska inges med anbudet. Boskalis har dock svårigheter att förstå länsrättens resonemang i dessa delar, särskilt hur det faktum att det i bilagan anges att ett moderbolags omsättning får räknas in i dotterbolagets omsättning om moderbolaget lämnar en moderbolagsgaranti innebär att denna moderbolagsgaranti måste bifogas anbudet. Länsrätten förefaller vidare ha förbisett att föreskrifterna enligt handlingen Kontraktsformulär gäller före alla andra föreskrifter i övriga handlingar (se punkten 2.3 Kontraktsformuläret jämförd med punkten 2.1 i densamma). Enligt såväl Sjöfartsverkets som Boskalis inställning finns i detta fall ingen motstridighet mellan handlingarna, eftersom det inte angetts i annan handling att moderbolagsgarantin ska inges före tidpunkten för kontraktets undertecknande. Skulle någon sådan motstridighet föreligga ska dock föreskrifterna i "kontraktet" gälla före i annan handling ingiven föreskrift. Den gällande föreskriften är därmed att moderbolagsgarantin ska överlämnas först vid kontraktstecknandet. Även av punkt 1.6 i handlingen "Anbudsvillkor" framgår att moderbolagsgarantin inte ska inges med anbudet. I den aktuella punkten anges att beställaren i förekommande fall har rätt att begära och erhålla garantier för entreprenörens fullgörande av sina åtaganden från entreprenörens moderbolag. Av texten framgår att ett utställande av moderbolagsgaranti är något som kommer att begäras först i ett senare skede, det vill säga efter ingivandet av anbudet. Anbudsvillkoren ligger på andra plats i rangordningen av handlingar. - Bokalis har drabbats av skada eftersom Sjöfartsverkets förfrågningsunderlag har förmått Boskalis att agera på ett sådant sätt att bolagets anbud därefter har

förkastats. – Sammanfattningsvis är det Boskalis uppfattning att länsrätten i det nu föreliggande målet har att ta ställning till följande frågor. Ställer LOU krav på att en moderbolagsgaranti måste ges in i anbudsstadiet? Ställer förfrågningsunderlaget krav på att moderbolagsgarantin måste ges in i anbudsstadiet? Anger förfrågningsunderlaget att moderbolagsgarantin får ges in i ett senare skede?

Sjöfartsverket bestrider bifall till Boskalis begäran om överprövning och anför i huvudsak följande. I mål nr 2753-09 E gjorde länsrätten följande bedömning. ”Enligt länsrätten är ”moderbolagsgaranti” ett bevis för att moderbolaget garanterar att åtagandena enligt kontraktet kommer att fullföljas. För att uppfylla kraven enligt förfrågningsunderlaget skulle således anbudsgivare vid lämnande av anbud bifoga moderbolagsgaranti i den mån moderbolagets omsättning åberopades.” Länsrätten fann således ingen otydlighet eller något vilseledande i *Sjöfartsverkets* förfrågningsunderlag. Om länsrätten har bedömt att här aktuell upphandling hade genomförts i strid med LOU skulle länsrätten naturligtvis i mål nr 2753-09 E ha förordnat att upphandlingen skulle göras om i enlighet med förstahandsyrkandet. Genom beslut den 26 oktober 2009 i mål nr 2979-09 beslutade Kammarrätten i Jönköping att inte meddela prövningstillstånd. Såväl länsrätt som kammarrätt har således genom lagakraftvunna avgöranden bedömt att *Sjöfartsverkets* förfrågningsunderlag tydligt anger att moderbolagsgaranti ska inges tillsammans med anbudet. De ståndpunkter *Sjöfartsverket* framförde i mål nr 2753-09 E saknar nu betydelse eftersom länsrätt och kammarrätt genom lagakraftvunna domar talat om vad som ska gälla. *Sjöfartsverket* vill också påminna om att Boskalis valt att inte ställa kompletterande frågor innan anbudstidens utgång.

Boskalis anför i yttrande bl.a. följande. I sin inlaga gör *Sjöfartsverket* gällande att länsrätten, vid den tidigare prövning, inte har funnit någon otydlighet eller vilseledande i *Sjöfartsverkets* förfrågningsunderlag, utan att

såväl länsrätt som kammarrätt genom lagakraftvunna avgöranden bedömt att Sjöfartsverkets förfrågningsunderlag ”tydligt” anger att moderbolagsgaranti ska inges med anbudet. Boskalis kan bara konstatera att vad Sjöfartsverket anför inte finner stöd i länsrättens domskäl. Vad avser frågan om otydlighet eller vilseledande i förfrågningsunderlaget har detta inte varit uppe till prövning tidigare eftersom detta inte utgjorde någon omständighet som fördes fram av parterna i det tidigare målet. Länsrättens bedömning i målet synes vidare i huvudsak ha varit att det följer av LOU att moderbolagsgaranti skulle ha ingivits med anbudet, eftersom den prövning av anbudsgivaren som ska ske enligt 12 kap. 1 § LOU annars inte kan göras. – Med hänsyn till att förfrågningsunderlaget tydligt angav att moderbolagsgarantin skulle överlämnas i samband med kontraktstecknandet fanns ingen anledning för Boskalis att ställa någon fråga i denna del. Därtill måste Boskalis påpeka att situationen knappast hade förändrats om Boskalis under anbudstiden hade frågat Sjöfartsverket när moderbolagsgarantin skulle överlämnas. Svaret från Sjöfartsverket på denna hypotetiska fråga får antas ha blivit detsamma som Sjöfartsverket redovisade vid den tidigare prövningen av upphandlingen, det vill säga att moderbolagsgarantin skulle överlämnas i samband med kontraktsskrivning.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Aktuella lagrum

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Enligt 11 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten, innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap., kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har utslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

I 11 kap. 2 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–15 §§. Omfattningen av den information

som avses i 6–15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Aktuella delar av förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets *Anbudsvillkor, avsnitt 4.3* med rubriken Utvärderingens första steg, anges såvitt nu är av intresse följande.

”I utvärderingens första steg kommer anbudsgivarens status att utvärderas och kontrolleras. Underlag för utvärderingen är anbudsgivarens svar på skall-kraven i ’Bilaga 2 – Anbudsgivarens status’. Endast anbud, från anbudsgivare som uppfyller nedanstående krav (a–i), går vidare till utvärderingens andra steg.

d) Anbudsgivaren skall besitta erforderlig finansiell styrka för åtagandets genomförande. Bedömningen av kravuppfyllande baseras

dels på
anbudsgivarens årsomsättning. Anbudsgivaren skall, under de tre senaste åren eller den kortare tid verksamheten bedrivits, redovisa en årlig omsättning på minst cirka 500 000 000 (fem hundra miljoner) SEK för likvärdiga arbeten. Om anbudsgivaren är ett dotterbolag och moderbolaget genom moderbolagsgaranti garanterar ’att entreprenörens samtliga åtaganden enligt Kontraktet kommer att fullföljas’, får moderbolagets omsättning, på de verksamhetsgrenar upphandlingen avser räknas in i omsättningen.”

I *bilaga 2 till Anbudsvillkoren*, benämnd Anbudsgivarens status, anges såvitt nu är av intresse följande.

”I denna bilaga skall anbudsgivaren genom att bifoga nedanstående bevis redovisa att han,

- har en för uppdraget erforderlig omsättning, inom det verksamhetsområde som upphandlingen avser, under de tre senaste åren eller den kortare tid verksamheten bedrivits. Om anbudsgivaren är ett dotterbolag och moderbolaget genom moderbolagsgaranti garanterar ”att entreprenörens samtliga åtaganden enligt Kontraktet kommer att fullföljas”, får moderbolagets omsättning, på de verksamhetsgrenar upphandlingen avser räknas in i omsättningen. Den årliga omsättningen ovan skall vara minst cirka 500 000 000 (fem hundra miljoner) SEK.”

Sidan 8 i *Anbudsvillkor* har rubriken ANBUD (FORMULÄR) och avslutas med texten:

”Vårt anbud är giltigt t.o.m. 2009-09-30 inom vilken tid vi är beredda att teckna kontrakt i enlighet med kontraktsformuläret som ingår i förfrågningsunderlaget och att tillhandahålla all information och dokumentation som erfordras i samband därmed.”

Av punkten 2.1 i förfrågningsunderlagets *Kontraktsformulär* framgår att kontraktsformuläret tillsammans med bilagor har prioritet ett, att de allmänna villkoren daterade den 30 april 2009 har prioritet två samt att tekniska krav och specifikationer daterat den 30 april 2009 har prioritet tre.

Av punkten 2.1 i förfrågningsunderlagets *Kontraktsformulär* framgår följande. Kontraktshandlingarna avses komplettera varandra och vara ömsesidigt förklarande. Om det trots detta skulle förekomma motstridigheter eller fall av bristande konsekvens skall handlingarna gälla i den inbördes prioritetsordning som de är förtecknade ovan, förutsatt att omständigheterna inte uppenbarligen föranleder annat.

Av punkten 7.2 i förfrågningsunderlagets *Kontraktsformulär* framgår bl.a. följande. I samband med undertecknande av detta kontrakt skall entreprenören till beställaren i förekommande fall överlämna en moderbolagsgaranti från entreprenörens moderbolag. Moderbolagsgarantin skall vara utformad på svenska enligt formuläret i Bilaga 6.

Till förfrågningsunderlagets *Kontraktsformulär* har som bilaga 6 fogats Formulär för moderbolagsgaranti.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten har i förevarande mål att pröva om Sjöfartsverket brutit mot principerna i 1 kap. 9 LOU eller någon annan bestämmelse i lagen då Bo-

skalis anbud har förkastats på den grund att moderbolagsgaranti inte har bifogats Boskalis anbud *alternativt* om Sjöfartsverkets förfrågningsunderlag har varit vilseledande då det förfarande som angivits i förfrågningsunderlaget har stått i strid med LOU.

Av 11 kap. 1 och 12 §§ LOU följer att den upphandlande myndigheten innan kontrakt tilldelas ska kontrollera lämpligheten hos leverantörer med avseende på om leverantören visat om den kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Härav får anses följa att den upphandlande myndigheten inte på föreskrivet sätt kan kontrollera lämpligheten hos en leverantör som i fråga om ekonomisk kapacitet åberopat moderbolagsgaranti utan att foga sådan till anbudet.

Till förfrågningsunderlaget hör Anbudsvillkor och Kontraktsformulär med bilagor. I bilaga 2 till Anbudsvillkor anges att anbudsgivaren ”skall” redovisa att han har för uppdraget erforderlig omsättning genom att bifoga ”nedanstående bevis”. Därefter anges att ett moderbolags omsättning får räknas in i ett dotterbolags omsättning om moderbolaget genom ”moderbolagsgaranti” garanterar att åtagandena enligt kontraktet kommer att fullföljas. Av förfrågningsunderlaget framgår således att anbudsgivaren, för att uppfylla kraven enligt förfrågningsunderlaget, vid lämnande av anbud ska bifoga moderbolagsgaranti i den mån moderbolagets omsättning åberopas. Att det i punkt 7.2 i Kontraktsformuläret angivits att moderbolagsgarantin även ska utgöra bilaga till kontraktet är enligt länsrättens bedömning inte en sådan motstridighet eller bristande konsekvens mot uppgiften i bilaga 2 till Anbudsvillkoren att det i enlighet med punkt 2.1 och 2.3 i Kontraktsformuläret skulle föranleda att garantin inte ska lämnas i samband med lämnande av anbudet. Punkt 7.2 i Kontraktsformuläret kan inte heller enligt länsrättens bedömning anses strida mot principen om transparens eller proportionalitet eller någon annan av de grundläggande principerna som gäller för upphandling på sådant sätt att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Av det anförda följer således att Sjöfartsverket enligt länsrättens bedömning inte har brutit mot LOU när det uteslutit Boskalis anbud av den anledning att anbudet inte innehållit moderbolagsgaranti. Inte heller står förfrågningsunderlaget enligt länsrättens bedömning i strid med LOU. Grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed inte.

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



Marika Ericson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.