



KLAGANDE

Xylem Water Solutions Sweden AB, 556906-0899

Ombud: Advokaterna Olof Hallberg och Lukas Granlund samt biträdande jurist Robin Heimdahl
Cirio Advokatbyrå AB

MOTPART

Trafikverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 10 december 2018
i mål nr 4256-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 20 december 2018 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN

Xylem Water Solutions Sweden AB (Xylem) yrkar att kammarrätten ingriper i upphandlingen. Xylem ger in företagsinformation om Lassila & Tikanoja FM AB (L&T), en koncernskiss och en specifikation från hitta.se.

Trafikverket anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Xylem hänvisar till vad som tidigare anförts och tillägger i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning att vinnande anbudsgivare L&T uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga. Förvaltningsrätten har underlåtit att pröva grunden om L&T skulle ha åberopat annans kapacitet och styrkt att bolaget förfogar över denna kapacitet. Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning avseende frågan om L&T borde ha uteslutits med stöd av 13 kap. 3 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Förvaltningsrätten har även gjort en felaktig bedömning avseende frågan om L&T:s onormalt låga anbud.

När det gäller frågan om teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga avseende frågan om referenser finns följande avvikelser i förhållande till kraven i upphandlingsdokumenten. L&T har inte genomfört den uppgivna entreprenaden, i vart fall inte under två år eftersom bolaget bildades först i september 2017. Det efterfrågade referensintyget är felaktigt eftersom det är undertecknat av fel bolag. Det borde rätteligen ha intygats av Telia Company AB eftersom det är den enda part som kan intyga hur hela entreprenaden har utförts. Intyget utgör för vissa perioder

ett självintygande. L&T har inte åberopat annans kapacitet, vilket borde ha gjorts för tiden före bolagets bildande. L&T borde inte ha kvalificerats eftersom alla obligatoriska krav inte var uppfyllda, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Vidare borde uteslutning av L&T ha skett enligt 13 kap. 3 § LOU eftersom L&T har påförts miljöskaktionsavgifter, alternativt borde Trafikverket låtit bolaget yttra sig över skälen för uteslutning. Av upphandlingsdokumentet framgår att uteslutning enligt nämnda lagrum kommer att ske för grunder som har betydelse för uppdraget. Förvaltningsrätten har inte ens prövat om de omständigheter som förts fram är tillräckliga för uteslutningsgrunden. Även i denna del har det skett en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Prisskillnaden mellan anbuderna borde ha föranlett Trafikverket att begära en förklaring till vinnande anbuds onormalt låga anbudspris.

Trafikverket hänvisar till vad som tidigare anförts och tillägger i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Veolia Sverige AB upphörde inte att existera efter delningen enligt 24 kap. 1 § andra stycket 2 aktiebolagslagen (2005:551). Xylem har inte visat att upphandlingen genomförs på ett felaktigt sätt. Det är L&T som utfört referensuppdraget under nuvarande firma men även under tidigare firmor; Veolia Sverige AB och Veolia FM AB. Referensuppdraget utfördes som entreprenör från och med den 1 oktober 2015 anlitad direkt av Telia Company AB och från och med den 7 februari 2017 som underentreprenör till Telia Company AB anlitad av Veolia Sweden AB. Referensintyget är inte ett intyg från anbudsgivaren själv utan från beställaren av anbudsgivarens utförda referensuppdrag. Personen som intygat har ingen annan koppling till L&T än som beställare av referensuppdraget och att han fram till den 7 februari 2017 var

arbetsledare hos L&T, då bolaget hade en annan firma. Efter detta datum övergick han till Veolia Sweden AB där han ansvarar för kontraktet med Telia Company AB.

Trafikverket har inte varit skyldigt att förkasta anbudet från L&T på grund av miljöstraffavgifter. Anbudet från L&T är vidare inte onormalt lågt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågorna i målet

I mål om ingripande 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 parten grundar sin talan (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). Frågan är därvid om Xylem på ett klart sätt har visat att upphandlingen genomförts på ett felaktigt sätt.

Kammarrätten har att ta ställning till om L&T uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga genom att åberopa en referens. Vidare ska kammarrätten ta ställning till om förvaltningsrätten borde ha prövat om L&T ska åberopa och styrka annat företags kapacitet. Kammarrätten ska även pröva om Trafikverket borde ha uteslutit L&T på grund av påförda miljöstraffavgifter eller på grund av att anbudet varit onormalt lågt.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga – referenser

Xylem har i denna del åberopat att L&T inte uppfyller samtliga obligatoriska krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga.

Av upphandlingens administrativa föreskrifter (AFB.522) framgår följande. Anbudsgivare ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga som är tillräcklig för det aktuella uppdraget. Vidare framgår att referensobjekt ska vara avslutat under de senaste fem åren räknat från sista anbudsdag, alternativt att minst två kontraktår är genomförda. För att styrka sin erfarenhet ska anbudsgivaren på beställarens begäran inge en förteckning över genomförda entreprenader. Förteckningen behöver inte vara uttömmande men ska utvisa att anbudsgivaren avseende minst en entreprenad uppfyller kraven på referensobjekt. Av förteckningen ska kontraktsvärde, tidpunkt och namn på uppdragsgivare framgå. På beställarens begäran ska intyg bifogas som anger att entreprenaden har utförts på ett tillfredsställande sätt med hänsyn till yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Intyget ska vara undertecknat av en person som är representant för uppdragsgivaren, som ska vara annan än anbudsgivaren, med god insyn i hur entreprenaden genomförts.

I det intyg som L&T lämnat för att visa teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga anges som referensprojekt; Veolia Sweden / Telia Sonera. Som beställare anges Veolia Sweden AB och Telia Company AB. Entreprenadtiden anges från den 1 oktober 2015 och entreprenaden är pågående. Intyget har undertecknats av [REDACTED] med e-postadress [REDACTED]

Kammarrätten gör följande bedömning.

Kammarrätten kan konstatera att L&T har bedrivit verksamhet under olika företagsnamn, firmor, på det sätt som Trafikverket har uppgett.

Det aktuella referensuppdraget avser arbete under lång tid för Telia Company AB respektive Veolia Sweden AB. Utifrån de obligatoriska krav som framgår av upphandlingsdokumenten finns inte något hinder mot att ha utfört referensuppdragen i förhållande till olika uppdragsgivare eller som underentreprenör. Av handlingarna framgår inte annat än att L&T, under olika namn, har genomfört entreprenaden i vart fall under två år. Med beaktande av detta blir det inte aktuellt att pröva om L&T skulle ha åberopat annat företags kapacitet.

Det ingivna referensintyget är undertecknat av en representant från Veolia Sweden AB. Kammarrätten anser inte att det är ett självintygande och inte heller kan det av upphandlingsdokumenten utläsas att referensintyget ska ha undertecknats av en företrädare för Telia Company AB.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten att Xylem inte har visat att L&T inte uppfyller samtliga obligatoriska krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Miljösanktionsavgifter och onormalt lågt anbud

Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten när det gäller att det inte finns skäl för ingripande på grund av att L&T har påförts miljösanktionsavgifter.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset (19 kap. 27 § LOU). Av förarbetena till bestämmelsen framgår att skyldigheten att förkasta ett anbud inträder först när upphandlande myndighet gjort bedömningen att anbudet är onormalt lågt och leverantören inte förmått att förklara detta på ett tillfredsställande sätt (prop. 2015/16:195 s. 795). Trafikverket har inte gjort någon sådan bedömning i förevarande fall. Vid dessa förhållanden och på av förvaltningsrätten i denna del i övrigt anförda skäl finns det inte anledning till ingripande enligt LOU på grund av att L&T:s anbud skulle vara onormalt lågt.

Sammanfattning

Kammarrätten anser inte att det Xylem har åberopat utgör skäl för ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande

Carl Johan Fahlander
tf. kammarrättsråd
referent

Sara Poulsen
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.