



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
Helene Bergquist-Frederiksen

DOM
2008-06-30
Meddelad i
Falun

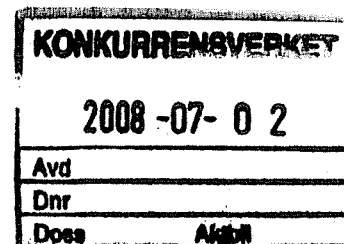
Mål nr
1177-08 E
Rotel 1

SÖKANDE

BCA Entreprenad AB, 556411-0848
Box 64
231 21 Trelleborg

Ombud: Jur.kand. Emma Berglund
Hamilton Advokatbyrå Stockholm KB
Box 715
101 33 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå Stockholm KB
Box 715
101 33 Stockholm



MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren
Mannheimer Swartling Advokatbyrå
Box 1711
111 87 Stockholm

Ombud: Advokat Louise Widén
Mannheimer Swartling Advokatbyrå
Box 1711
111 87 STOCKHOLM

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 30 april 2008.

Dok.Id 49073

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Banverket genomför en upphandling av 50-11 Plattformsanpassningar Örtofta, utförandeentreprenad mark (dnr F08-2373/IN70). Tilldelningsbeslut meddelades den 22 april 2008. Av beslutet framgår att det anbud som lämnats av Svenska Entreprenad i Mälardalen AB (SVEAB) antogs.

BCA Entreprenad AB (BCA) yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att anbud från BCA ska anses uppfylla ska-kravet avseende kapacitet och att anbud från BCA ska antas i upphandlingen. BCA yrkar i andra hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs bl.a. följande. Enligt UFB.51 i Upphandlingsföreskrifterna kommer Banverket att pröva anbudsgivare genom att ett antal ska-krav ska vara uppfyllda. Anbudsgivarna ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning för aktuellt uppdrag. Anbudsgivarna visar att detta krav är uppfyllt genom att inge ifylld blankett från Upplysningscentralen (UC) uppvisande att anbudsgivaren uppfyller riskklass tre eller motsvarande intyg från likvärdigt kreditupplysningsinstitut. Aktuell blankett får inte vara äldre än tre månader. Det är vidare ett ska-krav att anbudsgivaren har tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för aktuellt uppdrag. Anbudsgivaren visar att kravet på tekniskt förmåga och kapacitet är uppfyllt genom att bl.a. inge ett för detta uppdrag relevant referensuppdrag avseende anbudsgivarens erfarenhet och kapacitet, genomförandebeskrivning, preliminär resursplan, organisationsplan med referenser, preliminär säkerhetsplan och policys. Enligt UFB.52 i Upphandlingsföreskrifterna kommer anbudet med lägsta priset att antas. BCA har offererat det lägsta priset. I Anbudsprövning, Bilaga 11, anges att SVEAB uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Det framgår vidare att BCA uppfyller samtliga ska-krav utom kravet benämnt Kapacitet där det anges ”se kommentar”. I Kommentaren anges bl.a. följande. ”Anbudsgivaren har valt att bemanna ett antal nyckelpositioner med en och samma resurs. Denna form av bemanning har anbudsgivaren tillämpat i ett antal

tidigare utförda uppdrag där upphandlande enhet varit beställare. Således har beställaren en stor erfarenhet av det föreslagna upplägget. Denna resursbemanning har i tidigare uppdrag inneburit svårighet för anbudsgivaren att slutföra aktuellt uppdrag inom ramen för gällande tidplan, något som är av synnerligen stor vikt inom järnvägsentreprenader vilka är styrda av ett antal fastlagda och allt som oftast ej föränderliga tider. Vidare har aktuell resursbemanning inneburit ett betydande merarbete för beställarorganisationen, bl.a. vad gäller samordning, något som innebär negativt utfall för beställaren vad gäller kostnads- och resurseffektivitet. Upplägget med en och samma resurs i positioner av vikt för entreprenadens genomförande har även inneburit en minskad tillgänglighet under pågående entreprenad. Således kan anbudsgivaren utifrån anbud ej anses uppfylla kravet gällande kapacitet att genomföra aktuell entreprenad.”

Kravet på kapacitet

BCA uppfyller ska-kravet avseende kapacitet och har offererat det lägsta priset, varför BCA:s anbud ska antas i upphandlingen. BCA har redovisat hur det avser att organisera bemanningen i upphandlingen. Enligt organisationsschemat ska Torbjörn Jönsson vara ombud, platschef, brandskydds-, trafiksäkerhets- och miljö/arbetsansvarig. Emilia Jassim ska vara kvalitets- och miljöansvarig. Anledningen till att BCA valt att låta Torbjörn Jönsson ansvara för flera områden i upphandlingen beror på den gedigna erfarenhet han besitter på dessa områden.

Kravet på stabil finansiell och ekonomisk ställning

SVEAB har bifogat ett intyg från UC beställt 23 november 2007. I intyget har SVEAB riskklass nummer tre. I en handling upprättad av Banverket den 21 april 2008 benämnd Individuell prövning – UC Riskklass anger Banverket att SVEAB inkommit med en rättelse avseende ett inskickat intyg från UC som var för gammalt samt att SVEAB inkommit med ett nytt intyg från UC utvisande att SVEAB har riskklass nummer två. Banverket företog då

en individuell prövning av anbudsgivaren. UC har meddelat Banverket att den nya riskklassen beror på ett ärende hos Bolagsverket om ansökan om utträde ur styrelsen, då sänks riskklassen automatiskt från fyra till två. Banverket konstaterade därefter att SVEAB innehar efterfrågad ekonomisk stabilitet och ansågs således uppfylla detta krav. Av UC-intyget framgår emellertid även att SVEAB har åtta ansökningar om betalningsförelägganden registrerade. Det finns ansökningar som är yngre än sex månader och styrelsemedlemmar som har engagemang i företag i konkurs.

Mot denna bakgrund menar BCA att SVEAB inte uppfyllde ska-kravet att inkomma med intyg från UC som inte var äldre än tre månader. SVEAB:s anbud borde därför ha förkastats. SVEAB har vidare inkommit med otillåtna kompletteringar till sitt anbud i form av nytt UC-intyg. Detta intyg ska ej beaktas. Genom att tillåta kompletteringarna har Banverket handlat i strid med 1 kap. 24 § och 15 kap. 12 § LUFSS. Även om kompletteringen med det nya UC-intyget beaktas uppfyller SVEAB inte ska-kravet om minst UC riskklass nummer tre, varför SVEAB:s anbud under alla förhållanden skulle ha förkastats.

Skaderekvisitet

BCA kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LUFSS eftersom det på goda skäl kan antas att BCA vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle ha antagits som leverantör i upphandlingen. Det krävs enligt rättspraxis inte att konstaterade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 7 kap 2 § gamla LOU ska komma ifråga, se Kammarrättens i Göteborg dom av den 26 april 2004 i mål nr 622-04 och dom av den 9 februari 2006 i mål nr 666-06 samt Kammarrättens i Stockholm dom av den 25 november 2004 i mål nr 5351-04.

Länsrätten har den 30 april 2008 beslutat att Banverket tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

Banverket har i yttrande anfört bl.a. följande. Banverket bestrider BCA:s yrkanden i sin helhet. BCA:s anbud förkastades då det inte uppfyllde samtliga ska-krav. BCA har i sitt anbud inte erbjudit sådana resurser som medför att BCA har tillräcklig kapacitet för aktuellt uppdrag. Den organisation som BCA erbjudit i sitt anbud har sådana brister att det ställda ska-kravet avseende kapacitet inte uppfylls.

Kravet på kapacitet

I UFB.51 har angetts att ”Anbudsgivaren visar att kraven på teknisk förmåga och kapacitet uppfylls genom att inge följande handlingar och upplysningar: ...Organisationsplan med uppgifter om personalresurser med CV och minst två stycken relevanta referenser på personal avgörande för uppdragets genomförande samt intyg på relevant miljökompetens för uppdraget hos arbetsledare och specialistpersonal. Den i anbudet angivna kvalitets- och miljöansvariga, Emilia Jassim, har inte ens påstått ha kompetens för att kunna fullgöra detta arbete. Än mindre har till anbudet fogats efterfrågat intyg på relevant miljökompetens.

BCA har i organisationsschemat angett att företagets VD, Torbjörn Jönsson, ska fylla funktionerna som ombud, platschef, brandskyddsansvarig, trafiksäkerhetsansvarig samt miljö/arbetsmiljöansvarig. En och samma person kan inte fylla alla dessa funktioner då arbetsuppgifterna vida överstiger heltidsarbete. Det finns ingen möjlighet att Torbjörn Jönsson kan klara alla dessa roller och upprätthålla erforderlig närvaro. BCA har inte erbjudit någon form av delegationsordning i sin organisation, vilket är en stor brist i organisationen och medför brist i kapaciteten.

Dessa brister är ett självständigt skäl att konstatera att inte BCA uppfyllt ska-kravet om tillräcklig kapacitet för aktuellt uppdrag. Dessutom har Banverket genom egen erfarenhet kunnat konstatera att en organisation motsvarande den nu i anbudet erbjudna inte innebär en tillräcklig kapacitet för motsvarande uppdrag och därmed också för aktuellt uppdrag. I förfrågningsunderlaget har angetts att Banverket kommer att ta hänsyn till egna erfarenheter av anbudsgivarna.

Kravet på stabil finansiell och ekonomisk ställning

Denna grund har inte relevans om länsrätten konstaterar att BCA inte uppfyllt aktuellt ska-krav. Vid sådant förhållande uppfyller inte BCA skaderekvisitet enligt LUFS.

SVEAB kontaktade Banverket och begärde att få rätta sitt anbud genom att ge in ett nytt intyg från UC. Det är ingen komplettering utan en rättelse. Uppgiften om riskklass fanns med men hade blivit felaktig. Banverket accepterade rättelsen, vilket inte står i strid med gällande upphandlingslagstiftning. SVEAB informerade om att skälet till den nya riskklassen var att det fanns s.k. eget utträde under registrering. Denna information är en komplettering till en korrekt ingiven uppgift i anbudet, d.v.s. en komplettering till informationen i rättelsen. Att ta hänsyn till en sådan komplettering strider inte heller mot gällande upphandlingslagstiftning. Vid en sammantagen bedömning av den information som Banverket hade konstaterade Banverket att SVEAB uppfyllt ställt krav.

BCA har yrkat att länsrätten ska förordna om rättelse innebärande bl.a. ett förordnande om att BCA ska tilldelas kontraktet. En sådan rättelse är inte möjlig då BCA inte deltagit i den del av utvärderingsfasen som bestod av förhandling.

BCA har i yttrande anfört bl.a. följande.

Kravet på kapacitet

I Kommentaren till att BCA inte skulle uppfylla kapacitetskravet anges inte något om att Banverket skulle ha ansett att BCA inte uppfyllde ställt skalkrav vad gäller att inkomma med CV, intyg eller referenser. Emilia Jassim innehar efterfrågad kompetens men hon utgör inte arbetsledare och specialistpersonal varför några handlingar inte bifogats anbudet avseende henne. Vidare har BCA till sitt anbud bifogat CV, referenser, kursintyg avseende kvalitetsledning och miljöledning för Torbjörn Jönsson och Håkan Olofsson. Avsikten med dessa uppgifter är enligt UFB.51 i Upphandlingsföreskrifterna att anbudsgivaren ska ”påvisa att offererade resurser innehar för detta uppdrag relevant och erforderlig kompetens samt samarbetsförmåga med beställarledet”. Torbjörn Jönsson och Håkan Olofsson innehar relevant och erforderlig kompetens för uppdraget vad gäller samtliga i anbudet efterfrågade områden. Torbjörn Jönsson innehar vidare kapacitet att ansvara för i anbudet uppräknade områden. Han utför inte allt praktiskt arbete på egen hand utan flera personer kommer att vara aktiva i entreprenaden. Att det av BCA offererade upplägget fungerar framgår av att BCA använder sig av liknande organisation vid uppdrag motsvarande det som upphandlas i frågavarande upphandling. Banverket har då antagit BCA som leverantör. Banverket har aldrig påtalat för BCA att denna organisation skulle utgöra ett hinder eller orsaka merarbete. Banverket har istället uttryckt att det varit mycket nöjt med det arbete som BCA har utfört i tidigare entreprenader. För det fall Banverket inte längre avser att godta detta skulle Banverket för att ge alla anbudsgivare lika chans, uttryckligen ha angivit detta. Det måste ha stått klart för Banverket dels att BCA skulle inkomma med anbud, dels att BCA skulle offerera ett upplägg liknande det som tidigare offererats. Det finns inget skalkrav på att en delegationsordning ska framgå av anbudet. I enlighet med vad som är brukligt kommer BCA, när kontrakt tecknats mellan BCA och Banverket och efter att projektplanen fastställts, i samråd med Banverket föreslå en delegationsordning för det fall det skulle bli nödvän-

dig. För att handla i enlighet med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUFSS skulle Banverket ha angivit mer utförligt vilken organisation som efterfrågades. Med hänsyn till den otydliga utformningen av ska-kravet i upphandlingen vad gäller kapacitet, måste bedömningen av om en anbudsgivare uppfyller kravet vara mildare än om det hade varit ett tydligt utformat krav, som t.ex. det att UC-intyg utvisande minst riskklass tre inte får vara äldre än tre månader ska inges.

Banverket anför i yttrande bl.a. följande.

Kravet på kapacitet

Det framgår av Emilia Jassims placering i organisationen att hon är specialistpersonal. Hennes roll som kvalitets- och miljöansvarig är central och rör specialistfrågor vilket visas av hennes inplacering och ansvarsområde. Har den person som är ansvarig för kvalitet och miljö enligt anbudet inte sådana erfarenheter har inte anbudsgivaren i sitt anbud erbjudit ”tillräcklig tekniskt förmåga och kapacitet för aktuellt uppdrag”. Det ställda ska-kravet är därmed inte uppfyllt. Banverket vidhåller vad som tidigare anförts om att Torbjörn Jönsson inte kan fylla samtliga de funktioner som det angetts i anbudet att han ska göra. Förklaringar och påståenden som anføres först inom ramen för överprövningsprocessen är ovidkommande och har självfallet aldrig kunnat ligga till grund för Banverkets utvärdering. Att BCA nu anger att man avsett att delegera delar av Torbjörn Jönssons arbetsuppgifter har ingen bäring på den utvärdering som Banverket gjort av anbudet. Banverket har begärt information om organisationen innefattande offererade personalresurser. Anbudsgivaren har då att i anbudet ange de personalresurser som anbudsgivaren avser att utnyttja för att delegera arbetet till. Arbete, som enligt anbudet ska utföras av platschefen, ombudet, brandskyddsansvarige, trafiksäkerhetsansvarige samt miljö/arbetsmiljöansvarige – i detta fall Torbjörn Jönsson – förutsätts av den upphandlande enheten då också komma att utföras av honom. Om inte detta var BCA:s avsikt har BCA:s anbud

innehållit felaktiga uppgifter eftersom BCA bara tagit med delar av de offererade personalresurserna. Förutsättningarna som gällde för avgivande av anbud i tidigare upphandlingar har inte någon betydelse för anbudsgivningen i kommande upphandlingar. Det är endast det aktuella förfrågningsunderlaget som är avgörande för hur ett anbud ska utformas och hur utvärderingen ska ske. Banverket bestrider vidare att de arbeten som BCA nämner skulle ha ett upplägg som motsvarar det som offererats i den aktuella upphandlingen. Dessutom skiljer sig arbetena markant organisatoriskt. Banverket bestrider att ska-kravet är otydligt.

Skaderekvisitet

Uppfylls inte ska-kravet kan inte BCA komma ifråga för kontraktet och kan inte lida skada. Det är inte här fråga om en sådan skadeprövning som i de kammarrättsdomar som BCA åberopar. En anbudsgivare som inte uppfyllt ett kvalifikationskrav eller ett ska-krav går inte vidare till utvärderingsfasen. En sådan anbudsgivare kan inte komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är dels om SVEAB kan sägas uppfylla de i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kraven, dels om BCA kan sägas uppfylla nämnda ska-krav.

Av 1 kap. 24 § LUFSS framgår att upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap. 12 § LUFSS får en upphandlande enhet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Enheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller komplet-

teras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegrän-
ning.

Enligt 16 kap. 1 § LUFSS får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan
komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltnings-
domstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § LUFSS framgår att om den upphandlande enheten har brutit
mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestäm-
melse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan
komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om
eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

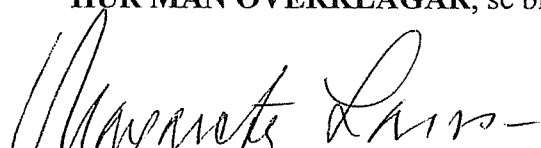
Enligt Upphandlingsföreskrifterna är det ett ska-krav att anbudsgivare har
en stabil finansiell och ekonomisk ställning för aktuellt uppdrag. Anbudsgi-
vare visar att kraven på ekonomisk och finansiell ställning uppfylls genom
att inge antingen ifylld blankett från UC utvisande att anbudsgivaren upp-
fyller riskklass tre eller motsvarande intyg från likvärdigt kreditupplys-
ningsinstitut. Aktuell blankett får ej vara äldre än tre månader. Av utred-
ningen i målet framgår att SVEAB:s anbud innehöll intyg från UC som var
äldre än tre månader. SVEAB inkom därför med nytt intyg från UC vilket
visade att SVEAB hade riskklass två. Banverket har därefter vid individuell
prövning gjort bedömningen att SVEAB innehar efterfrågad ekonomisk
stabilitet och anses uppfylla ställt krav. Att Banverket tillåtit SVEAB att
inkomma med nytt UC intyg som ej var äldre än tre månader får enligt läns-
rättens uppfattning anses vara en sådan tillåten rättelse som avses i 15 kap.
12 § LUFSS. Mot bakgrund av att det nya intyget från UC visade att SVEAB
hade riskklass två finner länsrätten att SVEAB i och för sig inte kan anses ha
uppfyllt ska-kravet om minst UC riskklass tre. Banverket har emellertid

efter en individuell bedömning av bolaget funnit att bolaget innehar den stabila finansiella och ekonomiska ställning som krävs för aktuellt uppdrag. Förutsättningar för ingripande enligt LUFSS föreligger därför inte.

Enligt Upphandlingsföreskrifterna är ett ska-krav att anbudsgivaren har tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för aktuellt uppdrag. Offererade personalresurser ska inneha relevant och erforderlig kompetens samt god samarbetsförmåga. Anbudsgivaren visar att kraven på teknisk förmåga och kapacitet uppfylls genom att bl.a. inge organisationsplan med uppgifter om personalresurser med CV och minst två stycken relevanta referenser på personal avgörande för uppdragets genomförande samt intyg på relevant miljökompetens för uppdraget hos arbetsledare och specialistpersonal. Av BCA:s anbud framgår att Torbjörn Jönsson är VD och att han därtill ska utföra arbetsuppgifter som ombud och platschef. Platschefen är vidare brandskyddsansvarig, trafiksäkerhetsansvarig samt miljö/arbetsmiljöansvarig. Enligt länsrättens bedömning kan inte Torbjörn Jönsson fylla samtliga de funktioner som det i anbudet angivits att han ska göra. För det fall BCA haft för avsikt att delegera vissa av arbetsuppgifterna, borde BCA i anbudet angivit de personalresurser som BCA haft för avsikt att delegera arbetet till. Den organisationsplan som BCA uppgivit i sitt anbud har därför enligt länsrättens uppfattning sådana brister att det ställda ska-kravet avseende kapacitet inte uppfylls. Banverkets beslut att BCA inte uppfyllt de ska-krav avseende teknisk förmåga och kapacitet som anges i förfrågningsunderlaget kan därför anses sakligt grundat. Förfarandet bedöms därför inte stå i strid med bestämmelsen i 1 kap. 24 § LUFSS.

Mot bakgrund av att länsrätten funnit att BCA inte uppfyllt de ska-krav som anges i förfrågningsunderlaget har bolaget inte heller lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärder från länsrättens sida föreligger därmed inte med anledning av överprövningen.

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


Margareta Larsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.