



SÖKANDE

Fastec Sverige AB, 556481-9372
Box 709
931 27 Skellefteå

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och Jur.kand. Elisabeth Hortobagyi
Kilpatrick Townsend & Stockton
Advokat KB, Box 5421
114 84 Stockholm

MOTPART

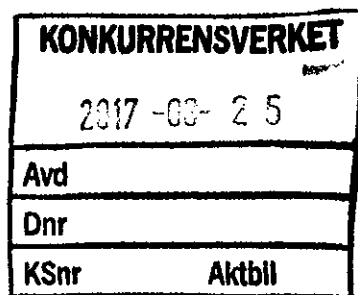
Fortifikationsverket
631 89 Eskilstuna

SAKEN

Överprövning enligt lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket genomför en förhandlad upphandling benämnd Gotland, Tofta skjutfält Ny infra – etapp 1 (diarenummer 3007/2015). I upphandlingen inkom anbud från Fastec Sverige AB (Bolaget), Peab Anläggning (Peab) samt Skanska Sverige AB (Skanska). I upphandlingen tillämpade Fortifikationsverket den begränsade kontroll som tillåts enligt 12 kap. 20 § LUFS varvid Bolaget, som erbjudit lägsta pris, först ombads att uppvisa handlingar till styrkande av sin lämplighet att utföra efterfrågad entreprenad. Vid kontroll av Bolagets åberopade referensuppdrag fann Fortifikationsverket att dessa i vissa avseenden inte uppfyllde ställda kvalificeringskrav. Fortifikationsverket gick därför vidare och begärde in motsvarande underlag från Skanska som lämnat näst lägst pris i upphandlingen. Vid efterföljande prövning ansågs Skanska uppfylla ställda kvalificeringskrav varför Fortifikationsverket den 12 maj 2017 antog Skanskas anbud. Huruvida den tredje anbudsgivaren Peab är lämplig att utföra uppdraget har inte kontrollerats.

Bolaget yrkar i första hand att rättelse ska ske varvid Bolaget ska anses uppfylla de lämplighetskrav som följer av punkten AFB.52. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska rättas på så sätt att Skanska anbud ska uteslutas innan slutlig anbudsutvärdering. I tredje hand begärs att upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket yrkar att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget uppfyller de erfarenhetskrav som Fortifikationsverket anser har brustit. Detta framgår av inlämnat material i form av CV för [REDACTED]

och [REDACTED]. Att ifrågavarande anläggningsprojekt till ett värde om minst 100 000 000 kr skulle vara avslutat följer inte av förfrågningsunderlaget och det är inte tillåtet att göra sådant kravtillägg. Det är inte korrekt att Bolaget åberopat sex referensuppdrag. Bolaget vidhåller att endast fem uppdrag åberopats i enlighet med vad som efterfrågats. Om det funnits oklarheter hade dessa kunna rättas till genom frågor på samma sätt som skett med Skanska. – Angående de åberopade referensuppdragen så är det Bolaget som åberopar sina referenser, inte referenserna som anger och preciserar uppdragen. Fortifikationsverket har feltolkat åberopade referensuppdrag. Metoden för referenstagning har gett utrymme för en godtycklig bedömning och en olikbehandling har skett mellan Bolaget och Skanska.

Skanska har inte genom åberopade referensuppdrag och CV visat att de uppställda lämplighetskraven i AF är uppfyllda. Skanska har inte visat att (i) referensuppdraget Oceankajen Oskarshamn haft en sammanhållande yta av asfalt om 5 000 m² (ii) referensuppdraget Vindkraftspark Mullberget rör en nybyggnad av högspänningsnät eller att arbetet skulle omfatta reservkraft samt styr- och övervakningssystem för elkraft (iii) referensuppdraget Gunsta 2A Gunsta-Länna avser dricksvatten och renvatten (iv) erfarenhetskravet rörande nybyggnad och projektering av drivmedelsanläggning för både bensin och diesel är uppfyllt samt (v) referensuppdraget Sydvästlänken Paket AB utgör ett anläggningsprojekt. Fortifikationsverket har agerat inkorrekt och inkonsekvent vid bedömningen av Skanskas anbud och antagit anbudet trots att alla obligatoriska krav inte är uppfyllda.

Vad gäller av Skanska erbjuden organisation framgår inte av [REDACTED] CV att denne varit platschef för ett uppdrag med en kontraktssumma om 75 000 000 kr. Det arbete som kan avses är Backbone North, fiberarbete men under denna period var [REDACTED] produktionschef. [REDACTED] var inte heller med under hela projektet som var

indelat i ungefär lika stora etapper och därför alldeles oavsett inte ansvarig för ett projekt med krävt värde.

Vid lämplighetsprövningen har inte Skanska behövt fylla i samma standardformulär som Bolaget vilket innebär en olikbehandling mellan leverantörerna. Bolaget fick inte heller den typen av specifika frågor angående lämplighetskraven i dess anbud som Skanska erhöll. För Skanska hölls Frågor & Svar öppet så att Skanska kunde komplettera sitt svar på ett otillbörligt sätt. Bolaget bestrider att de handlingar som ingetts i samband med den begränsade kontrollen skulle vara otydliga gällande referensuppdrag och offereerad organisation. Om Bolaget hade behandlats på samma sätt som Skanska hade Bolaget kunnat bekräfta att alla lämplighetskrav enligt AFB.52 var uppfyllda. Det är på grund av formerna för den begränsade kontrollen och hur denna utförts som Bolaget inte uppfyllt kraven. Fortifikationsverkets val av begränsad kontroll har varit otydlig och strider mot transparensprincipen. Det finns inte någon skriftlig redogörelse i AF hur denna kontroll ska gå till. Bolaget vet inte hur Fortifikationsverket kommer att utvärdera Peabs anbud särskilt med beaktande av att Fortifikationsverket redan utvärderat Bolagets och Skanskas anbud på olika sätt. – Den begränsade kontrollen har utförts felaktigt av Fortifikationsverket. Alla anbudsgivare borde ha prövats i vart fall i ett fall som detta som riskerar att leda till en rättsförlust för en leverantör.

Genom det sätt på vilket Fortifikationsverket i strid med LUFSS utformat och tillämpat förfarandet om begränsad kontroll och godkänt Skanska anbud har Bolaget lidit skada. Det är inte möjligt för Fortifikationsverket att å ena sidan hävda att Bolaget inte lider skada av den valda proceduren mot bakgrund av att det finns ytterligare anbudsgivare med i upphandlingen och samtidigt förfäktat att upphandlingen inte behöver göras om eftersom Peabs anbud inte utvärderats. Genom ett sådant förfarande skulle Bolaget inte ha någon rätt att få sin sak prövad. Ett förkastande av både Bolagets och

Skanskas anbud bör leda till att upphandlingen ska göras om. En begränsad kontroll av Peabs anbud skulle i detta skede leda till ett missvisande resultat.

Fortifikationsverket

Utifrån de handlingar som Bolaget inkommit med i sitt anbud var det inte möjligt att verifiera samtliga uppgifter. Fortifikationsverket bestämde sig därför för att upprätta ett särskilt formulär för Bolagets att fylla i. Den 4 maj 2017 inkom Bolaget med det ifyllda formuläret. I svaret tillkom nya uppgifter i förhållande till anbudet, bl.a. nya företag vars kapacitet åberopades och nya referensuppdrag. Dessutom hade Bolagets förtydligat vilka personer som faktiskt offererades i organisationen. Fortifikationsverket utgick från dessa nya uppgifter vid sin kontroll av Bolagets lämplighet. Myndigheten tog därefter kontakt aktuella referenspersoner för att få bekräftat att Bolagets beskrivning av respektive referensuppdrag överensstämde med verkliga förhållanden samt att respektive referensuppdrag innehöll de arbetsmoment som de åberopats för. Vid referenstagningen framförde tre av fem kontaktpersoner invändningar mot Bolagets beskrivning av referensuppdragen. Fortifikationsverket har mycket svårt att se hur myndigheten skulle kunna godkänna ett referensuppdrag som innehållande efterfrågade moment när den av Bolaget åberopade referenten inte vill intyga de av Bolaget lämnade uppgifterna.

Kontrollen av Skanskas kvalifikationer skedde på samma sätt som kontrollen av Bolaget, dvs. Skanska fick i första vändan en öppen fråga om handlingar enligt AFB.52. Skanska var emellertid betydligt mer strukturerad i sitt svar vilket medförde att Fortifikationsverket inte behövde skicka ett färdigt kompletteringsformulär för Skanska att fylla i. Även i detta fall skedde en verifikation av lämnade uppgifter genom telefonkontakt med angivna kontaktpersoner som bekräftade av Skanska lämnade uppgifter utan anmärkning. Inte heller erbjuden organisation bedöms innehålla någon brist.

Eftersom Bolagets anbud rätteligen förkastats kan inte Bolagets anses lida skada av de påstådda överträdelsena av vid Fortifikationsverkets hantering av Skanska anbud. Det bör här anmärkas att även om Skansas anbud skulle förkastas så innebär det inte att upphandlingen ska göras om utan istället att Peab står i tur för kontroll.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 1 kap. 11 § LUFS stadgas att upphandlande myndigheter eller enheter 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 12 kap. 20 § LUFS anges att vid ett selektivt eller förhandlat förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 11 kap. samt 12 kap. 2 och 7-18 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Av 16 kap. 6 § LUFS följer att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Bolaget har framfört invändningar dels mot förfrågningsunderlagets utformning rörande begränsad kontroll, genomförd kvalificeringsprövning av Bolagets och Skanskas anbud efter inhämtat kontrollunderlag samt Fortifikationsverkets faktiska hantering av den begränsade kontrollen i förhållande till Bolaget, Skanska och kvarvarande anbudsgivare Peab.

Förvaltningsrätten väljer att först pröva de invändningar som berör upphandlingens konkurrensuppsökande skede. I upphandlingsunderlaget punkt AFB.52 anges att Fortifikationsverkets ska tillämpa begränsad kontroll av anbudsgivarna och att detta innebär att myndigheten endast kommer att genomföra en kontroll av den anbudsgivare som Fortifikationsverket avser att tilldela kontrakt i upphandlingen. I AFB.52 anges vidare under rubriken Referensuppdrag vilka moment som ska ingå i referensuppdragen och att dessa uppgifter kan komma att verifieras. Även om det inte i detalj är beskrivet det sätt på vilket Fortifikationsverket ska inhämta och verifiera inhämtat underlag finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i denna del får anses uppfylla LUFS krav på transparens och likabehandling. Inte heller har framkommit att Fortifikationsverket medvetet gjort avsteg från berörda obligatoriska kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget eller i övrigt agerat felaktigt vid sin anbudsprövning på ett sådant sätt att skäl för omgörande av upphandlingen föreligger (jfr HFD 2016 ref 32 II).

Av det ovan följer att Fortifikationsverket enligt förfrågningsunderlaget haft utrymme att inhämta och granska av Bolaget åberopade referensuppdrag. I målet ingivet underlag visar att Fortifikationsverket vid kontakt med referenspersoner fått information att samtliga krävda referensuppdrag inte nådde upp till de erfarenhetskrav som uppställts i AFB.52. Bolaget har inte heller i målet förmått visa att Fortifikationsverket genom sin hantering eller på annat sätt förorsakat att aktuella referenspersonerna inte kunnat verifiera att av

Bolaget åberopade uppdrag innehöll samtliga krävda moment. Av detta skäl finner förvaltningsrätten att Fortifikationsverket förfarit korrekt genom att inte godta Bolaget som leverantör i upphandlingen.

Den fråga som därvid uppstår är om Bolaget, som rätteligen uteslutits i upphandlingen, kan anses lida skada till följd av de övriga invändningar som framförts målet. I denna del kan följande sägas.

Om en anbudsgivares anbud rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen kan ofta bedömningen göras att denne inte kan anses lida skada av att en upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare haft brister i sitt anbud. Det har emellertid i rättspraxis (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 *Fastweb*, Kammarätten i Göteborgs avgöranden i mål 665-11, 6966-11 och 1336-13 samt Kammarätten i Jönköpings avgörande i mål nr 2658-2667-13) klargjorts att en anbudsgivare anses riskera att lida skada då även kvarvarande anbud borde ha förkastats eftersom ett bifall till en invändning om att en upphandlande myndighet har utvärderat kvarvarande anbud i strid med upphandlingslagstiftningen när de rätteligen borde ha förkastats, skulle kunna få till följd att upphandlingen görs om och således ge möjlighet till intresserade leverantörer att vid en ny upphandling lämna anbud och att tilldelas kontrakt. EU-domstolen har också klargjort att i en situation i vilken fler än två anbudsgivare deltagit i konkurrensen om kontraktet men samtliga blivit uteslutna av den upphandlande myndigheten ska den rätt till domstolprövning som beskrivits ovan alltjämt vara gällande i de fall då två av dessa anbudsgivare motsätter sig att uteslutning skett i domstol (se mål C-689/13, *PFE* och jfr även EU-domstolens dom i mål nr C-355/15, *Technische Geäudebetreuung*). – Kammarätten i Stockholm har vidare i mål nr 5964-16 bekräftat att en anbudsgivare som deltagit i en ramavtalsupphandling och av domstol befunnits vara rättligen utesluten ändå har rätt att få prövat om de två kvarvarande anbudsgivare som tilldelats ra-

mavtal uppfyller samtliga obligatoriska krav (se även därtill kopplad dom från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 6420-15).

Den gemensamma nämnaren mellan ovanstående beskrivna mål där skada befunnits föreligga för en utesluten anbudsgivare, såsom förvaltningsrätten uppfattar det, är att den eller de parter som söker överprövning av den upphandlande myndighetens beslut har en faktisk möjlighet att genom sin talan i det enskilda målet åstadkomma ett omgörande av upphandlingen trots att det egna anbudet inte kan godtas pga. brister i förhållande till obligatoriska krav. De situationer som därvid förelegat i målen och som medfört skada är (i) att det endast är två anbudsgivare i upphandlingen (ii) att det finns fler än två anbudsgivare i upphandlingen men övriga anbudsgivare utöver de två som deltar i domstolsprocessen har blivit uteslutna av den upphandlande myndigheten eller (iii) att det finns tre anbudsgivare i upphandlingen och sökanden begär att anbuden från de två anbudsgivare som tilldelats ramavtal i upphandlingen ska förkastas.

I förevarande situation, i vilken Bolaget enligt förvaltningsrätten blivit korrekt utesluten från upphandlingen och det är fråga om ett kontrakt för en entreprenör, är det inte tillräckligt för att Bolaget ska ges möjlighet att erhålla kontraktet genom ett nytt upphandlingsförfarande att vald leverantör brister i kravuppfyllelse. För att Bolaget genom aktuell överprövningsprocess ska kunna åstadkomma ett omgörande av upphandlingen krävs därutöver att även Peab, vars anbud inte varit föremål för någon kvalificeringsprövning, inte uppfyller ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner det därmed lämpligt att först pröva om det finns invändningar från sökanden som föranleda ett sådant resultat (se HFD 2013 ref. 53).

I målet har inte Bolaget framfört några specifika invändningar mot Peabs anbud utan mer i allmänna ordalag angett att en kontroll av detta anbud, för

det fall att Skanskas anbud skulle förkastas, kommer att ske i ett sent stadium och att det är oklart, utifrån hur Bolaget och Skanska behandlats, hur en sådan prövning i så fall skulle ske. Vad Bolaget därvid framfört ger inte enligt förvaltningsrätten skäl att anta att Peabs anbud, som enligt AFB.33 i förfrågningsunderlaget alltjämt är giltigt, är behäftat med någon sådan brist som kan medföra att Peab inte är en godtagbar entreprenör i upphandlingen. Med hänsyn härtill kan inte en rättslig prövning av Skanskas anbud utifrån en strikt individuell skadeprövning anses kunna medföra att upphandlingen måste göras om och till följd härav ge upphov till en risk för skada för Bolaget. Skadeprövningen i denna del kan enligt förvaltningsrätten inte heller påverkas av den administrativa ordning som Fortifikationsverket valt att tillämpa i form av begränsad kontroll eftersom det är Bolagets skada eller risk för skada utifrån i målet föreliggande omständigheter som rätten har att pröva. Vid en sådan bedömning finner inte förvaltningsrätten skäl att pröva de invändningar som Bolaget framfört i förhållande till Skanskas anbud.

Av det ovan följer att Bolaget i målet inte förmått visa att skäl för någon åtgärd jämlikt 16 kap. 6 § LUFSS föreligger. Dess ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.