



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-11-23
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6349-15

KONKURRENSVERKET	
2015-11-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Spol & Industriservice i Norrköping AB, 556633-7613
Slakthusvägen 4
602 28 Norrköping

Ombud: Advokaten Hanna Vikström
Avenir Advokater AB
Drottninggatan 19
602 24 Norrköping

MOTPART

Norrköping Vatten & Avfall AB, 556526-9445
Box 85
601 02 Norrköping

Ombud: Upphandlingscenter, Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 229303

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköping Vatten & Avfall AB (NoVA) genomför en upphandling gällande ramavtal för *TV-inspektion av avloppsledningar 2015*, dnr UH-2015-211/VA-2015-192. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LUF och tilldelningsgrund är lägsta pris. NoVA meddelade den 8 september 2015 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Alltransport i Östergötland AB (Alltransport) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Av upphandlingsrapport till beslutet framgår att vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit från Alltransport och Spol & Industriservice i Norrköping AB (Bolaget) samt att Bolagets anbud inte bedömdes uppfylla ställda kvalificeringskrav. Av e-postmeddelande från ansvarig upphandlare till Bolaget den 15 september 2015 framgår att det krav som Bolaget inte bedöms uppfylla är kravet enligt punkten 8.0 i bilagan *Skallkrav* (förfrågningsunderlaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse med innebörden att Bolagets anbud kvalificeras till anbudsutvärdering och att Alltransports anbud förkastas, samt i andra hand, för det fall förvaltningsrätten finner att Bolagets anbud rätteligen uteslutits, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om då Alltransports anbud inte uppfyller samtliga ställda krav och det därmed saknas kvalificerade anbudsgivare i upphandlingen.

NoVA begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har uppfyllt samtliga krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, varför dess anbud borde ha utvärderats. Bolaget har offererat det lägsta pri-

set. Dess anbud borde därför ha antagits som mest förmånliga anbud, och detta även om Alltransports anbud utvärderas. För det fall rätten skulle finna att Bolagets anbud inte uppfyller ställda krav, kvarstår det faktum att Alltransports anbud inte uppfyllt samtliga ställda krav. I och med att det i sådant fall saknas kvalificerade anbud i upphandlingen, måste den avbrytas och göras om. Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada av NoVA:s felaktiga agerande i upphandlingen.

Bolagets anbud

Vid anbudsutvärderingen har NoVA förkastat Bolagets anbud på den grunden att det inte uppfyller kvalificeringskraven, och istället antagit Alltransports anbud. NoVA har som förklaring till att Bolagets anbud har förkastats uppgett att Bolaget inte uppfyllt obligatoriskt krav i punkt 8.0 i förfrågningsunderlaget. Bolaget har i sitt anbud gett in ett samarbetsavtal mellan bolaget och Berotech A/S (Berotech). Det exemplar av samarbetsavtalet som Bolaget gav in saknade dock en underskrift av ena parten. Samarbetsavtalet gäller likväl, annars skulle Bolaget inte gett in det. Av det aktuella kravet framgår att det som ska bifogas är ett undertecknat avtal *eller liknande*. Vad som avses med liknande framgår inte.

Enligt Bolaget ska dess inlämnade avtalshandling betraktas som i vart fall "liknande" då det representerar ett gällande avtal mellan Bolaget och Berotech, vilket Bolaget bekräftat genom att ge in och åberopa avtalet och ange att Bolaget uppfyller kraven i denna del. NoVA har även varit i kontakt med Berotech inför anbudsutvärderingen och ställt frågor om det referensuppdrag som Bolaget åberopat gällande Berotech. Det torde därmed ha stått klart för NoVA att av Bolaget ingivna samarbetsavtal är gällande mellan parterna. Det har inte heller funnits någon anledning för NoVA att kontakta Berotech om man ansett att Bolaget inte ens uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget och därför inte skulle kvalificeras till utvärderingsfasen. Bolaget

uppfyller således samtliga krav avseende kvalificering av anbudsgivare och erbjuden tjänst.

Alltransports anbud

Krav enligt punkt 4.0

Alltransports anbud uppfyller inte uppställda krav avseende angivande av referensuppdrag till styrkande av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt punkt 4.0 i förfrågningsunderlaget.

Av de till Alltransports anbud bifogade bilagorna avseende referensuppdrag framgår det inte vilket företag det är som har utfört de uppdrag som påstås ha utförts. Rutan avseende vilket företag referensen avser är blank, och inte heller på något annat ställe i blanketten framgår vilket bolag som avses. Det är således helt öppet vilken leverantör som referenspersonernas intygande avser. Uppdragen skulle lika gärna kunna ha utförts av någon helt utomstående. Det framgår under alla omständigheter inte att det är Alltransport, eller dess underleverantör Wilssons Åkeri AB (Wilssons Åkeri), som har utfört de referensuppdrag som åberopas. Kraven i denna del är därmed inte uppfyllda.

Att Alltransports anbud har inkommit till NoVA via det elektroniska upphandlingsstödet e-avrop är irrelevant för frågan om kravet i fråga är uppfyllt eller inte. En anbudsgivare måste uppge sitt namn och organisationsnummer vid anbudslämnandet för att identifiera sig självt. Bara för att Alltransport har uppfyllt denna självklarhet, innebär det inte att alla dokument som inlämnas automatiskt avser Alltransport. Under alla förhållanden innebär det inte, såsom är fråga om här:

- att Alltransport styrkt att bolaget slutfört de angivna uppdragen - eftersom det inte framgår, allra minst av intygen,

- att Alltransport uppfyllt kravet på att det ska vara fråga om bilaga *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* - då anbudsgivarens namn och organisationsnummer ostridigt inte fyllts i,
- att Alltransport uppfyllt det krav som anges i bilaga *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* om att referenspersonerna genom sina underskrifter på heder och samvete ska intyga att "ovan nämnd anbudsgivare utfört ovan åberopat referensuppdrag kontraktsevenligt" - eftersom det inte framgår vem intyget avser, och detta framgår varken vid intygandet eller vid anbudsintygandet, oavsett om det är Alltransport som skickat in handlingarna i fråga.

NoVA:s invändning att det inte funnit skäl att ifrågasätta de uppgifter som Alltransport lämnat avseende sina referensuppdrag saknar helt relevans för frågan om de obligatoriska kraven är uppfyllda eller ej. I och med att den upphandlande enheten har ställt upp kraven, ska dessa uppfyllas, och om anbudsgivaren inte gör det ska anbudet förkastas, oavsett om NoVA inte har skäl att ifrågasätta "uppgiften" eller inte.

Det ska härvid noteras att Alltransport har åberopat Wilssons Åkeri:s kapacitet, och i det samarbetsavtal som ingetts anges att det är detta företag som ska utföra alla uppdrag i avtalet mellan Alltransport och NoVA. I och med att det inte framgår vem intygen avser, kan man under alla förhållanden fråga sig om de är tänkta att avse Wilssons Åkeri eller Alltransport. I och med att det är Wilssons Åkeri som ska utföra samtliga uppdrag i upphandlingen kan man ifrågasätta om det inte är detta bolag som också ska ha kapacitet att utföra uppdraget ifråga. NoVA har framfört att det av bilagorna framgår att det är Alltransport som utfört uppdragen, och ingen annan. Om det nu förhåller sig så, ifrågasätts att Wilssons Åkeri har kompetens att utföra uppdraget.

Alltransport har således inte styrkt att bolaget utfört de aktuella uppdragen som angetts som referenser och inte uppfyllt de krav som ställts i denna del. Anbudet borde ha förkastats.

Krav enligt punkt 8.0

Alltransport har till sitt anbud bifogat ett samarbetsavtal med Wilssons Åkeri av vilket det framgår att Wilssons Åkeri ska utföra alla uppdrag i avtal mellan Alltransport och NoVA gällande TV-inspektion av avloppsledningar. I uppdraget ingår dock att utföra vissa dykeritjänster. Wilssons Åkeri genomför inte dykeritjänster, vilket framgår av bolagets hemsida och bolagsordning. Alltransport har inte bifogat något samarbetsavtal eller liknande med annan leverantör som har kapacitet att utföra dykeritjänsterna. Alltransport har därför inte visat att det har kapacitet att utföra alla delar av uppdraget, själv eller genom annan.

Om Alltransport avser nyttja annan leverantör för dykeritjänster brister anbudet med avseende på vad som fordras vid återopande av annans kapacitet. Alltransports anbud skulle ha förkastats även på denna grund. Det ovan sagda innebär dessutom en särbehandling av anbudsgivarna till Bolagets nackdel, eftersom NoVA uppenbarligen accepterat Alltransports anbud utan att det överhuvudtaget getts in avtal avseende dykeritjänster som anbudsgivaren själv inte har kapacitet att utföra och således måste anlita annan leverantör till, medan Bolagets anbud har förkastats på grund av en formalitet avseende underskrifter i dess ingivna samarbetsavtal med underleverantör.

NoVA

NoVA har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF och övriga bestämmelser i LUF samt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget har därför inte lidit skada och kan inte

komma att lida skada.

Bolagets anbud

Bolaget har till sitt anbud bifogat en handling kallad *Samarbetsavtal/Uppdragsavtal* mellan Bolaget som uppdragsgivare och Berotech som uppdragstagare. Av det bifogade samarbetsavtalet framgår att enligt 15 kap. 15 a § LUF ställer Berotech sin yrkesmässiga kapacitet samt referens till Bolagets förfogande. Vidare framgår att samarbetsavtalet upprättats i två exemplar och att vardera part erhållit varsitt. Samarbetsavtalet är dock enbart undertecknat av Bolaget.

NoVA har vid utvärdering av inkomna anbud att ta ställning till de handlingar som inkommit vid sista anbudsdag. Det är ostridigt mellan parterna att det samarbetsavtal som bifogades anbudet inte är undertecknat av båda parter. För att ett skriftligt avtal ska komma till stånd och bli gällande krävs att båda parter undertecknar avtalet vilket inte gjordes i förevarande fall. NoVA kan inte acceptera ett samarbetsavtal som giltigt där enbart ena parten skrivit under. Genom att acceptera ett samarbetsavtal där enbart ena parten skrivit under skulle NoVA bryta mot likabehandlingsprincipen som är en av de grundläggande EU-rättsliga principerna inom upphandlingsområdet. NoVA kan konstatera att det utifrån de av Bolaget ingivna anbudshandlingarna vid anbudstidens utgång, inte framgår att det finns ett samarbetsavtal mellan Bolaget och Berotech. Det avtal som Bolaget nu åberopar och som är undertecknat av båda parterna torde vara en efterhandskonstruktion som är ett resultat av sena förhandlingar mellan parterna och därmed inte relevant för denna prövning. Det var inte det samarbetsavtal som bifogats anbudet och som NoVA hade att ta ställning till vid kvalificeringen av inkomna anbud.

Bolaget hävdar att den inlämnade avtalshandlingen ska betraktas som i vart

fall "liknande" då det representerar ett gällande avtal mellan Bolaget och Berotech. Av punkt 8.0 i förfrågningsunderlaget framgår att det ska vara ett undertecknat avtal vilket innebär att båda parter ska ha undertecknat avtalet för att det ska vara giltigt. Det är anbudsgivaren som ska visa att denne förfogar över de resurser som anbudsgivaren åberopar och att den upphandlande enheten känner sig förvissad om att anbudsgivaren kommer att förfoga över åberopade resurser. Genom en handling som inte är undertecknad av bägge parter kan inte NoVA känna sig förvissad på att det verkligen föreligger ett gällande avtal mellan parterna som gör att Bolaget förfogar över de åberopade resurserna.

Enligt punkt 4.0 i förfrågningsunderlaget var det ett kvalificeringskrav att i anbudet ange tre stycken referensuppdrag avseende spolning med efterföljande TV-inspektioner omfattande dimensionerna 110-1000 mm. De tre referensuppdragen var uppdelade på olika dimensioner.

NoVA kontaktade Berotech för att kontrollera om det var Berotech eller Bolaget som hade utfört det referensuppdrag som Bolaget åberopat gällande dimensionen 600-1000 mm. NoVA fick bekräftat att det var Berotech som hade utfört åberopat referensuppdrag. NoVA:s kontakt med Berotech hade inget att göra med huruvida det fanns ett giltigt avtal mellan Bolaget och Berotech utan utfördes enbart för att kontrollera vem som hade utfört det åberopade referensuppdraget och för att kontrollera om kvalificeringskravet var uppfyllt eller inte. Då det var Berotech som hade utfört referensuppdraget som Bolaget åberopade och det inte fanns något undertecknat samarbetsavtal mellan parterna bifogat till anbudet kan det rimligtvis inte anses att Bolaget uppfyller samtliga kvalificeringskrav som har uppställts i förfrågningsunderlaget.

Alltransports anbud

Krav enligt punkt 4.0

De tre referensuppdragen skulle bifogas till anbudet genom att bilagan *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* skulle ifyllas. Av bilagan framgår bl.a. att anbudsgivarens företagsnamn och organisationsnummer ska fyllas i. I Alltransports anbud var dessa två fält inte ifyllda vad gäller de åberopade referensuppdragen men då de avser uppgifter rörande anbudsgivaren så har dessa uppgifter redan inkommit till NoVA, vilket NoVA har att ta hänsyn till, i och med att Alltransport lämnat in sitt anbud via det elektroniska upphandlingsstödet e-avrop. Om uppgifter som ska anges i ett anbud inkommit på annat sätt i anbudet är den upphandlande enheten skyldig att ta hänsyn till uppgifterna och kan på den kvalificeringsgrunden inte diskvalificera en anbudsgivare. NoVA anser därmed att det av den av Alltransport ingivna bilagan framgår att åberopade referensuppdrag har utförts av Alltransport som anbudsgivare och ingen annan leverantör.

Respektive referensperson intygar via bilagan att det uppdrag som anbudsgivaren angett är utfört i enlighet med de uppgifter som fyllts i av anbudsgivaren. En anbudsgivare som vill åberopa ett referensuppdrag som de utfört åt någon annan kontaktar rimligtvis den parten innan och frågar om de kan tänka sig att ställa upp som referent. NoVA har för övrigt ingen anledning att ifrågasätta de uppgifter som inkommit gällande de referensuppdrag som Alltransport har åberopat.

Av EU-domstolens praxis framgår dessutom att likabehandlingsprincipen kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de lämnade anbuden samt att uppställda krav inte får vara onödiga eller oproportionerliga. I doktrinen anges att en följd av proportionalitetsprincipen anses vara att en upp-

gift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och inte av oväsentlig betydelse. Den avvikelse som Alltransports anbud har från uppfyllandet av kravet får, med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och innebörden av det aktuella kravet, anses vara irrelevant och oväsentlig och kan inte anses stå i proportion till följderna av att förkasta anbudet. Det väsentliga är att informationen inkommit i upphandlingsstödet e-Avrop. Avvikelsen från ska-kravet är inte av sådan art att det kan ge Alltransport en konkurrensfördel gentemot Bolaget och att bristen på likabehandling därmed får anses försumbar. NoVA anser därför att det är oproportionerligt att förkasta Alltransports anbud på denna grund.

Krav enligt punkt 8.0

Dykeritjänster är en del av TV-inspektionen av avloppsledningarna som NoVA upphandlar och ett kontraktsvillkor, inte ett kvalificeringskrav. Den leverantör som tilldelas avtalet ska kunna utföra dykeritjänster när behov uppstår under ramavtalstiden endera själva eller genom anlitan av underentreprenör. Anlitas underentreprenör ska NoVA enligt punkten AFC.35 i de Administrativa föreskrifterna godkänna denne innan anlitan.

Alltransport har enligt bifogat samarbetsavtal för avsikt att använda Wilsons Åkeri för utförande av kontraktet av TV-inspektion av avloppsledningarna. Uppstår behovet av dykeritjänster under ramavtalstiden har Wilsons Åkeri möjlighet att anlita en underentreprenör för utförande av dykeritjänster om de inte kan utföra det i egen regi.

NoVA har således inte särbehandlat Alltransport genom att acceptera dess anbud utan ingivande av ett samarbetsavtal eller liknande gällande dykeritjänsterna då kravet på dykeritjänster är ett kommersiellt avtalsvillkor och inte ett kvalificeringskrav.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

Bilagan Skallkrav

Av punkt 4.0 *Kvalificeringskrav – Krav på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet* framgår bl.a. följande.

En kontroll kommer göras av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra nu aktuellt upphandlingsuppdrag.

*Anbudsgivaren ska god kunskap och praktisk erfarenhet av TV-inspektioner.
Se AFB.52*

*Anbudsgivaren ska styrka att denne under de tre senaste åren, räknat från sista anbudsdag, har slutfört tre uppdrag gällande TV-inspektion.
Med referensuppdrag avses spolning med efterföljande TV-inspektioner som omfattar dimensionerna 110-1000 mm.*

Anbudsgivaren ska lämna ett referensuppdrag för varje nedanstående dimension som omfattar

- ✓ *Dimension 110-160 mm med ett kontraktsvärde om minst 50 000 kr.*
- ✓ *Dimension 225-500 mm med ett kontraktsvärde om minst 150 000 kr.*

✓ Dimension 600-1000 mm med ett kontraktsvärde om minst 250 000 kr.

[...]

Krav på bilaga 4.1

Bifoga en ifylld bilaga "Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran" för varje referensuppdrag som åberopas, totalt tre stycken.

[...]

Av punkt 8.0 Anbudsgivaren åberopar annan leverantörs kapacitet framgår bl.a. följande.

[...] Anbudsgivaren måste kunna styrka att denne har faktisk möjlighet att utnyttja den kapacitet som denne åberopar under den period som omfattas av avtalet. Detta kan göras bland annat genom att anbudsgivaren till anbudet skickar med ett undertecknat samarbetsavtal eller liknande med den åberopade leverantören, i vilket den åberopade leverantören åtar sig att ställa kapacitet till anbudsgivarens förfogande. [...]

Administrativa föreskrifter

Av punkt AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet framgår bl.a. följande.

En förutsättning för att utvärdering av ett anbud ska ske enligt vad som framgår av AFB.53 är att anbudsgivaren uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och att anbudet innehåller efterfrågade dokument och uppgifter enligt vad som föreskrivs i AFB.31.

Följande kvalificeringskrav ställs på anbudsgivaren (se också bilaga Skallkrav):

[...]

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha god kunskap och praktisk erfarenhet av TV-inspektioner. Anbudsgivaren ska styrka att denne under de tre senaste åren, räknat från sista anbudsdag, har slutfört tre uppdrag gällande TV-inspektion.

Med referensuppdrag avses spolning med efterföljande TV-inspektioner som omfattar dimensionerna 110-1000 mm. Anbudsgivaren ska lämna ett referensuppdrag för varje nedanstående dimension som omfattar:

✓ Dimension 110-160 mm med ett kontraktsvärde om minst 50 000 kr.

✓ Dimension 225-500 mm med ett kontraktsvärde om minst 150 000 kr.

✓ Dimension 600-1000 mm med ett kontraktsvärde om minst 250 000 kr.

Av punkt AFC.35 *Underentreprenörer* framgår bl.a. följande.

Samma krav på utbildning och erfarenhet gäller för underentreprenörer som för Entreprenören.

Entreprenören äger inte rätt, att utan Beställarens skriftliga godkännande anlita underentreprenörer.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande enhet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LUF och därigenom angivna unionsrättsliga principer. I den mån en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget anger kvalificeringskrav eller administrativa, tekniska samt kommersiella krav som är absoluta är därmed utgångspunkten att anbudsgivarna, för att de ska tillåtas tilldelas kontraktet i upphandlingen, genom sina anbud måste visa att de fullt ut uppfyller sådana krav.

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande enhet brutit mot bestämmelserna i LUF att visa att skäl för åtgärd föreligger enligt nämndlagstiftning.

Bolagets anbud

Kravet på att anbudsgivaren har en teknisk och yrkesmässig kapacitet som är tillräcklig för att fullgöra det aktuella upphandlingsuppdraget är enligt den tydliga lydelsen av punkten 8.0 i förfrågningsunderlaget ett kvalificeringskrav som måste vara uppfyllt av en anbudsgivare för att dess anbud ska upptas till slutlig anbudsutvärdering.

Bolaget har i målet gjort gällande att Bolaget uppfyller det aktuella kravet genom det dokument som bifogats anbudet med rubriken *Samarbetsav-*

tal/Uppdragsavtal och som endast var undertecknat av Lars Strandstedt, VD för Bolaget, då denna handling enligt Bolaget är en sådan *liknande* handling som enligt punkten 8.0 kan användas för att en anbudsgivare, som behöver åberopa annan leverantörs kapacitet *kan styrka att denne har faktisk möjlighet att utnyttja den kapacitet som denne åberopar under den period som omfattas av avtalet*. Som ytterligare argument för att kravet enligt den aktuella punkten har uppfyllts av Bolaget har det anförts att NoVA har varit i kontakt med Berotech inför anbudsutvärderingen och ställt frågor om det referensuppdrag som Bolaget åberopat gällande Berotech.

Förvaltningsrätten konstaterar att någon närmare förklaring av vad "liknande handling" enligt den aktuella punkten innebär inte finns i förfrågningsunderlaget. Syftet med handlingen ifråga är dock att påvisa att det bolag vars kapacitet åberopas står till förfogande under kontraktstiden avseende krävd teknisk och yrkesmässig erfarenhet och vid utförande av den tjänst som upphandlingen avser. För att uppfylla sådant krav finner förvaltningsrätten att ett klart bindande åtagande i någon form måste komma direkt från Berotech. Med hänsyn härtill kan inte en handling som endast Bolaget undertecknat utgöra en handling som i förfrågningsunderlagets mening liknar ett avtal.

Med beaktande av det anförda finner förvaltningsrätten att Bolaget genom sitt anbud inte har förmått visa att Bolaget (i) uppfyller ställt kvalificeringskrav rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet samt (ii) innehar krävd kapacitet för utförande av efterfrågad tjänst. NoVA har således haft fog för att inte uppta Bolagets anbud till slutlig anbudsutvärdering. Det förhållandet att NoVA har varit i kontakt med Berotech med frågor om vem som har utfört referensuppdragen förändrar inte denna bedömning.

Alltransports anbud

Om en anbudsgivares anbud rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen kan ofta bedömningen göras att denne inte kan anses lida skada av att en upphandlande enhet 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 Kammarrätten 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 enhet 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.

Med beaktande av att det endast förekommer två anbudsgivare i upphandlingen och att Bolaget framfört invändningen att Alltransports anbud brister i uppfyllelse av ställda obligatoriska krav föreligger skäl att, i enlighet med det ovanstående, sakpröva vad Bolaget anfört i denna del.

Kravet enligt punkten 4.0

Bolaget har gjort gällande att Alltransports anbud inte uppfyller det uppställda kravet avseende angivande av referensuppdrag eftersom rutan i bilagan *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* avseende vilket företag referensen avser är blank och det därmed inte framgår vilket företag det är som har genomfört de uppdrag som påstås ha utförts.

NoVA har vidgått att uppgifterna om anbudsgivarens namn och organisationsnumret, som skulle fyllas i den aktuella bilagan, saknas men har invänt

att Alltransport ändå har uppfyllt det ställda kravet i och med att det klart framgår att det är Alltransport som har lämnat anbudet via det elektroniska upphandlingsstödet e-avrop. NoVA har vidare gjort gällande att det vore oproportionerligt att utesluta Alltransports anbud på aktuell grund då den eventuella avvikelserna, med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och innebörden av det aktuella kravet, får anses vara irrelevant och oväsentlig och inte kan anses stå i proportion till följderna av att förkasta Alltransports anbud.

Vad gäller syftet med det uppställda kravet enligt punkten 4.0 får detta generellt, enligt förvaltningsrättens uppfattning, anses vara att NoVA ska er hålla tillräcklig och relevant information avseende anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att kunna bedöma om denna är tillräcklig för att fullgöra aktuellt uppdrag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av punkten 4.0 framgår att anbudsgivaren ska bifoga en ifylld bilaga *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* för att styrka uppfyllelsen av det aktuella kravet samt att en av de uppgifter som bilagan ska innehålla är anbudsgivarens företagsnamn och organisationsnummer. Det är i målet ostridigt att bilagan *Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran* som Alltransport gett in tillsammans med anbudet inte innehåller de aktuella uppgifterna. Fråga blir då om denna avvikelse bör föranleda att Alltransports anbud ska förkastas.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s.132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. I doktrinen har vidare anförts att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandling-

en och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Kommentar Offentlig upphandling, uppl. 1:3, s. 16).

Förvaltningsrätten finner att NoVA, genom sitt sätt att hantera Alltransports anbud i aktuellt avseende, får anses ha bedömt att det inte är nödvändigt att anbudet uppfyller det ställda kravet beträffande uppgifter om företagsnamn och organisationsnummer i berörd bilaga för att målen med upphandlingen ska uppnås. Vid en samlad bedömning av omständigheterna i målet, varvid hänsyn särskilt tagits till syftet med kravet om referenser generellt, anser förvaltningsrätten att det aktuella kravet om uppgifter om anbudsgivarens företagsnamn och organisationsnummer inte fyller någon faktisk funktion i den situation som uppkommit och att kravet därmed går utöver vad som är nödvändigt för genomförandet av upphandlingen. Därutöver har inte heller aktuell brist inneburit att det vid en prövning av Alltransports anbud varit oklart för NoVA vem som lämnat bilagan, dvs. vem som är anbudsgivare, eller att referensuppdraget avser denne. Det finns inte heller skäl att anta att vetenskapen om NoVA:s faktiska tillämpning av ifrågavarande krav vid referenstagning skulle ha kunnat medföra att en annan konkurrenssituation vid det konkurrensuppsökande skedet uppstått eller att NoVA:s hantering därvidlag på något annat sätt medfört en snedvridning av konkurrensen. (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 897-14).

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att NoVA inte har handlat i strid med LUF och dess allmänna principer genom att godta Alltransports anbud i den del som rör redovisning av åberopade referensuppdrag.

Kravet enligt punkten 8.0

Bolaget har gjort gällande att Alltransport inte uppfyller det aktuella kravet eftersom Alltransport har angett att Wilssons Åkeri ska utföra alla uppdrag i avtalet mellan Alltransport och NoVA gällande TV-inspektion av avlopps-

ledningarna och det i uppdraget ingår också att utföra vissa dykeritjänster, som Wilssons Åkeri inte genomför. Eftersom Alltransport inte har bifogat något samarbetsavtal eller liknande med annan leverantör som har kapacitet att utföra dykeritjänsterna har Alltransport således, enligt Bolagets uppfattning, inte visat att det har kapacitet att utföra alla delar av uppdraget, själv eller genom annan.

Förvaltningsrätten konstaterar att Alltransport till styrkande av att företaget uppfyller kravet enligt punkten 8.0 har ingett ett samarbetsavtal undertecknat av Alltransport och Wilssons Åkeri av vilket framgår att Wilssons Åkeri åtar sig att utföra *"alla uppdrag i avtalet mellan Alltransport och NoVA gällande TV-inspektion av avloppsledningar"*. Genom detta avtal har Alltransport således uppfyllt kravet att visa att bolaget *har faktisk möjlighet att utnyttja den kapacitet som åberopas under den period som omfattas av avtalet*.

Då NoVA, utöver kravet på referensuppdrag enligt punkt 4.0, i upphandlingen inte har ställt något annat kvalificeringskrav på att anbudsgivaren, redan i anbudet ska styrka att denne, själv eller genom sin underleverantör, har tillräcklig kapacitet för att utgöra upphandlingsuppdraget, finns inte heller något krav att Alltransport redan i anbudet måste styrka att bolaget själv kan utföra dykeritjänster eller att inge samarbetsavtal med någon leverantör som besitter kapaciteten att utföra dykeritjänster. Istället har NoVA valt att i punkten AFC.35 i de Administrativa föreskrifterna reglera att, för det fallet leverantören vill anlita underleverantör, måste NoVA godkänna denne innan anlåtande.

Mot bakgrund av det ovan anförda brister inte Alltransports anbud inte i uppfyllelse av kravet enligt punkten 8.0 och NoVA har således saknat anledning att utesluta anbudet från anbudsutvärdering vid sin prövning i relevant hänseende.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda saknas skäl att förordna om ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.