



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2016-10-12 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

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

Ombud: Advokaten Magnus Myrbäck och jur. kand. Sara Söderling
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Svenljunga kommun
512 80 Svenljunga

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Daniel Sjöholm
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Svenljunga kommun (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande avseenden tilldelning av entreprenadkontrakt gällande sanering av förorenad jord inom fastigheten Svenljunga 34:1 i centrala Svenljunga. Genom tilldelningsbeslut har kommunen antagit annan leverantör än RGS 90 Sverige AB (bolaget) och bolaget har ansökt om överprövning.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning

Objektet avser sanering av förorenad jord. Området, fastigheten Svenljunga 34:1, är en gammal industritomt där garveri och pälsberedning tidigare bedrevs av Skandinaviska Päls AB. Tidigare verksamhet har förorenat marken och Ätrans sediment med lösningsmedel, tungmetaller och PAH. Entreprenaden är en utförandeentreprenad. I entreprenaden ingår bl.a. schakt- och fyllningsarbeten, transport av förorenade massor till mottagningsanläggning, ledningsomläggningar samt återställning av anslutande mark. Förfrågningsunderlaget är uppdelat i två delar. Del 1 benämns saneringsarbeten och omfattar saneringsschakt, rivning, transport och efterföljande fyllningsarbeten. Del 2 benämns lednings- och markarbeten och omfattar temporär- samt permanent flytt av VA-ledningar samt markarbeten i anslutning till ledningsarbetena.

I punkten AFB.22, som avser förteckning över förfrågningsunderlag, anges bl.a. att förfrågningsunderlaget omfattar anbudsformulär.

I AFB.5, som avser prövning av anbudsgivare och anbud, anges följande. Anbudsprövning sker i två steg. Först prövas om anbudsgivaren uppfyller kraven enligt AFB.52. De anbud som inte uppfyller kraven kommer att förkastas. De godkända anbudena kommer därefter att prövas enligt AFB.53.

I punkten AFB.52, som avser prövning av anbudsgivares lämplighet, anges bl.a. att beställaren kommer att pröva anbudsgivaren genom att kvalificeringskraven i anbudsformuläret ska vara uppfyllda. Anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att på anfordran inkomma med de uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret.

I punkten AFB.53, som avser prövning av anbud, anges att beställaren kommer att anta det anbud som har lägst anbudssumma.

I anbudsförmulär anges under rubriken krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga bl.a. följande. Krav: Företag: Anbudsgivare ska ha utfört minst två mark- och anläggningsobjekt av likartad svårighetsgrad som det aktuella. Objekten ska ha omfattat saneringsschakt av förorenad jord och haft en kontraktssumma (ej omfattande mottagningskostnad av förorenad jord) om minst fem mkr. Minst ett av objekten ska vara färdigställt under åren 2010-2015.

YRKANDE M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas sedan rättelse skett på så sätt att Bröderna Sandhs Entreprenad AB:s (Sandhs) anbud ska förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Kommunen har i upphandlingen uppställt ett obligatoriskt krav att anbudsgivare ska redovisa minst två uppdrag avseende mark- och anläggningsobjekt av likartad svårighetsgrad som det uppdrag nu aktuell upphandling avser.

Av Svenska Akademiens Ordbok följer att "likartad" kan ha följande betydelser: 1. som är av samma 1. liknande art 1. slag (i jämförelse med ngt annat 1. med varandra); av lika art, eller 2. som alltigenom är (1. vars delar

sinsemellan äro) av lika art 1. slag, homogen; jämn; jfr lika,. Vidare följer att svårighetsgrad är graden av svårighet och att svårighet kan ha följande betydelser: 1. som har stor vikt, som väger mycket, tung; motsatt: lätt, 2. tungt vägande, viktig, betydelsefull, 3. förstärkande huvudordets innebörd: som i hög grad är vad ifrågavarande huvudord anger, som innebär en hög grad av det som ifrågavarande huvudord anger, 4. som vållar 1. bereder 1. medför 1. innebär möda 1. besvär 1. omak, eller 5. brist på ngt.

Det nu aktuella obligatoriska kravet ska ses i relation till aktuell upphandling som avser en stor och komplicerad entreprenad. Entreprenaden inkluderar rivnings-, schakt- och fyllningsarbeten, transport av förorenade massor, omfattande omläggning av VA-ledningar med relaterade markarbeten, etablering av pumpstation samt utbyggnad av stödmur och rampväg (AFC.1 och 12). Enbart den del som avser stödmur beräknas inkludera 1 170 kvm stålspont (BGB). Saneringsentreprenaden är komplex med avseende på geotekniska förhållanden och tekniskt mycket svår att utföra. Entreprenaden ska utföras på en plats med komplicerade geologiska och hydrogeologiska förhållanden, föroreningar samt befintliga grundkonstruktioner, ledningar och anläggningar i övrigt (BBB.13-BBB.38).

Saneringsschakt av förorenad jord kan variera betydligt med avseende på uppdragets innehåll och komplexitet. Dessa faktorer saknar närmare koppling till kontraktssumman. Kommunens påstående om att det i aktuellt fall skulle vara fråga om en utförandeentreprenad inbegripet sanering av en industrifastighet och ingenting annat är missvisande. Det kan särskilt noteras att upphandlingen är uppdelad i två avdelningar; dels saneringsarbeten som omfattar saneringsschakt, rivning, transport och efterföljande fyllningsarbeten, dels lednings- och markarbeten som omfattar temporär samt permanent flytt av VA-ledningar samt markarbeten i anslutning till ledningsarbeten. En flytt av VA-ledningar utgör en egen del av upphandlingen och visar därmed att det är en stor och komplicerad del av uppdraget. Upphand-

lingen avser vidare komplicerade grundtekniska förhållanden med anledning av bl.a. siltiga jordarter, djupa schakt, närhet till Ätran och behov av omfattande spontning (BBB.15, BCB.19 och BGB samt mängdförteckning med beskrivning). Referensuppdrag för att uppfylla kravet på "likartad svårighetsgrad" bör innefatta a) sanering av förorenad jord i minst 1 000 tonklassen, b) vattenrening, c) omläggning av VA-ledningar och d) omfattande stödkonstruktioner (spontning). Det är långt ifrån givet att en saneringsentreprenad med kontraktssumma om fem miljoner kronor innefattar denna typ av utmaningar.

Sandh har i sitt anbud lämnat två referensobjekt, vars arbeten beskrivs ha innefattat sanering av förorenad jord, rörläggning, betong och asfaltsytor samt utökning av parkeringsplats och sanering. Det kan inte vitsordas att Sandhs referensobjekt omfattat saneringsschakt av förorenad jord med en kontraktssumma om minst fem miljoner kronor. Referensobjekt nr 1, Stena Metall Borås, innefattar i allt väsentligt enbart ytlig sanering i sandigt eller grusigt fyllnadsmaterial. Detta talar starkt mot att markförhållandena eller förutsättningarna i övrigt skulle ha varit komplexa. Sandhs referensobjekt nr 2, Kungsmässan P-plats etapp 1 och 2, är ett mindre uppdrag på löpande räkning. Det är tveksamt om detta uppdrag kan betecknas som saneringsschakt av förorenad jord. Referensobjekten visar heller inte att de avsett arbeten som krävt stor kunskap kring geoteknik och markbärighet. Ett saneringsuppdrag ska enligt 28 § förordningen om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd anmälas. Någon sådan anmälan avseende av Sandh angivna referensobjekt har inte gjorts. Det enda undantag från anmälan som finns är om risken för spridning eller exponering av föroreningar bedöms som ringa. I praktiken bedöms den dock aldrig som ringa och särskilt inte om saneringsuppdraget motsvarar en kontraktssumma om minst fem miljoner kronor. En avsaknad av anmälan talar även mot att markförhållandena eller förutsättningarna i övrigt för saneringsentreprenaden skulle ha varit komplexa. Inget av referensobjekten innefattar sanering av förorenad jord om minst

1 000-ton, vattenrening, omläggning av VA-ledningar eller omfattande stödkonstruktion, vilket är centrala delar i det uppdrag upphandlingen avser.

Det åligger en anbudsgivare att visa att den uppfyller de krav som upphandlande myndighet ställt upp. Bolaget har inte att visa att Sandhs angivna referensobjekt inte uppfyller kravet på likartad svårighetsgrad. Upphandlande myndighet har skyldighet att kontrollera att ställda krav är uppfyllda. Sandhs angivna marksaneringsuppdrag kan med avseende på komplexitet och teknisk svårighetsgrad inte jämföras med det uppdrag nu aktuell upphandling avser. Sandhs lämnade referensobjekt uppfyller därmed inte kravet på att vara av likartad svårighetsgrad som det nu aktuella.

Kommunen har genom att anta Sandhs anbud, trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Förutsättningarna för upphandlingen har i vart fall inte varit utformade på ett sätt som varit förutsebart för en normalt aktsam anbudsgivare. Om kommunen hade förkastat Sandhs anbud skulle bolaget ha vunnit. Bolaget har därför lidit skada. För det fall inget av anbudsgivarnas anbud uppfyllt ställda krav ska upphandlingen göras om.

Kommunen

Det ifrågavarande obligatoriska kravet innebär att anbudsgivare, för att uppnå krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga, ska ha utfört två entreprenader och ange dessa som referensobjekt. Enligt ordalydelsen ställs kravet att referensobjekten ska avse arbeten med likartad svårighetsgrad. Vad som avses med likartad svårighetsgrad ska bestämmas utifrån de angivna omständigheterna. I punkten AFA.21 i förfrågningsunderlaget anges att objektet avser sanering av förorenad jord. I syfte att förenkla för anbudsgivarna har i de efterföljande meningarna förklarats vad som krävs för att referensobjekten ska godkännas. Dessa ska ha avsett mark- och anläggningsarbeten med sanering av förorenad jord. Referensobjekten ska vi-

dare ha utförts till en kontraktssumma om minst fem miljoner kronor. Minst ett av referensobjekten ska dessutom ha avslutats inom en period om fem år. Kravställningen måste läsas i sin kontext där andra näraliggande ord i samma stycke ska beaktas. En tolkning av isolerade ord strider mot allt förnuft. Kravet avseende referensobjekten är tydligt och konkret.

Sandhs lämnade referensobjekt uppfyller kraven som explicit anges i förfrågningsunderlaget. Referensobjekten avser mark- och anläggningsarbeten med sanering och uppgår till kontraktssummor överstigande fem miljoner kronor. Referensobjekt nr 2 avslutades dessutom under våren 2013. Av Sandhs anbud kan vidare utläsas att referensobjekten avsett arbeten med rörläggning, betong- och asfaltläggning samt uppförande av parkeringar. Sådana arbeten kräver stor kunskap om geoteknik, markbärighet och ytbeläggningsarbeten. Det handlar således om avancerade arbeten. Det finns vid saneringsarbeten undantag från att lämna slutrapport eller saneringsanmälan. Sandhs angivna referensobjekt avser arbeten av minst likartad svårighetsgrad som de som ifrågavarande upphandling avser. Det har inte framkommit uppgifter som visat att Sandhs angivna referensobjekt inte uppfyllt ställda krav och någon skyldighet att kontrollera att uppgifterna är riktiga finns inte. En fördjupad kontroll hade i vart fall inte kunnat sträcka sig längre än att jämföra uppgifter i inkomna anbud med kraven i förfrågningsunderlaget. Sandh har vidare uttryckligen angett att anbudet uppfyller kravet.

Saneringsarbetet är en utförandeentreprenad och har allmänna bestämmelser för byggnad-, anläggnings- och installationsentreprenad AB 04 som avtalsunderlag. Detta medför att projekteringsansvar och miljökontroller åligger kommunen medan enbart själva utförandet åligger den vinnande anbudsgivaren. Eftersom det enbart är fråga om en utförandeentreprenad blir det som bolaget anfört om arbetenas komplexa, komplicerade och tekniskt mycket svåra natur överdrivna.

Bolaget har på egen hand lagt till ytterligare krav och ett mer specificerat innehåll avseende referensobjekten än de som anges i kravbeskrivningen. Bolaget har ur mängdförteckningen själv valt ut dessa. Hur bolaget kommit fram till just dessa krav är oklart. Även om förvaltningsrätten skulle finna att begreppet likartad svårighetsgrad ska bedömas utifrån andra omständigheter är de påstådda avvikelserna under alla omständigheter högst tveksamma i förhållande till kravbeskrivningen. Kommunen har, oavsett tolkningen av det ifrågavarande obligatoriska kravet, inte handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Det är inte acceptabelt att förkasta anbud som överensstämmer med kraven i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller att bolagets angivna referensobjekt skulle vara mer komplexa eller komplicerade eller tekniskt mycket svårare än de av Sandh angivna objekten.

Bolaget har således inte lidit och kan inte heller komma att lida skada i LOU:s mening. Bolagets anbud har genomgått samma behandling som Sandhs anbud.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 16 kap. 4 § LOU anges att allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får överpröva en upphandling.

I 16 kap. 6 § LOU anges 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 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.

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. 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 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). För ingripande med stöd av LOU krävs att sökanden anger omständigheter som gör det sannolikt att upphandlande myndigheter brutit mot LOU på sätt som medfört skada i LOU:s mening.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna i ett anbud är riktiga. En sådan kontroll skulle i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings domar den 10 juni 2011 i mål nr 981-11 och den 27 september 2011 i mål nr 1472—1474—11).

Bolaget har gjort gällande att kommunen handlat i strid med principen om likabehandling genom att tilldela Sandh kontraktet trots att de referensobjekt som anges i Sandhs anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på "likartad svårighetsgrad som det aktuella". Bolaget har vidare gjort gällande att kommunen i vart fall handlat i strid med principen om öppenhet genom att det aktuella kravet inte varit utformat på ett sätt som varit förutsebart för en aktsam anbudsgivare.

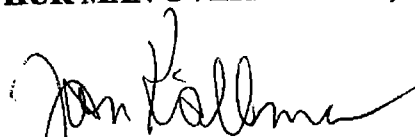
Kommunen har i anbudsformuläret angett obligatoriskt krav att en anbudsgivare ska ha utfört minst två mark- och anläggningsobjekt av likartad svårighetsgrad som det aktuella. Syftet med kravet har varit att anbudsgivare ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga för det aktuella uppdraget. Någon närmare beskrivning av vad som avses med "likartad svårighetsgrad som det aktuella" framgår inte av förfrågningsunderlaget. Kommunen har dock i anbudsformuläret i efterföljande meningar uppställt krav att referensobjekten ska ha omfattat saneringschakt av förorenad jord och haft en kontraktssumma om minst fem miljoner kronor samt att minst ett av objekten ska vara färdigställt under åren 2010 - 2015.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vilka krav som ska ställas på anbudsgivarna och även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Det skulle inte vara förenligt med LOU att förkasta ett bolags anbud utan klart stöd i LOU eller i förfrågningsunderlaget. I avsaknad av en närmare specificering av det omtvistade kravet kan det inte ställas alltför höga krav för att det ska anses vara uppfyllt. Det får därmed förstås så att det i princip är tillräckligt att de krav eller förutsättningar som nämns i de efterföljande meningarna uppfylls för att "likartad svårighetsgrad som det aktuella" ska uppnås. Detta framgår tillräckligt tydligt i anbudsformuläret.

Av Sandhs anbud framgår att angivna referensobjekt omfattar sanering och saneringsschakt av förorenad jord, haft en kontraktssumma om minst fem miljoner kronor och att ett av objekten färdigställts under 2013. De angivna referensobjekten uppfyller därmed vad som uttryckligen anges i anbudsformuläret. Bolaget har inte visat att det trots detta finns anledning att förkasta Sandhs anbud.

Mot bakgrund av det ovan sagda har bolaget inte gjort sannolikt att kommunen genom att tilldela Sandh kontraktet handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har därmed inte lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Ansökan om överprövning ska avslås.

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



Jan Källman

Rådsmannen Jan Källman har avgjort målet. Föredragande har varit David Filhm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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