



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-02-10
Meddelad i
Umeå

Mål nr
3201-10 E
Kansli 3

SÖKANDE

Västerbottens Norra Gräv & Schakt ekonomisk förening, 794700-3310
Hammarvägen 3
931 61 Skellefteå

MOTPART

Skellefteå Kraft Elnät AB, 556244-3951
Kanalgatan 71
931 80 Skellefteå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-02-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättel-
se gjorts genom ny prövning av anbud.

Dok.Id 9549

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00

E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå Kraft Elnät AB (Skellefteå Kraft) har genomfört en förenklad upphandling av Ramavtal avseende gräv-, kabel- och linjearbeten (diarienummer UH-10-13). Skellefteå Kraft tilldelade Bilfrakt Bothnia AB (Bilfrakt) uppdraget.

Västerbottens Norra Gräv & Schakt ekonomisk förening (Gräv & Schakt) ansöker nu om överprövning av upphandlingen. Gräv & Schakt yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas, genom att utvärderingen görs om varvid Bilfrakts anbud inte ingår i utvärderingen. I andra hand yrkar Gräv & Schakt att upphandlingen ska göras om.

Skellefteå Kraft bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten beslutade den 16 december 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

Gräv & Schakt (ansökan om överprövning den 16 december 2010):

Skellefteå Kraft har, genom att anta Bilfrakts anbud trots att detta inte uppfyller samtliga skallkrav, brutit mot bestämmelserna i LUF och de gemenskapsrättsliga principerna. Gräv & Schakt kom på andra plats i upphandlingen och har därför lidit eller kan komma att lida skada på grund av att Bilfrakts anbud felaktigt har utvärderats. Av förfrågningsunderlaget, punkten 5.2, framgår att endast de anbudsgivare som uppfyllt skallkraven ska gå vidare till utvärderingsfasen. Av Bilfrakts anbud framgår att man valt att inte efterkomma skallkravet under punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget då

man inte angett att man avser att anlita underentreprenör och då ingen underleverantörs/distributörs namn/firma angivits. Bilfrakt utgör en paraplyorganisation för ett antal företag inom framför allt bygg- och åkeribranschen. Dessa företag äger Bilfrakt. Av utdrag från bilregistret framgår att Bilfrakt inte äger de fordonstyper som efterfrågas i den aktuella upphandlingen under kommersiella villkor/avtal. De fysiska personer som ska uppfylla de krav som ställs på personal och maskinförare som efterfrågas under punkten 9.0 i kommersiella villkor/avtal är inte anställda i Bilfrakt. Arbetena utförs i realiteten inte av Bilfrakt, utan av de delägande företagen i form av underentreprenörer till Bilfrakt. Bilfrakt har underentreprenörsavtal med de delägande företagen för tjänsterna, men underentreprenörerna har inget kontraktsförhållande med Bilfrakts avtalspart.

Skellefteå Kraft (svar 21 december 2010): Det är riktigt att förfrågningsunderlaget anger att en anbudsgivare ska ange en eventuell underleverantör/distributör i sitt anbud. Vid kvalificeringen framgick inte detta av Bilfrakts anbud, varför Skellefteå kraft inbjöd Bilfrakt till anbudsgenomgång för att klargöra organisatorisk struktur. Vid genomgången framkom att entreprenörerna för detta uppdrag utgör ägare, inte underentreprenörer. Detta svar ansågs vara kvalificeringsgrundande enligt vad som stipuleras i LUF. En ägare utgör inte en underentreprenör då den i realiteten är ägare. Jan-Erik Falk skriver följande i Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och tjänster – En kommentar, s. 276-277: ”En leverantör som avser att genomföra sina kontraktsförpliktelser på egen hand kommer naturligtvis inte att uppge några underleverantörer. En ökning i den antagne leverantörens ordertillgång och därmed arbetsbörda kan ju ändå medföra att leverantören/kontraktsparten senare får behov att anlita underleverantör, för att utföra kontraktet.” Av detta framgår tydligt att Bilfrakt i sitt anbudssvar klargjort att de avser att utföra uppdraget medelst delägare, eftersom de inte angett underleverantörer. I de fall de, för att fullgöra kontraktet över tid, anlitar entreprenörer för att fullgöra sitt åtagande

finns det inget som hindrar detta. Att kräva att Bilfrakt ska redogöra för vilken underentreprenör de kan komma att kontraktera i en framtid låter sig svårligen göras i detta skede. För det fall förvaltningsrätten finner att Gräv & Schakts yrkande bör bifallas återstår endast ett anbud som täcker hela det efterfrågade behovet. Detta skulle innebära en påtagligt bristande konkurrens, vilken utan tvekan föranleder ett avbrytande av upphandlingen. Detta innebär därmed att rättning inte kan komma ifråga.

Gräv & Schakt (yttrande den 3 januari 2011): Det omtvistade skullkravet under punkten 3.6 är otvetydigt. Skellefteå Kraft synes lansera ett nytt bolagsbegrepp när man gör gällande att "...en ägare, eller i detta fall en delägare, i ett företag innebär att det förekommer likhetstecken mellan Ägaren och Bilfrakt". Med ett sådant resonemang skulle varje fysisk eller juridisk person som äger aktier i ett aktiebolag vara att jämställa med aktiebolaget. Syftet med det aktuella skullkravet måste vara att upphandlande enhet ska erhålla information om vem som faktiskt kommer att utföra uppdragen samt kunna pröva om eventuella underleverantörer motsvarar de krav som därvid ställs på leverantören enligt upphandlingen.

Skellefteå Kraft (yttrande den 3 januari 2011): Bilfrakt är den juridiska part varmed Skellefteå Kraft avser teckna avtal. Detta innebär att det är denne, genom delägaren, som ansvarar för att uppdraget utförs enligt avtalet. Uppdraget kommer därmed inte att utföras av underleverantörer om inte ett framtida behov av utökning av resurser blir nödvändigt.

Gräv & Schakt (yttrande den 14 januari 2011): En normal utgångspunkt för tolkning av skullkrav får anses vara textens språkliga betydelse enligt allmänt språkbruk. Som underleverantör måste förstås en annan person som anbudsgivaren kommer att anlita för utförande av hela eller delar av den upphandlande tjänsten gentemot Skellefteå Kraft. Bilfrakt kan inte själv, varken genom anställd personal eller egna fordon, utföra dessa tjäns-

ter utan detta sker genom att Bilfrakt lämnar uppdrag åt dessa personer att utföra de tjänster som Skellefteå Kraft vill ha utförda enligt ramavtalet. I detta avseende föreligger ett underleverantörsförhållande i rättslig bemärkelse och detta underleverantörsförhållande har Bilfrakt, trots skallkravet, inte redovisat. Den omständigheten att underleverantörer i olika omfattning äger aktier i Bilfrakt förändrar inte skyldigheten att efterkomma skallkravet. Skellefteå Krafts påstående om att en rättelse skulle innebära bristande konkurrens är felaktigt. Detta framgår redan av att det är tre konkurrerande anbudsgivare som lämnat anbud enligt anbudsförfrågan och samtliga anbudsgivare har bedömts vara kvalificerade till utvärderingsfasen.

Skellefteå Kraft (yttrande den 17 januari 2011): I den prismatris anbudsgivarna fick prissätta återfanns totalt 76 positioner som skulle prissättas, 85 om man inkluderar optioner. Av dessa positioner har den tredje anbudsgivaren prissatt tre. Detta kan på intet sätt utgöra tillräcklig konkurrens i lagens mening i den omfattning Gräv & Schakt vill göra gällande.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Av de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande.

3.6 Företagsuppgifter

Om leverantören avser att anlita underleverantör/distributör för hela eller delar av uppdraget, skall detta och underleverantörens/distributörens namn/firma anges tydligt i anbudet. Leverantören ansvarar för underleverantörens arbete som för eget arbete och för att underleverantören följer avtalet.

5.2 Skallkrav

Om uttrycken skall eller ska har ingivits avses krav som måste vara uppfyllda för att anbudet ska vara kvalificerat att gå vidare i anbudsbedömningen.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 16 kap. 2 § första stycket LUF ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 24 § LUF gäller bl.a. att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vad som härvid föreskrivs är ett uttryck bl.a. för de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet. En av de frågor som omfattas av dessa principer är att den upphandlande enheten vid prövning av anbud normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget.

I Skellefteå Krafts förfrågningsunderlag anges under punkten 3.6 bl.a. att en leverantör som avser att anlita underleverantör tydligt ska ange detta samt underleverantörens namn/firma i sitt anbud. Skallkravet är enligt förvaltningsrätten relevant för upphandlingen och har vidare utformats på ett tillräckligt tydligt sätt.

Gräv & Schakt anför att det vinnande anbudet från Bilfrakt inte uppfyller skallkravet under punkten 3.6 då några underleverantörer inte angetts i

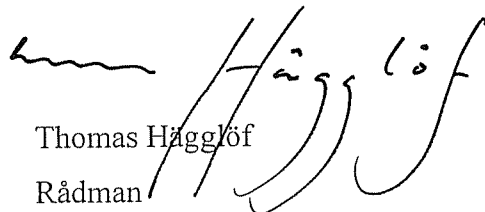
anbud, trots att de uppdrag som upphandlingen avser i realiteten inte kommer att utföras av Bilfrakt, utan av företag som är delägare i Bilfrakt.

Skellefteå Kraft hävdar att Bilfrakt är den juridiska part som man avser att teckna avtal med och de entreprenörer som kommer att utföra uppdraget är delägare i Bilfrakt och således inte är att betrakta som underleverantörer.

Förvaltningsrätten konstaterar att Bilfrakt ägs av ett stort antal delägare samt att Bilfrakt och dess olika delägare är skilda juridiska personer. Det kan vidare noteras att Bilfrakt har en samordnande och administrativ funktion för de olika delägarbolagen. Bilfrakt äger alltså inte och disponerar inte på egen hand över sådana maskiner, fordon eller övrig utrustning som efterfrågas i upphandlingen. Med hänsyn bl.a. till det anförda bedömer förvaltningsrätten att Bilfrakt, genom att anlita delägarbolag att utföra i upphandlingen efterfrågade uppdrag, närmast får anses använda sig av underleverantörer i detta sammanhang. Bilfrakt har i sitt anbud inte angett uppgifter om aktuella underleverantörer och uppfyller därför inte skallkravet under punkten 3.6. Vad Skellefteå Kraft anført om rådande ägarförhållanden föranleder inte förvaltningsrätten att ändra ståndpunkt i denna del.

Skellefteå Kraft har trots det anförda tilldelat Bilfrakt kontraktet. Skellefteå Kraft har därför gjort en felaktig upphandling, vilket medför att Gräv & Schakt lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella bristen hänför sig till anbudsprövningen anser förvaltningsrätten det tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsprövningen görs om med beaktande av de brister som nu uppdagats.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)



Thomas Hägglöf
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.