



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2016-07-26
 Meddelad i Falun

Mål nr
 2624-16

SÖKANDE

ITINERA S.p.A, nr 01668980061

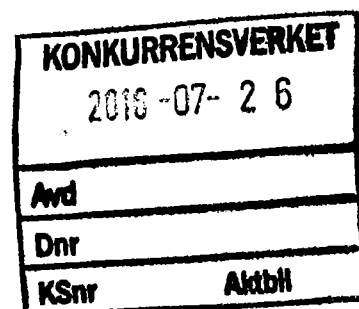
Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Alicia Ahlberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ITINERA S.p.A:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 170905

Postadress

Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress

Kullen 4

Telefon

023-383 00 00

E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax

023-383 00 80

Expeditionstid

måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Trafikverket genomför en upphandling av utförandeentreprenad avseende "E4 Förbifart Stockholm, FSE209 Bergtunnlar Skärholmen" (upphandling 124925). Upphandlingen genomförs som ett selektivt förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut meddelades den 10 juni 2016 varvid SBT Sverige AB (SBT) tilldelades kontraktet utifrån tilldelningsgrunden lägsta pris.

ITINERA S.p.A (Itinera) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs vid vilken SBT inte ska utvärderas. Itinera anför som grund för sin ansökan i korthet att Trafikverket har agerat i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen genom att utvärdera och anta SBT:s anbud trots att det inte uppfyller det obligatoriska kravet i 5.3 i förfrågningsunderlaget. Itinera, som har offererat den näst lägsta anbudssumman, har lidit eller riskerat att lida skada på grund av bristerna i upphandlingen. Itinera åberopar Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 januari 2015 i mål nr 3914-14 och Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juli 2016 i mål nr 1849-16.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och åberopar Kammarrätten i Göteborgs dom 19 juni 2013 i mål nr 1439-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 17 oktober 2012 i mål nr 4460-12 samt EU-domstolens dom i mål C-94/12.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU). Om den upphandlande myndigheten 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämja med bestämmelserna i 7-13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7-13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling (11 kap. 2 § LOU).

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (11 kap. 12 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

I ansökningsformuläret anges bl.a. följande. Anbudssökande ska ha erforderlig teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet för genomförande av den aktuella entreprenaden (punkten 5 "Teknisk och yrkesmässig förmåga och kapacitet"). Anbudssökande ska vara certifierad för den aktuella verksamheten enligt SS-EN ISO 9001:2008, SS-EN ISO 14001:2004 och OHSAS 18001:2007 eller arbeta enligt likvärdigt certifierbart ledningssystem för styrning av kvalitet, miljö och arbetsmiljö. Som bevis ska anbudssökande bifoga certifikat alternativt redovisning av likvärdigt certifierbart ledningssystem som anbudssökande avser att använda i den aktuella entreprenaden (krav nr 5.3). Krav på anbudssökandens ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga förmåga och kapacitet får uppfyllas genom

att anbudssökanden åberopar andra företags kapacitet. Anbudssökanden ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande, som avser den aktuella upphandlingen, från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudssökanden kommer att förfoga över nödvändig kapacitet när kontraktet ska fullgöras (punkten 6, "Åberopande av andra företags kapacitet").

I upphandlingsföreskrifterna anges bl.a. följande. Beställaren kommer pröva anbudsgivaren genom att kvalificeringskraven som anges i anbudsföreläret ska vara uppfyllda. Anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att inkomma med de uppgifter som efterfrågas i anbudsföreläret. Kvalificeringskrav får uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande, som avser den aktuella upphandlingen, från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (AFB.52).

Vad parterna anför

Itinera framför bl.a. följande. SBT är ett nystartat bolag som registrerades år 2015. SBT har åberopat och bifogat ett certifikat från sitt tjeckiska moderbolag Subterra A.S (Subterra) för att uppfylla kraven på bl.a. ledningssystem. Efterfrågade ISO-certifieringar innebär att det certifierade företaget når upp till en viss kvalitet respektive har ett kvalificerat miljö- och arbetsmiljöarbete. En ISO-certifiering avser endast det certifierade bolaget och innebär att det bolaget löpande arbetar i enlighet med systemet. Syftet med att ställa krav på ISO-certifiering eller liknande är att säkerställa att anbudsgivaren, dvs. företaget som kommer att utföra arbetet, arbetar i enlighet med ledningssystemet och vidtar de miljö- eller kvalitetsledningsåtgärder som följer av systemen. Subterra är inte anbudsgivare och kommer inte heller att utföra kontraktarbetet, utan har endast åberopats för sina ekonomiska resurser samt ledningssystem. Åberopandet av Subterras ledningssystem innebär inte att SBT arbetar eller kommer att arbeta efter ledningssystemen. Av praxis

framgår att det inte går att åberopa annat företags resurser och kapacitet för att uppfylla ställda krav på miljö- och kvalitetsledningssystem. SBT uppfyller därför inte kravet 5.3 i förfrågningsunderlaget genom att åberopa Subterras ISO-certifiering. SBT är för egen del varken certifierad eller har redovisat hur SBT kommer att använda sig av moderbolagets certifiering. SBT har inte heller utfäst att arbete kommer att ske enligt moderbolagets certifiering. Subterra kan inte heller som tredje part utfästa följsamheten av ett arbetssätt åt anbudssökanden. Det är således inte visat att SBT kommer att arbeta i enlighet med relevant certifiering.

Trafikverket gör å sin sida gällande att det varit fullt möjligt för SBT att åberopa annans kapacitet för uppfyllandet av det aktuella kravet och framför bl.a. följande. Det aktuella kravet på kvalitetsledningssystem utgör ett kvalificeringskrav kopplat till leverantörens lämplighet och förmåga att fullgöra kontraktet. Kravet omfattas av 11 kap. 2 § LOU och ska kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§. Av 11 kap. 11 § punkten 4 LOU framgår att den upphandlande myndigheten får begära bevisning i form av en beskrivning av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten. Att fordra att ett visst krav uppfylls endast av anbudsgivaren själv är en möjlighet för den upphandlande myndigheten i en undantagssituation. Det kan däremot inte bli fråga för en domstol att, när myndigheten inte valt att begränsa förutsättningarna, göra särskilda lämplighetsöverväganden över vilka krav som anbudsgivaren ensamt måste klara. SBT har bifogat relevant certifikat från moderbolaget Subterra samt ett bekräftelsebrev, vari Subterra anger att tillämpbara ledningssystem kommer att finnas tillgängliga för SBT för förverkligandet av projektet. Det har inte framkommit annat än att SBT kommer att arbeta i enlighet med ett certifierat eller likvärdigt certifierbart ledningssystem i den aktuella entreprenaden. SBT får därigenom anses ha visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. SBT har därigenom uppfyllt det obligatoriska kravet om kapacitet.

Förvaltningsrättens bedömning.

I ett av de av Itinera åberopade kammarättsavgörandena uttalas att ett krav på att anbudsgivare ska ha kvalitets- och miljöledningssystem utgör ett kvalitetskrav och inte ett krav på att anbudsgivare ska ha en viss kapacitet för att kunna utföra tjänsten. Kammarrätten har i de båda målen gjort bedömningen att denna typ av ledningssystem utarbetas individuellt för ett enskilt företag och att det är endast detta företag som kan anses vara bundet av de aktuella systemen. Kammarrätterna har i de åberopade rättsfallen funnit att ett bolag inte haft rätt att med stöd av 11 kap. 12 § LOU åberopa ett annat företags miljö- och kvalitetsledningssystem för att uppfylla krav i en upphandling (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3914-14 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1849-16).

Trafikverket har i förevarande fall ställt krav på att anbudssökande ska vara certifierad för den aktuella verksamheten enligt vissa standarder eller arbeta enligt ett likvärdigt ledningssystem för styrning av kvalitet, miljö och arbetsmiljö. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det aktuella kravet 5.3 avseende ledningssystem är ett sådant kvalificeringskrav som omfattas av bestämmelserna i 11 kap. 2 § LOU och som enligt 11 kap. 10 § LOU ska kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

LOU innehåller ingen bestämmelse som inskränker den rätt som en leverantör har enligt 11 kap. 12 § LOU att vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska enligt denna bestämmelse visa den upphandlande myndigheten att denne när kontraktet ska fullgöras kommer att förfoga över de resurser som myndigheten angett i förfrågningsunderlaget.

Rätten att åberopa andra företags kapacitet är inte absolut eftersom det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas. I en sådan situat-

ion har den upphandlande myndigheten rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet eller, i förekommande fall, med utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer, förutsatt att detta krav har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta (jfr EU-domstolens dom den 10 oktober 2013 i mål C-94/12, Provincia di Fermo). En upphandlande myndighet har således viss möjlighet att begränsa rätten att återropa andra företags kapacitet, dock måste en sådan begränsning framgå av annonsen, i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag som varit tillgängligt för anbudsgivarna före det att anbudstiden löpte ut (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms domar den 7 april 2011 i mål nr 5795-10 och den 17 oktober 2012 i mål nr 4460-12).

Förvaltningsrätten konstaterar att föreskrifterna i det nu aktuella förfrågningsunderlaget rent språkligt korresponderar med bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU. Det har i målet inte framkommit att Trafikverkets avsikt varit att inskränka leverantörers rätt i detta avseende och någon begränsning av rätten att återropa andra företags kapacitet har såvitt framkommit inte gjorts tillgängligt för leverantörerna under anbudstiden.

Oaktat att miljö- och kvalitetsledningssystem utarbetas individuellt för ett enskilt företag och att det är endast det certifierade företaget som kan anses vara bundet av de aktuella systemen, är det förvaltningsrättens uppfattning att SBT i förevarande fall haft rätt att med stöd av bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU återropa Subterras kapacitet för att uppfylla kraven i upphandlingen.

Frågan blir då om SBT, genom det bekräftelsebrev som getts in med anbudet, kan sägas ha visat att det faktiskt förfogar över de resurser hos Subterra som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet. I bekräftelsebrevet intygas att Subterra kommer att ställa sina tillämpbara ledningssystem till förfogande för SBT för att uppfylla kvalifikationskraven och att tillämpbara ledningssy-

stem kommer att finnas tillgängliga för SBT också för förverkligandet av projektet. Även om SBT inte självt innehar de aktuella certifieringarna, är det förvaltningsrättens uppfattning att SBT genom bekräftelsebrevet får anses ha visat att det faktiskt förfogar över de resurser hos Subterra som är nödvändiga för att SBT ska kunna arbeta *i enlighet* med ett certifikat eller ett likvärdigt certifierbart ledningssystem i den aktuella entreprenaden. Förvaltningsrätten finner således inte att Trafikverket har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att kvalificera och utvärdera anbudet från SBT. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på den av Itinera åberopade grunden, varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Hanna Berglund
assessor



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill återropa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

