



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2019-03-27

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr
2354-19

SÖKANDE

E-Schakt Entreprenad AB, 556438-0862

Ombud: Advokat Sylvia Lindén och jur.kand. Jens Nilsson
Kilpatrick Townsend & Stockton Adv.
Box 5421
114 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Sollentuna kommun, Trafik- och fastighetsnämnden
191 86 Sollentuna

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Viveka Heimer
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingarna får avslutas först sedan rättelse skett genom en ny prövning av anbudena.

Dok.Id 1074996

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sollentuna kommun (kommunen) genomförde två upphandlingar avseende entreprenader i fråga om omsiolering och betongpreparation av ett antal broar (dnr SK2018-0036 och SK2018-0038). Upphandlingarna genomfördes som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 4 juni 2018 tilldelades Svenska Anläggning AB (Anläggning) kontrakt i båda upphandlingarna. Sedan E-Schakt Entreprenad AB ansökt om överprövning av upphandlingarna beslutade förvaltningsrätten i mål nr 13674-18 att rättelse av upphandlingarna skulle ske genom en ny prövning av anbuden. I nya tilldelningsbeslut den 17 januari 2019 tilldelades Bechtel Entreprenad AB (Bechtel) kontrakt i båda upphandlingarna.

E-Schakt Entreprenad AB (bolaget) ansöker på nytt om överprövning av upphandlingarna och yrkar i första hand att upphandlingarna ska rättas på så sätt att en ny utvärdering och tilldelning ska ske varvid Bechtel ska uteslutas. I andra hand yrkas att upphandlingarna ska rättas på så sätt att anbudet från Bechtel ska förkastas. Slutligen yrkas att förvaltningsrätten ska infordra vissa närmare angivna handlingar som Bechtel gett in till kommunen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i bestämmelsen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som uppställs i upphandlingsdokumenten. I 4 kap. 9 § LOU anges i första stycket att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. I andra stycket anges att en åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Bolaget gör bl.a. gällande att Becthels anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingarna. Bolaget anför bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska ha uppfyllt kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kvalificeras. Becthel har offererat två personer att bli platschef respektive arbetsledare. Dessa personer har offererats till motsvarande funktioner i Anläggnings anbud. En av personerna är även styrelseledamot i Anläggning. Becthel påstår att det kan använda Anläggnings anställda. Det finns emellertid inte några anställda i Anläggning vilket bevisas av att

Anläggning inte betalar några arbetsgivaravgifter. Bechtel behöver alltså extern kapacitet för att klara kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av företagsbeskrivningen i Bechtels anbud framgår att ”Därutöver samarbetar vi med ett flertal andra mindre företag inom de områden som vi är verksamma, varvid vi har möjlighet att via dessa företag förse våra entreprenader med inhyrda yrkesarbetare efter behov”. Av kommunens yttrande framgår vidare att Bechtel uppger att bolaget saknar tillgängliga resurser. Det innebär att Bechtel redan av denna anledning ska presentera ett åtagande från annat bolag för att uppfylla kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Bechtel har inte till sitt anbud bifogat något åtagande från Anläggning avseende tillgång till Anläggnings påstådda tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Ett blankt påstående om inhämtade offerter är inte tillräckligt för att uppfylla kraven. Uppgiften utgör därtill en otillåten komplettering av anbud eftersom uppgiften om offerter inte fanns med i Bechtels anbud. Bechtel uppfyller således inte ställda krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen har därmed handlat i strid med de grundläggande principerna vid kvalificeringen av Bechtels anbud. Bolaget har härigenom fråntagits möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingarna. Bolaget har därför lidit eller riskerar att lida skada.

Kommunen anför i denna del bl.a. följande.

Bechtel har begärt in offerter från Anläggning och har genom detta försäkrat sig om och visat kommunen att Bechtel har tillgång till de resurser som krävs. Kravet rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet såvitt gäller krav på personal uppställer inte något beviskrav i stil med det som anges vad gäller krav på anbudsgivaren. Kravet på anbudsgivaren anger uttryckligen att denne i anbudet ska styrka att denne har resurser, kompetens och erfarenhet att organisera, utföra och följa upp entreprenaden enligt upphandlingsdokumentens ställda krav. Motsvarande beviskrav har inte uppställts såvitt avser kravet på personal, vilket endast anger att personal

ska kunna tillhandahållas. Att inhämta offerter på så sätt som Bechtel har gjort från Anläggning för att säkerställa resurser under avtalstiden får därför anses vara tillräckligt mot bakgrund av hur aktuellt krav på personal har utformats.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av avsnitt AFB.52 i de administrativa föreskrifterna för respektive upphandling framgår att kommunen har ställt två krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Under rubriken "Krav på anbudsgivare" framgår att anbudsgivare i anbudet ska kunna styrka att denne har resurser, kompetens och erfarenhet att organisera, utföra och följa upp entreprenaden enligt upphandlingsdokumentens krav. Under rubriken "Krav på personal" anges bl.a. att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla personal med för respektive arbetsområde/arbetsuppgift adekvat utbildning/erfarenhet. Under samma rubrik anges särskilda krav på föreslagen platschef respektive föreslagen arbetsledare.

Förvaltningsrätten anser, så som kraven ovan är formulerade, att det rör sig om sådana obligatoriska ska-krav som måste vara uppfyllda för att anbudsgivarna ska anses kvalificerade. Kommunen har inte ställt något beviskrav rörande kravet att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla personal. Eftersom det rör sig om ett kvalificeringskrav har anbudsgivarna dock haft att utgå från att detta måste vara uppfyllt.

Av de administrativa föreskrifterna framgår att leverantörer har rätt att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven. Under rubriken "Tillgång till andra företags kapacitet" anges att anbudsgivare som vill utnyttja denna rättighet ska redovisa företagsnamn, organisationsnummer, samt vilken funktion som företaget ska fylla. Anbudsgivare ska också till anbudet bifoga ett

undertecknat åtagande av behörig firmatecknare från företaget i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs.

Av handlingarna i målet framgår att Bechtel, i ett svar till kommunen den 20 juli 2018, har uppgett att den person som Bechtel angett som föreslagen platschef sedan en tid tillbaka har lämnat sina uppdrag i Bechtel och valt att gå vidare med Anläggning. I svaret anges vidare att "Bechtel Entreprenad AB har för avsikt att utnyttja resurser från Anläggning då Bechtel inte har egna tillgängliga resurser under utförandetiden för dessa bropaket. Vidare har Bechtel Entreprenad AB tagit in offerter från Svenska Anläggning AB avseende dessa bropaket."

Förvaltningsrätten anser att det av ovanstående uppgifter framgår att Bechtel inte själv har de resurser som krävs för att uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet utan att Bechtel är beroende av kapacitet från Anläggning. Kommunen har inte gjort gällande att Bechtel, i sina anbud i överensstämmelse med de administrativa föreskrifterna, har åberopat kapacitet från Anläggning eller från något annat företag. Kommunen anser däremot att Bechtel, genom att begära in offerter från Anläggning, har visat att Bechtel har tillgång till de resurser som krävs. Förvaltningsrätten konstaterar dock att uppgifterna i svaret tillkommit först efter anbudstidens utgång. Enligt förvaltningsrättens mening rör det sig om helt nya sakuppgifter som inte kan tillföras ett anbud med stöd av 4 kap. 9 § LOU (jfr prop. 2015/16:195 s. 197). Även för det fall kompletteringen hade varit tillåten anser förvaltningsrätten att enbart uppgiften om att Bechtel begärt in offerter inte kan anses visa att Bechtel kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. Något åtagande från Anläggning går inte att utläsa. Förvaltningsrätten anser därmed att Bechtel inte uppfyller de obligatoriska kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Kommunen har vid prövningarna av Bechtels anbud i de båda upphandlingarna avvikit från kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen har därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Kommunen har tillämpat regeln om begränsad kontroll enligt 19 kap. 20 § LOU och har endast kontrollerat lämpligheten av den anbudsgivare som kommunen avsåg att tilldela kontrakt, dvs. Bechtel. Eftersom bolagets anbud bedömts vara det näst mest ekonomiskt fördelaktiga i respektive upphandling har bolaget, till följd av kommunens agerande, riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av detta att upphandlingarna ska rättas genom en ny prövning av anbuden.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva vad bolaget i övrigt anfört utgör skäl för att ingripa mot upphandlingarna. Det saknas även skäl att ta ställning till bolagets yrkande om att handlingar ska begäras in från kommunen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Louise Ljöstad har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

