



DOM

2016 -07- 01
Meddelad i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2016 -07- 0 4 ➔	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokat Carl Bokwall och biträdande jurist Helena Salander
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB

Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 16 mars 2016 i mål nr 648-49-16,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 29 mars 2016 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN

NCC Construction Sverige AB (NCC) yrkar att upphandlingarna rättas så att utvärderingen görs om utan att man beaktar anbuden lämnade av konsortierna Vianini Lavori S.p.A och Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna Società Cooperativas och Itinera S.p.A. I andra hand yrkar NCC att upphandlingarna ska göras om.

Trafikverket anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

NCC anför i huvudsak vad som tidigare anförts och tillägger bl.a. följande till stöd för sin talan.

Anbudsbilagorna saknar helt uppgifter om att underleverantörerna med bindande verkan åtagit sig att underställa konsortierna sina resurser. Konsortiernas svar innebär att helt nya bevis har ingetts för att styrka att kraven är uppfyllda. Därtill kommer att konsortiernas avtalsbilagor är utformade så att kravet bara kan uppfyllas med kompletterande avtal eller bindande åtagande. Det är konsortiernas nya påstående om ett, vid tidpunkten för åtagandet, existerande avtal som medfört att kravet ansetts uppfyllt av Trafikverket. Den ursprungliga anbudsbilagan har blivit utbytt mot ett underentreprenörsavtal av vilket det framgår en ömsesidig skyldighet mellan underentreprenören och konsortierna. Det är inte en konkretisering utan en ny uppgift som haft en avgörande inverkan.

Trafikverket anför i huvudsak vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Trafikverket har vid den ursprungliga anbudsbedömningen funnit att respektive konsortiums intyg i anbudsbilagan inneburit åtaganden i berört hänseende. Det är först vid NCC:s överklagande som Trafikverket blivit varse om att intygandet från konsortierna kunde tolkas på olika sätt vilket kunde fått inverkan på tilldelningsbeslutet. Det har funnits en skyldighet för Trafikverket att undanröja eventuella tveksamheter hänförliga till tilldelningsbeslutet som blivit kända efter tilldelningsbeslutet, men innan avtal har tecknats. Varken begäran om förtydliganden från konsortierna eller beaktande av dessa vid anbudsprövningen har inneburit någon överträdelse av LOU. Konsortierna har på begäran från Trafikverket bekräftat att de vid utförandet av kontraktarbetena kommer att ha tillgång till underleverantörernas resurser i enlighet med kvalificeringskraven.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner vid en samlad bedömning av vad som framkommit i målen inte skäl att göra någon annan bedömning än vad förvaltningsrätten gjort. Överklagandet ska därför avslås.

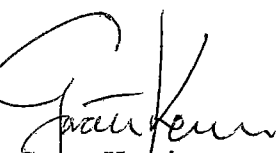
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lii
kammarrättsråd
ordförande



Asa Ärlebrant
kammarrättsråd



Göran Kemi
adjungerad ledamot
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Veronica Eriksson

DOM
2016-03-16
Meddelad i
Falun

Mål nr
648-16
649-16

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: advokaten Carl Bokwall och biträdande juristen Helena Selander
Bokwall Rishund Advokatbyrå KB, Funckens gränd, 111 27 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår NCC Construction Sverige AB:s ansökan om
överprövning.

BAKGRUND

Trafikverket genomför upphandling avseende entreprenader för utförande av bergtunnlar (ref. nr TRV 2015/18779 och 2015/18784) enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Trafikverket avser att anta det bud som sammantaget för de båda entreprenaderna ger lägst anbudssumma. Beslut om tilldelning meddelades den 13 januari 2016. Konsortiet Vianini/CMC (Vianini) hade det lägsta kombinations- och enkelbudet och utsågs därför till entreprenör. Därefter kom konsortiet Itinera/Condotte (Itinera) och sedan NCC Construction Sverige AB (NCC). NCC ansökte om överprövning av upphandlingarna och begärde att de utvärderingar som legat till grund för tilldelningsbesluten skulle göras om. Trafikverket upphävde därefter den 29 januari 2016 tilldelningsbesluten. Man avsåg att i båda upphandlingarna göra en förnyad prövning av inkomna anbud. Den 10 februari 2016 fattades nya tilldelningsbeslut och Vianini utsågs åter till entreprenör efter att Trafikverket begärt förtydligande av vissa anbud.

YRKANDEN M.M.

NCC ansöker om överprövning av upphandlingarna och yrkar att utvärderingen ska göras om utan beaktande av konsortiernas anbud. I andra hand yrkas att upphandlingarna ska göras om. Till stöd för talan anføres bl.a. följande. Konsortierna har åberopat utomstående företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De har dock inte visat att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Trafikverket har berett Vianini och Itinera möjlighet att komplettera sina anbud med nya anbudsuppgifter och därefter godtagit anbudet. Detta innebär att man har handlat i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen samt utanför tillämpningsområdet för 9 kap. 8 § LOU. Kompletteringar får inte beaktas vid prövningen av anbudsgivares uppfyllelse av kvalificeringskraven och anbudet ska därför förkastas. Trafikverket upphävde vidare de tidigare tilldelningsbesluten och tycks mot denna bakgrund inte ha ansett att konsortierna uppfyllde samtliga krav i upphandlingen innan förtydligandena gjordes. Upphandlingsfelen har medfört att NCC lidit eller riskerar att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. De ursprungliga tilldelningsbesluten föregicks av kontroll där konsortiernas anbud ansågs svara mot ställda krav. Genom NCC:s tidigare ansökan om överprövning blev Trafikverket uppmärksam på att respektive intyg från konsortierna eventuellt skulle kunna läsas på ett sätt som avviker från det sätt som myndigheten läst dem. För tids vinnande valde Trafikverket att upphäva tilldelningsbesluten och utvärdera anbuden på nytt. Trafikverket utnyttjade sedan möjligheten att begära förtydligande avseende konsortiernas intyg. Detta för att säkerställa att myndighetens tolkning var den av anbudsgivarna avsedda. Efter att ha fått in förtydligandena kunde konstateras att så var fallet. Trafikverkets begäran om förtydligande har inte inneburit att några nya sakuppgifter tillförts anbuden. Att begära förtydligande av i anbud inlämnade uppgifter för att säkerställa att den upphandlande myndigheten uppfattat uppgifterna på rätt sätt är helt i linje med de möjligheter som lagen erbjuder.

UTREDNING

Av Anbudsformuläret 5.3 framgår bl.a. att anbudsgivaren ska ha utfört en tunnelentreprenad i berg med kontinuerlig förinjektering med cement som arbetsmetod. Konsortierna har för uppfyllelse av kravet i 5.3 åberopat andra företags kapacitet. Anbudssökanden ska vid sådana omständigheter tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändig kapacitet när kontraktet ska fullgöras (11 kap. 12 § LOU). Begärd information ska bifogas som anbudsbilaga 7.

Vianinis Anbudsbilaga 7 är benämnd "Avsiktsförklaring att ingå i konsortium JV Viannini CMC E4 förbifart Stockholm". Av den framgår bl.a. följande. Detta samarbetsavtal har upprättats av parterna för entreprenaderna bergtunnlar för Norra och Södra Lovö inom projekt förbifart Stockholm. Efter att ha studerat den allmänna beskrivningen av projektet och förfrågan-
deunderlagen som tillhandahållits av Trafikverket för entreprenaderna till-

låter angivna bolag härmed konsortiet att använda dessas kompetens och särskilt med hänvisning till 5. Teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet enligt punkt 5.3 och använda aktuell referens som en del av konsortiets gemensamma anbud. Vidare angavs att angivna bolag ”efter överenskommelse om villkor, tillstånd och arbetsomfattning”, åtar sig att ge konsortiet tillräckliga, erfarna och lämpliga resurser för arbete med förinjektering (både borrning och injektering av cement) enligt tekniska specifikationer för entreprenaderna, i fall konsortiet belönas med avtalet/avtalen.

Itineras Anbudsbilaga 7 är benämnd E4 Förbifart Stockholm ”Bergtunnlar Norra Lovö” Utsedd Underentreprenör – referens. Enligt den intygar bolaget att konsortiet får använda den bifogade referensen som utsedd underentreprenör-referens för tätningsarbete i samband med Projekt E4 Förbifart Stockholm Bergtunnlar Norra Lovö. Vidare uppges att angivet bolag, för det fall konsortiets anbud visar sig framgångsrikt, ska ha rätt att utföra tätningsarbetena som utsedd underentreprenör för konsortiet så som beskrivet i underleverantörskontraktet som ska grundas på Avtalet mellan parterna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). I detta fall är det NCC som ska visa att Trafikverket har brutit mot någon grundläggande princip för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får den upphandlande myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Angivna bestämmelse, som ska tillämpas restriktivt, innebär att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftlig bevisning och andra handlingar. Att förtydliga eller komplettera något i angiven mening, förutsätter att det redan finns uppgifter i anbudet som kan förtydligas eller kompletteras och innebär att dessa uppgifter konkretiseras. Att ersätta en uppgift i anbudet med en annan efter anbudstidens utgång faller däremot utanför ramen för vad som är tillåtet enligt bestämmelsen (se bl.a. generaladvokatens förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94, punkterna 37 och 38). Bestämmelsen medför således inte någon generell möjlighet att i efterhand ge in intyg som inte tidigare getts in eller att ge in nya handlingar efter anbudstidens utgång. Obligatoriska uppgifter som helt utelämnats i ett anbud kan inte kompletteras. Förtydliganden, som inte inneburit att några nya sakuppgifter tillkommit eller att tidigare uppgifter bytts ut, har dock i praxis ansetts kunna ske utan risk för särbehandling.

Parternas huvudsakliga argumentering

Trafikverket har bedömt att konsortierna tillhandahållit samtliga efterfrågade uppgifter genom sina anbud. Efter att NCC ansökt om överprövning av upphandlingarna beslutade Trafikverket att begära förtydligande avseende konsortiernas intyg i syfte att säkerställa att myndighetens tolkning var den av respektive anbudsgivare avsedda. Berörda anbudsgivare ombads förtydliga anbudet med en förklaring av hur Anbudsbilaga 7 innebär ett åtagande från de åberopade företagen. När konsortiernas svar inkommit kunde det, enligt Trafikverket, konstateras att myndighetens tidigare tolkning av intygen var korrekt.

NCC har anfört, vad gäller Vianinis Anbudsbilaga 7, att det av denna inte framgår att det fanns ett samarbetsavtal på plats mellan konsortiet och angivna bolag när handlingen upprättades. Vidare anses inte framgå att ett sådant avtal förpliktar åberopade underleverantörer att underställa Vianini sina resurser. Vad gäller Vianinis förtydligande uppger NCC att uppgifterna

om ett samarbetsavtal utgör helt nya sakuppgifter samt att den eventuella förekomsten av ett sådant avtal utgör ett helt annat bevis för uppfyllelse av krav 5.3 än Anbudsbilaga 7. Vad gäller Itineras Anbudsbilaga 7 har NCC anfört att det inte går att utläsa att underleverantören åtagit sig att utföra injekteringsarbetena. Av bilagan framgår endast att angivet bolag besitter en sådan rätt. NCC anser även att Itineras förtydligande, där både en rätt och en skyldighet att utföra arbeten beskrivs, utgör nytt bevis jämfört med Anbudsbilaga 7. Vidare uppger NCC att Itinera har bytt ut Anbudsbilaga 7 genom att bifoga underentreprenörskontrakt och först genom detta uppfyllt kravet i 5.3.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten kan konstatera att förekomsten av ett redan existerande samarbetsavtal för projektet mellan parterna omnämns i Vianinis Anbudsbilaga 7. Vidare uppger sig angivna underleverantörer tillåta att Vianini använder deras kompetens med särskild hänvisning till 5. Teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet enligt punkt 5.3. I Vianinis svar på begäran om förtydligande anges att Anbudsbilaga 7 är en sammanfattning av omnämnda samarbetsavtal där underleverantörerna åtar sig att utan inskränkning ställa nödvändiga resurser till förfogande i aktuella entreprenader till fullgörande av samarbetsavtalet med konsortiet. Uppgiften om förekomsten av ett samarbetsavtal avseende upphandlingen för uppfyllelse av krav 5.3 kan således, enligt förvaltningsrättens mening, inte sägas utgöra en ny sakuppgift som tillförts upphandlingen. Vianinis förtydligande av på vilket sätt kraven i förfråganunderlaget uppfylls genom anbudsbilagan, kan mot denna bakgrund närmast betraktas som en konkretisering av uppgifter som redan varit kända för myndigheten.

Vad gäller Itinera anges i Anbudsbilaga 7 att underentreprenören har rätt att utföra tätningsarbetena som utsedd underentreprenör i enlighet med avtal. Vidare intygas att konsortiet får använda den bifogade referensen som utsedd underentreprenör/referens för tätningsarbete i samband med projektet.

Att Itinera sedan förtydligat att parternas åtaganden varit ömsesidigt kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses innebära att uppgifter i anbudsbilagan har bytts ut. Att avtal avseende projektet sedan tidigare träffats mellan parterna får vidare anses framgå tydligt av anbudsbilagan. Ett senare inlämnande av detta avtal för kännedom, kan därför inte sägas medföra att nya sakuppgifter har tillförts upphandlingen. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att de av Trafikverket begärda förtydligandena inte kan anses medföra risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning på ett sådant sätt att det skulle vara fråga om otillåtet agerande enligt LOU.

NCC har vidare anfört att i vart fall Vianini inte heller genom sitt förtydligande lyckats bevisa att de förfogar över rätt kompetens och därigenom uppfyller det obligatoriska kravet. Förtydligandet uppges väcka frågetecken eftersom påstått samarbetsavtal inte har uppvisats. NCC har dock inte lämnat någon närmare redogörelse angående på vilket sätt de av konsortiet uppvisade åtagandena i övrigt skulle vara bristfälliga. Enligt förvaltningsrättens mening har inte framkommit anledning att ifrågasätta Trafikverkets uppfattning, att Vianini och Itinera uppfyller de i förfråganunderlaget uppställda kraven. Domstolen beaktar att det inte finns någon skyldighet att ge in samarbetsavtal till upphandlande myndighet i anbudsskedet (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-234/14).

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det som NCC har anfört inte utgör tillräckligt stöd för att de i målen aktuella upphandlingarna har genomförts i strid mot de någon av de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Lennart Andersson

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

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