



KLAGANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och biträdande jurist Gabriella
Kiluk
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051
Box 1444
751 44 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 26 oktober 2016 i
mål nr 2874-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 7 november 2016 upphör härmed
att gälla.

YRKANDEN M.M.

NCC Construction Sverige AB yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska förordna om rättelse på så vis att NCC:s anbud tas upp till utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om. NCC vidhåller vad som tidigare har anförts och tillägger härutöver bl.a. följande.

Beaktande av ingivet förtydligande

Om förvaltningsrätten hade beaktat NCC:s förtydligande tillsammans med anbudet hade förvaltningsrätten inte kunnat komma till någon annan slutsats än att NCC uppfyller kravet i AFB.52. Genom att bortse från NCC:s förtydligande har förvaltningsrätten tillämpat 9 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, felaktigt.

EU-domstolen och kammarrätterna har i flera avgöranden framhållit att det är tillåtet att beakta en komplettering eller ett förtydligande som sker i förhållande till redan befintliga uppgifter i anbudet. Samtliga uppgifter som NCC angett i sitt förtydligande har hänfört sig till projektet SNK Kombiterminal. Uppgifterna i förtydligandet har endast preciserat innebörden av begreppet va-anläggning, dvs. att referensuppdraget innefattat byggnation av en allmän va-anläggning och pumpstationer. Förtydligandet skulle därför ha beaktats av Uppsala Vatten och Avfall AB.

NCC har under överprövningsprocessen i förvaltningsrätten presenterat fakta som ytterligare styrker att referensuppdraget SNK Kombiterminal uppfyller AFB.52. Av kammarrättspraxis framgår att uppgifter som framkommit under överprövningsprocessen ska beaktas vid bedömningen av anbudet. Denna praxis rör brister i anbud som framförts av den sökande leverantören. Naturligtvis gäller även det omvända, dvs. att uppgifter som visar att ett anbud uppfyller ställda krav ska beaktas även om uppgifterna

skulle anses ha framkommit först vid överprövningen. Det finns en skyldighet att beakta all information som pekar på att ett anbud antingen uppfyller eller inte uppfyller obligatoriska krav och oavsett när under upphandlingsprocessen detta framkommer.

Uppsala Vatten har begärt ett förtydligande av NCC och har godkänt och tilldelat NCC kontraktet. Därefter har det uppstått andra oklarheter som medfört att Uppsala Vatten uteslutit NCC:s anbud. Uppsala Vatten har aldrig uttryckligen efterfrågat om NCC:s referensuppdrag innefattade allmän va-anläggning eller spillvattenpumpstationer. Enligt EU-domstolens avgörande i mål C-599/10 (Slovensky/SAG) kan varken Uppsala Vatten eller förvaltningsrätten lägga dessa påstådda brister till grund för uteslutning av NCC:s anbud innan oklarheten varit föremål för ett nytt förtydligande.

Rättelse av tilldelningsbeslutet – NCC uppfyller kravet i AFB.52

Innan tilldelningsbeslut har Uppsala Vatten begärt och fått ett förtydligande av NCC avseende kravet AFB.52. NCC angav bl.a. att samtliga bifogade referensobjekt är likvärdiga och innefattar va-anläggningar av teknisk avancerad utformning. SNK Kombiterminal innehåller pumpstationer. NCC har således bekräftat att va-anläggningen vid SNK Kombiterminal är likvärdig med vad som efterfrågats i krav AFB.52. Förtydligandet kan inte förstås på annat sätt än att bolaget bekräftat att kravet är uppfyllt och tillhandahållit en beskrivning som styrker detta.

Va-anläggningen vid SNK Kombiterminal är allmän. Den uppfördes för Kilenkryssset Bygg AB:s räkning men har övertagits av Sigtuna kommun och är därmed en allmän va-anläggning. Va-anläggning blir allmän om en kommun har rättsligt inflytande över anläggningen, vilket Sigtuna kommun hade när projektet inleddes. Så som kravet är formulerat har det varken varit ett krav att särskilt ange termen ”allmän va-anläggning” eller ange den kommunala huvudmannen som har det rättsliga inflytandet över va-

anläggningen. När det gäller spillvattenpumpstationer framgår det också av NCC:s anbud och förtydligande att kravet är uppfyllt. NCC anger uttryckligen i förtydligandet att SNK Kombiterminal innehåller pumpstationer. Förvaltningsrätten har ansett att begreppet pumpstationer är att likställa med spillvattenpumpstationer.

Upphandlingen ska göras om

Om förvaltningsrättens bedömning är korrekt innebär det att samtliga anbud som inte innehåller orden "allmänna va-anläggningar" måste uteslutas. Vid en genomgång av samtliga anbudsgivares referensbilagor framgår tydligt att ingen anbudsgivare uttryckligen specificerat att deras referensprojekt innefattat "allmän" va-anläggning. Eftersom ingen av de kvarvarande anbudsgivarna uppfyller detta krav, skulle samtliga kvarvarande anbud förkastas och upphandlingen göras om. NCC lider därmed skada, så som framgår av EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 Fastweb.

Omständigheten att beställaren är en kommun eller ett kommunalt bolag varken ska eller kan tillmätas någon självständig betydelse på sätt som Uppsala Vatten anfört. Detta eftersom det inte framgått av det obligatoriska kravet att det var tillräckligt att ange ett referensuppdrag där beställaren var en kommun eller kommunalt kontrollerat bolag. Det är en felaktig uppfattning att en va-anläggning är allmän för att en kommun eller kommunalt bolag är beställare. Det förekommer att kommuner är beställare beträffande va-anläggningar i sommarstugeområden men att den, vid färdigställande, överläts till samfällighetsföreningen. Att en kommun är beställare visar således inte med någon större säkerhet att va-anläggningen är allmän.

För det fall kammarrätten skulle finna att NCC inte uppfyller kravet görs gällande att inte heller någon annan anbudsgivare uppfyller kravet. Skulle Uppsala Vattens tolkning av kravet upprättshållas av kammarrätten ska

således även övriga anbudsgivare uteslutas ur upphandlingen varvid upphandlingen måste göras om.

Uppsala Vatten bestrider bifall till NCC:s överklagande och anför bl.a. följande. Uppsala Vatten har utfört upphandlingen och utvärderingen i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. NCC:s anbud uppfyller inte samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav och Uppsala Vatten har rätteligen uteslutet anbudet från upphandlingen.

NCC har i sitt anbud angivit ett antal referensprojekt. Det som nu är tvistigt är huruvida NCC har visat att referensprojektet SNK Kombiterminal uppfyller de ställda kraven avseende liknande entreprenader i AFB.52. Uppsala Vatten anser att det inte kan anses visat att referensprojektet SNK Kombiterminal är en liknande entreprenad även om förtydligandet beaktas. Det framgår vare sig av NCC:s anbud eller av det förtydligande som lämnats in att SNK Kombiterminal kan anses vara en liknande entreprenad. Det framgår inte av anbudet att projektet omfattat en allmän va-anläggning eller att det omfattat spillvattenpumpstationer. I anbudet från NCC framgår att det är Kilenkryss AB som är beställare av det aktuella projektet. Kilenkryss AB är inte en kommun eller en va-huvudman och det framgår inte av anbudet att va-anläggningen i projektet ska vara en del av den allmänna va-anläggningen. Det är visserligen inte ett krav att beställaren av projektet ska vara en kommun eller va-huvudman men det framgår inte heller på annat sätt av anbudet att den va-anläggning som utförts i referensprojektet är eller kommer att bli en del av den allmänna va-anläggningen i aktuell kommun.

Att anbudsgivaren själv anser att referensprojektet är en liknande entreprenad kan inte tillmätas någon betydelse dels då det framgår av AFB.52 vad som avses med liknande entreprenad, dels då det krävs att anbudsgivaren i anbudet visar att kravet är uppfyllt. Att det under överprövningsprocessen framkommit att projektet faktiskt omfattat en

allmän va-anläggning kan inte föranleda någon annan bedömning då det inte framgått av vare sig anbud eller förtydligande.

Den praxis som NCC hänvisar till gäller mål där det under överprövningsprocessen framkommit brister i de vinnande anbuden. Det fastställs att den upphandlande myndigheten har skyldighet att ta hänsyn till sådana omständigheter, även om de framkommer först under överprövningsprocessen. De aktuella domarna kan inte tolkas så att det omvända ska gälla.

Anbudsgivaren har rådighet över sitt inlämnade anbud och har därmed möjlighet att säkerställa att det är visat i anbudet att samtliga krav är uppfyllda. Om anbudsgivare som uteslutits i en upphandling skulle ha möjlighet att under en överprövningsprocess komplettera eller förtydliga sitt anbud så att samtliga krav är uppfyllda skulle det innebära att en upphandlande myndighet skulle få en orimlig undersökningsplikt. Den upphandlande myndigheten skulle då, för att säkerställa att tilldelningsbeslutet är korrekt, vara tvungen att kontrollera om samtliga anbudsgivare och anbud skulle kunna uppfylla samtliga krav, även om det inte framgår av det inlämnade anbudet. Konsekvenserna skulle bli orimliga även om kontrollen skulle begränsas till att undersöka sådana omständigheter som skulle kunna förtydligas eller kompletteras i enlighet med 9 kap. 8 § LOU.

Det gjordes en felaktig bedömning av förtydligandet i det första tilldelningsbeslutet. Det har alltså inte uppstått någon ny oklarhet som inte omfattades av begäran om förtydligande. NCC gavs möjlighet att förtydliga samtliga oklarheter i anbudet men har i sitt förtydligande inte lyckats visa att de ställda kraven är uppfyllda och det kan då inte föreligga någon skyldighet att begära ytterligare förtydliganden.

NCC anför att ingen av de övriga anbudsgivarna uppfyller kravet på allmän va-anläggning. Dels har flera av anbudsgivarna lämnat in fler än de två obligatoriska referensprojekten, varför inte samtliga av de lämnade

referensprojekten har beaktats, dels framgår det av många av referensprojekten att de har utförts åt en kommun eller ett kommunalt bolag som är en va-huvudman och det måste då anses framgå att projektet omfattat allmän va-anläggning. Vinnande anbud uppfyller ställda krav och NCC kan då inte anses lida skada på det sätt som framförts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av övergångsbestämmelserna till nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att den gamla lagen ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats innan ikraftträdandet den 1 januari 2017. Kammarrätten har därför att tillämpa den gamla LOU.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 2 § lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster avses med va-anläggning en anläggning som har till ändamål att tillgodose behov av vattentjänster för bostadshus eller annan bebyggelse. En allmän va-anläggning är en va-anläggning över vilken en kommun har ett rättsligt bestämmande inflytande och som har ordnats och används för att uppfylla kommunens skyldigheter enligt denna lag. En enskild anläggning är en va-anläggning eller annan anordning för vattenförsörjning eller avlopp som inte är eller ingår i en allmän va-anläggning.

Huvudprincipen i mål om ingripande enligt LOU är att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter påståendet grundas på. Officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt och processen har större likhet med

förhandlingsprincipen (RÅ 2009 ref. 69). I målet har inte invänts att NCC:s förtydligande skulle utgöra ett otillåtet förtydligande.

Utgångspunkten för kammarrättens prövning är således att NCC:s förtydligande har varit tillåtet och att det därmed ska beaktas vid prövningen av om NCC:s anbud uppfyller ska-kraven.

Av EU-domstolens dom i mål C-599/10 (Slovensky/SAG) framgår att begäran om ett förtydligande ska omfatta samtliga punkter i anbudet som är oklara eller som inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget. Myndigheten får därefter inte förkasta anbudet på grund av en oklarhet som inte omfattas av myndighetens begäran.

Uppsala vatten bett NCC att förtydliga anbudet avseende hela det aktuella ska-kravet. Det kan inte, som NCC påstår, krävas av Uppsala vatten att begära ytterligare komplettering av NCC inför ett eventuellt förkastande av anbudet. Det åligger NCC att tillräckligt tydligt ange på vilket sätt bolaget uppfyller ska-kraven.

Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller under hela upphandlingsförfarandet. Brister i vinnande anbud som framkommer först under överprövningsprocessen ska därför beaktas vid prövningen av om ska-kraven varit uppfyllda vid tilldelningsbeslutet. NCC har anfört att även det motsatta förhållandet gäller, dvs. att brister som funnits i ett förkastat anbud kan läkas under överprövningsprocessen. Kammarrätten anser dock att brister i ett anbud inte kan läkas genom komplettering eller förtydligande under överprövningsprocessen. Ett sådant förfarande skulle strida mot principerna om likabehandling och förbudet mot diskriminering av övriga anbudsgivare. NCC har följaktligen inte kunnat åtgärda eventuella brister i anbudet under överprövningsprocessen. Fråga i målet är då om NCC, genom sitt anbud och förtydligande uppfyllt ska-kravet och därmed inte skulle ha förkastats.

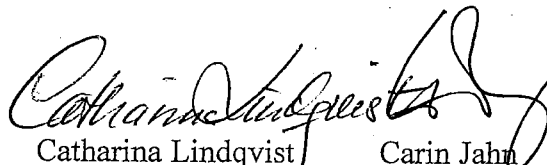
Av ska-kravet AFB.52 framgår att anbudsgivarna ska ange två referensprojekt av genomförd totalentreprenad som bl.a. innehåller spillvattenpumpstation och allmän va-anläggning. Några angivelser i övrigt om hur anbudet ska utformas i denna del finns inte. Kommunen har därför haft att utifrån anbudsgivarnas beskrivningar i anbuden bedöma om åberopade referensprojekt uppfyller ställda ska-krav.


Uppsala vatten har godtagit att ett av NCC:s referensprojekt uppfyller ska-kraven. Det referensprojekt som återstår och som i detta mål är tvistigt är SNK Kombiterminal. I den referensprojekthandling som bifogades anbudet anges inte att projektet avser allmän va-anläggning. Inte heller i förtydligandet har NCC angett att referensprojektet utgör en allmän va-anläggning. Av ska-kravet framgår dock tydligt att referensprojektet ska avse en allmän va-anläggning. Legaldefinitionerna av enskild va-anläggning och allmän va-anläggning skiljer sig åt. De utgör två skilda typer av anläggningar, även om anläggningarna kan bestå av liknande arbeten. Det är upp till NCC att visa att referensprojektet uppfyller ställt ska-krav. Det går varken utifrån NCC:s anbud eller av förtydligandet att utläsa att SNK Kombiterminal utgör en allmän va-anläggning. Uppsala Vatten har således haft fog för sin bedömning att anbudet inte uppfyller ställt ska-krav.


Vad slutligen gäller NCC:s invändning att upphandlingen ska göras om eftersom övriga anbudsgivare inte uppfyller ska-kraven, med hänvisning till EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 Fastweb, kan kammarrätten konstatera att det målet avsåg frågan om talerätt för ett förkastat anbud. I det målet var även avgörande att det endast funnits ett annat anbud att anta. Principen är även tillämplig vid frågan om skaderekvisitet är uppfyllt. Även då krävs att det inte finns något annat anbud att anta. I aktuell upphandling har fyra anbudsgivare kvalificerat sig. Det rör sig således om en annan situation än den i det åberopade avgörandet. Vad NCC anfört föranleder därför inget ingripande enligt LOU.

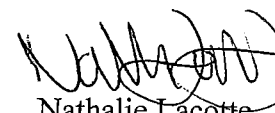
Grund för ingripande enligt LOU saknas således och överklagandet ska avslås.

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


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Carin Jahn
kammarrättsråd
referent


Frida Niklasson
tf. kammarrättsassessor


Nathalie Lacotte
kammarrättsfiskal
föredragande



SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
170 80 Stockholm

Ombud: Advokat Carl Bokwall och Jurist Gabriella Kiluk
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051
Box 1444
751 44 Uppsala

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Uppsala Vatten och Avfall AB (Uppsala Vatten) genomför upphandling av utförandeentreprenad avseende utbyggnad av allmänna gator, gång/cykelbanor, VA-anläggningar samt grönytor med en lekplats inom detaljplan för Skölsta, dnr. 2012/20025. Uppsala Vatten antog i tilldelningsbeslut den 9 maj 2016 anbud från NCC Construction AB (bolaget).

Uppsala Vatten har i ytterligare tilldelningsbeslut den 19 maj 2016 förkastat anbudet från bolaget och antagit anbud från annan anbudgivare.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Bolaget tilldelades den 9 maj 2016 kontraktet efter att Uppsala Vatten först godtagit referensprojektet *SNK Kombiterminal* som ett av två liknande entreprenader i enlighet med förfrågningsunderlagets AFB. 52. Med liknande entreprenader avses därmed generalentreprenader avseende utbyggnad av allmänna VA-anläggningar, inkl. spillvattenpumpstationer och gata med en kontraktssumma om minst 25 MSEK. Projektet *SNK Kombiterminal* innefattar de facto såväl allmän VA-anläggning samt spillvattenpumpstation. Att kravet uppfyllts framgår av bolagets anbud samt förtydligande.

Uppsala Vatten begärde den 28 april 2016 in ett förtydligande avseende bolagets anbuds uppfyllelse av AFB.52. Uppsala Vatten angav ingen särskild oklarhet. Bolaget lämnade ett förtydligande den 2 maj 2016 och den 9 maj 2016 tilldelades bolaget kontraktet. Den 19 maj 2016 meddelade Uppsala

Vatten ett nytt tilldelningsbeslut där bolaget uteslöts ur upphandlingen och Peab Anläggning AB (Peab) tilldelades kontraktet. Uppsala Vatten underkände nu bolagets referensuppdrag *SNK Kombiterminal*. Uppsala Vatten har inte gjort någon utredning innan man ändrade sin bedömning vilket är ett rent formfel i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

När bolaget bad att Uppsala Vatten skulle klargöra vad som inte var uppfyllt upplyste myndigheten att det i referensobjektet inte förtydligats vilken typ av pumpstation eller hur den skulle ingå. Uppsala Vatten anser således att "pumpstation" (vilket anges i bolagets förtydligande) inte utgör "spillvattenpumpstation", eller i vart fall att det är oklart. Av bolagets anbud och förtydligande framgår dock att krav AFB.52 är uppfyllt och att projektet omfattat byggnation av VA samt pumpstation. Uppgifterna i anbudet är svar på kravet på allmän VA och spillvattenpumpstation varför det saknas anledning att uppfatta anbudet på annat sätt än att referensprojektet uppfyller kravet. Övriga anbud är formulerade på liknande sätt och Uppsala Vatten har tolkat ordet "pumpstation" i andra anbud att avse spillvattenpumpstation.

Vad gäller kravet på allmän VA-anläggning framgår det av 2 § lag (2006:412) om allmänna vattentjänster (LAV) att en VA-anläggning är allmän om kommunen har ett rättsligt inflytande över denna och den har ordnats och används för att uppfylla kommunens skyldigheter enligt lag. Det är således inte ett kriterium att beställaren ska vara en kommun för att en VA-anläggning ska vara allmän i lagens mening. Eftersom VA-anläggningen övertagits av Sigtuna kommun och används för att Sigtuna kommun ska uppfylla sina skyldigheter enligt lag är VA-anläggningen allmän i LAV:s mening. Med Uppsala Vattens resonemang skulle även Peabs referensprojekt underkännas av denna anledning eftersom det inte var Solna stad som var beställare i Peabs projekt *VA Lokvägen* utan ett dotterbolag till ett bolag där majoriteten av aktierna ägdes av privata bolag, bland annat Peab själv.

Bolaget har således gett in i vart fall två referensuppdrag som uppfyller de krav som har ställts. Bolagets referensobjekt *SNK Kombiterminal* avser nybyggnation av en ny containerterminal på ca 800 m med lossning från järnväg i Rosersberg. Projektet har varit omfattande och pågått sedan i vart fall år 2012. Som en del av detta arbete har bolaget byggt en spillvattenpumpstation samt byggt och anslutit VA-ledningar till denna. Efter slutbesiktning av spillvattenpumpstationen har Sigtuna kommun tagit över denna. Inom ramen för detta arbete har således bolaget byggt en VA-anläggning som är allmän enligt definitionen i LAV då denna är kommunens och används för att uppfylla kommunens skyldigheter enligt samma lag. Av referensbilagan framgår även uttryckligen att arbetet omfattat byggnation av VA. Av bolagets förtydligande framgår att objektet innefattar pumpstation.

Den begäran om förtydligande som Uppsala Vatten skickade till bolaget inför första tilldelningsbeslutet tog inte sikte på någon särskild uppgift eller oklarhet i bolagets referensuppdrag. Om det därefter uppstår en ny oklarhet avseende "pumpstationer" får denna inte läggas till grund för utslutning innan oklarheten varit föremål för ett förtydligande. Samma resonemang ligger till grund för förfaranderegeln om onormalt låga anbud och förfaranderegeln i artikel 57.6 i LOU-direktivet (i förening med artikel 57.4 (h)). 37. I mål C-599/10 tillämpar EU-domstolen samma resonemang när domstolen i punkt 44 uttalar att en begäran om förtydligande ska omfatta samtliga punkter i anbudet som är oklara eller som inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna I förfrågningsunderlaget, varvid den upphandlande myndigheten inte får förkasta anbudet på grund av en oklarhet avseende en del av anbudet som inte omfattades av nämnda begäran.

Ett förtydligande hade inte inneburit någon ändring av anbudet eller tillägg av någon ny materiell sakuppgift utan hade endast utgjort en konkretisering av den tidigare lämnade uppgiften avseende pumpstationer och VA-arbeten i referensuppdragen (se Generaladvokaten Lenz uttalande i förslag till avgö-

rande i mål C87/94 Wallonska bussarna). De uppgifter om bolagets referensuppdrag som nu anförs ryms således inom tillåtna förtydliganden enligt 9 kap. 8 § LOU. Även om uppgifterna skulle anses framkomma först i överprövningsprocessen måste de beaktas vid bedömningen av om bolagets anbud uppfyller kravet. Detta följer bland annat av Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 388-13 samt Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4904-09. De målen rör brister i anbud som framfördes av den sökande leverantören och som kunde beaktas trots att de framkom först vid överprövningen. Naturligtvis gäller även det omvända, dvs. uppgifter som visar att ett anbud uppfyller ställda krav ska beaktas även om uppgifterna skulle anses framkomma först vid överprövningen.

Uppsala Vatten har lagt konkurrenternas obefogade invändningar till grund för det ändrade tilldelningsbeslutet. Uppsala Vatten har därvid inte undersökt hur fakta förhåller sig till konkurrenternas påståenden. Det har ålegat Uppsala Vatten att kontrollera uppgifterna innan de läggs till grund för en så genomgripande åtgärd som att utesluta en anbudsgivare från upphandlingen, detta särskilt som Uppsala Vatten tidigare inte haft några invändningar mot bolagets referensuppdrag. Uppsala Vatten har därför brutit i sin kontrollskyldighet och inte agerat på ett objektivt sätt vid åtgärden.

Peabs anbud

Uppsala Vatten har i det nya tilldelningsbeslutet tilldelat Peab kontraktet. Peabs referensprojekt *Pumpstation Arenastaden, Pumpstation Sjöändan, VA Lokvägen, VA-ledning Upplands Bro-Stuna samt Yttre Riddarholmen* uppfyller dock inte krav AFB.52. Peab har gett in sex referensprojekt. Av dessa är det endast ett projekt (*Gunsta*) som utifrån anbudet eventuellt kan anses uppfylla kraven i AFB.52. Det framgår inte att övriga fem referensuppdrag innefattar gata. Kravet om att referensprojektet ska innefatta gata är en del av krav AFB.52 och har samma vikt som kravet på spillvattenpumpstation. Därtill framgår att projektet *Pumpstation Sjöändan* hade en kontraktssumma

om 23,8 miljoner kronor. Kravet för att entreprenaden ska anses likvärdig är 25 miljoner kronor. Redan av detta skäl ska *Pumpstation Sjöändan* således inte beaktas. Det framgår inte heller att entreprenaden omfattat en allmän VA-anläggning eller spillvattenpumpstation. Av referensbilagan för *VA-Lokvägen* går inte att utläsa att projektet omfattar en allmän VA-anläggning eller spillvattenpumpstation. Avseende *Yttre Riddarholmen* framgår inte av referensbilagan att projektet omfattat spillvattenpumpstation.

Det framgår även att man behövt lägga samman Peabs två referensprojekt *Pumpstation Arenastaden* och *VA Lokvägen* för att Peab ska uppfylla krav AFB.52. Detta är ett uppenbart avsteg från kravet om att vart och ett av referensuppdragen ska klara de angivna kriterierna. Detta framgår även av frågor och svar under upphandlingen där frågan om just uppdelning av referensprojekt behandlas. Av Uppsala Vattens yttrande och av Peabs beskrivningar av referensprojekt *Pumpstation Arenastaden* och *VA Lokvägen* framgår att *Pumpstation Arenastaden* innefattar pumpstation, men inte gata, och att *VA Lokvägen* innefattar gata, men inte spillvattenpumpstation. Eftersom det är uppenbart att referensprojekten var för sig inte klarar kravet, ska Peabs anbud rätteligen förkastas.

Övriga anbud

För det fallet förvaltningsrätten skulle anse att bolaget inte uppfyller kravet gör bolaget gällande att inga andra anbudsgivare i så fall heller uppfyller kravet och att bolaget därmed lider skada på det sätt som EU-domstolen angett i mål C-100/12 *Fastweb*.

Av anbudsbilagorna framgår att både Svevia och Skanska angett att deras referensprojekt innefattat "pumpstationer". Detta visar att flera leverantörer använder termen "pumpstation" när "spillvattenpumpstation" avses. Uppsala Vatten har inte heller diskvalificerat Svevia eller Skanska vilket visar att Uppsala Vatten förstår att med pumpstation avses spillvattenpumpstat-

ion. Det saknas skäl till att godta vissa anbud med referenser som anger "pumpstation" men förkasta andra. Avseende SIAAB har referensprojektet "*Brännbacken*" inte omfattat gata och klarar därmed inte referenskravet och borde rätteligen ha diskvalificerats. Inga anbudsgivares referensprojekt avser heller anläggning av allmänna gator och utbyggnad av allmän VA-anläggning till ett blivande bostadsområde. Om den tolkning av referenskravet som Uppsala Vatten gör i förhållande till bolagets anbud skulle anses korrekt, ska även övriga anbudsgivare uteslutas ur upphandlingen varvid upphandlingen måste göras om då bolaget lider skada i enlighet med Fastweb. Peab och SIAAB skulle rätteligen ha uteslutits ur upphandlingen alldeles oavsett hur man ser på bolagets anbud. Ingen anbudsgivares referensprojekt klarar referenskravet med den tolkning som Uppsala Vatten tillämpat på bolagets anbud.

Uppsala Vatten bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Uppsala Vatten meddelade den 9 maj 2016 ett tilldelningsbeslut där bolaget antogs som entreprenör. Efter att flera anbudsgivare kontaktat myndigheten med frågor kring tilldelningsbeslutet gick Uppsala Vatten igenom anbuderna på nytt och fann då att utvärderingen varit bristande. Vid en ny utvärdering har de inkomna anbuderna utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen har Uppsala Vatten endast beaktat de i bolagets anbud och förtydligande angivna uppgifterna. Bolagets anbud uppfyller inte samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav och har därför rätteligen uteslutits från upphandlingen.

Bolagets anbud uppfyller inte de i AFB.52 ställda kraven avseende referensprojekt. Bolagets referensprojekt *SNK Kombiterminal* kan inte, av vad som framgår av anbudet, anses vara liknande den nu aktuella entreprenaden. Byggnation av en containerterminal är inte uppenbart liknande utbyggnad av allmänna gator, mark och VA-anläggning i ett blivande bostadsområde. Av varken anbudet eller det förtydligande som lämnats in framgår det att de

VA-anläggningar som byggs på containerterminalen är eller ska bli allmänna VA-anläggningar i enlighet med § 2 lag (2006:412) om allmänna vattentjänster. Beställaren av referensprojektet är Kilenkrysset Bygg AB som inte är en VA-huvudman. Det framgår inte heller av bolagets förtydligande av anbud att projektet omfattat en allmän VA-anläggning. Det framgår visserligen av förtydligandet att projektet omfattade en pumpstation men det framgår inte att det gäller en spillvattenpumpstation eller att pumpstationen ska komma att ingå i den allmänna VA-anläggningen. Uppsala Vatten ifrågasätter inte huruvida projektet faktiskt uppfyller de ställda kraven men bolaget har inte i sitt anbud visat att kraven är uppfyllda. Det kan inte förväntas att den upphandlande myndigheten ska behöva tolka det som underförstått att det är en spillvattenpumpstation som avses. Inte heller kan det ankomma på den upphandlande myndigheten att begära förtydliganden av anbudet för att säkerställa om entreprenaden uppfyller kraven eller inte. Den upphandlande myndigheten måste utgå från de uppgifter som framgår av anbudet. Bolaget har trots att man getts möjlighet att förtydliga sitt anbud inte visat att kraven i AFB. 52 är uppfyllda.

Vad gäller anbudet från Peab så uppfyller det samtliga ställda krav. Det är korrekt att det inte är tillåtet att kombinera två olika projekt för att uppfylla kraven i AFB.52. De projekt som bedöms tillsammans i Peabs anbud är dock utförda åt samma beställare, inom samma område och inom samma tidsperiod och hade lika gärna kunnat vara utförda som ett enda projekt. Det får därför ses som rimligt att bedöma projekten tillsammans.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot Uppsala Vattens upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bolaget gör i första hand gällande att dess anbud uppfyller kravet på referenser eftersom åberopat referensobjekt är av liknande innehåll och omfattning som det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Bolaget har vidare gjort gällande att det vinnande anbudet från Peab borde ha uteslutits från utvärderingen eftersom det inte uppfyllt alla ska-krav samt, i tredje hand, att upphandlingen ska göras om eftersom samtliga anbudsgivare brister i kraven på referensobjekt.

Bolagets uppfyllelse av referenskrav

I förfrågningsunderlagets punkt AFB.31, *Anbuds form och innehåll*, anges bland annat följande.

Anbudet ska innehålla referenslista från tidigare liknande arbeten, inkl. organisation för entreprenaden för åberopade referensobjekt. Se AFB.52.

I förfrågningsunderlaget AFB.52, *Tekniska krav*, anges följande.

Anbudsgivare ska ha genomfört minst två stycken liknande entreprenader under de fem senaste åren. Med liknande entreprenader avses generalentreprenader avseende utbyggnad av allmänna VA-anläggningar, inkl. spillvattenpumpstationer och gata med en kontraktssumma om minst 25 MSEK.

I projektbeskrivning i bilaga 8 till bolagets anbud, ”SNK Kombiterminal för kund Kilenkryssat Bygg AB” anges bland annat följande.

Objektet avser nybyggnation av en ny containerterminal på ca 800 m med lossning från järnväg på fyra spår med bockkran. Terrassering jord och berg samt överlast. Byggnation av VA, dagvatten och kanalisation. Total bearbetad yta ca 100 000 m².

I förtydligande från bolagets den 2 maj 2016 angavs bland annat följande.

Samtliga bifogade referensprojekt anser vi är likvärdiga och innefattar VA- anläggningar av tekniskt avancerad utformning. SNK Kombiterminal [...] innehåller pumpstationer.

Frågan är om Uppsala Vatten har förfarit felaktigt då bolaget uteslutits från anbudsutvärderingen. Avgörande är om de referensuppgifter som lämnats i bolagets anbud kan anses motsvara det ställda kravet.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att uppgifterna om referenserna skulle finnas med i anbudet och som det aktuella kriteriet i AFB.52 har formulerats får det anses framstå som tillräckligt klart vad som efterfrågas som referensobjekt. Bolaget har inte gjort gällande att kravet i sig skulle vara otydligt. Uppsala Vatten har uttryckt att man inte ifrågasätter att projektet *SNK Kombiterminal* faktiskt uppfyller de ställda kraven men att bolaget i sitt anbud inte har visat att kraven är uppfyllda.

Det är upp till varje leverantör, så som den med bäst information om referenserna, att ange de uppgifter som krävs för uppfyllande av ett ska-krav.

Det har således ålegat bolaget att lämna tillräcklig information i anbudet och

påvisa referensuppdragens liknande karaktär eller hur de annars kan bedömas likvärdiga. Eftersom det i anbudet inte har framgått att det rör sig om allmänna VA-anläggningar eller att det inbegripit vare sig spillpumpstation eller annan pumpstation har Uppsala Vatten redan på den grunden haft fog för att förkasta anbudet. Någon skyldighet enligt LOU att inhämta komplettering av uppgifter har inte förelegat för Uppsala Vatten. Dessutom skulle en sådan komplettering inte ha kunnat inhämtas utan risk för särbehandling av anbudsgivare. Vad bolaget anfört om att man i efterhand förtydligat anbudet föranleder ingen annan bedömning. Då det inte tydligt framgår att de referensarbeten bolaget har angett i sitt anbud motsvarar de krav Uppsala Vatten ställt i förfrågningsunderlaget har Uppsala Vatten förfarit riktigt då det uteslutit bolaget från anbudsutvärderingen. Någon grund för ingripande med stöd av LOU på av bolagets anförda skäl föreligger därför inte.

Övriga anbudsgivares uppfyllelse av referenskrav

Bolaget har vidare gjort gällande att det vinnande anbudet från Peab inte uppfyller upphandlingens samtliga ska-krav och därtill att samtliga anbudsgivare brustit i kravuppfyllnad genom att i anbud ange referenser innehållande termen "pumpstation" i stället för "spillvattenpumpstation".

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. I det fall även det enda kvarvarande anbudet borde ha förkastats kan anbudsgivaren emellertid riskera att lida skada (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 Fastweb, samt Kammarätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658-2667-13).

Förvaltningsrätten finner anledning att först pröva frågan om det funnits anledning att utesluta samtliga anbudsgivare från upphandlingen på de grunder som bolaget anfört.

Som redogjorts för ovan utslöts bolagets anbud från upphandlingen eftersom samtliga kriterier i referenskravet inte var uppfyllda. Vad bolaget och Uppsala Vatten anfört i målet rörande termerna "pumpstation" och "spillvattenpumpstation" saknar därvid relevans för prövningen av om bolagets anbud rätteligen förkastats eftersom ingendera av termerna fanns med i bolagets ursprungliga anbud. För det fall ordet "pumpstation" hade angetts för referensobjektet i bolagets anbud hade det dock enligt förvaltningsrättens mening inte varit möjligt för Uppsala vatten att på den grunden förkasta anbudet. Eftersom det inte har visats annat i målet än att övriga anbudsgivare som lämnat referenser där termen "pumpstation" används uppfyllt skräven i förfrågningsunderlaget ska något ingripande mot upphandlingen inte göras i denna del.

Därmed kvarstår frågan om det vinnande anbudet från Peab uppfyller upphandlingens samtliga ska-krav.

I den förevarande upphandlingen kan konstateras att utöver Peab har ytterligare tre kvalificerade anbudssökande lämnat anbud. Den situation som förelåg i mål C-100/12 Fastweb m.fl. är således inte aktuell. Detta innebär att bolaget inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör i upphandlingen och att det därmed inte är möjligt för bolaget att erhålla det ifrågasvarande kontraktet. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada i LOU:s mening även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att Peabs anbud borde ha förkastats. Det saknas därmed grund för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU).


Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.



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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 *avtal inte får ingås*, 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.