



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Annelie Gustafson

DOM
 2018-03-08
 Meddelad i Falun

Mål nr
 5651-17

SÖKANDE

1. ASTALDI S.p.A, 00398970582
2. Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S, 32151

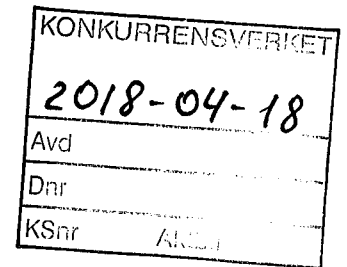
Ombud för 1 och 2: Advokat Stefan Gustavsson
 Advokatfirman Fylgia KB
 Box 55555
 102 04 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 215137

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00–16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) en upphandling av "E4 Förbifart Stockholm; FSE215; Betongtunnlar Skärholmen". Tilldelningsbeslut meddelades den 8 december 2017 varvid Comsa S.A.U. (Comsa) utsågs till vinnande leverantör.

YRKANDEN M.M.

ASTALDI S.p.A och Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S

(Konsortiet) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från Comsa inte tas upp till prövning. Konsortiet anför i huvudsak följande. Vinnande leverantörs anbud uppfyller inte ställda obligatoriska kvalificeringskrav avseende bl.a. tekniskt och yrkesmässig kapacitet och ska därför förkastas. Trafikverket har trots bristerna i Comsas anbud tagit upp deras anbud till utvärdering varigenom Trafikverket har åtsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Detta har medfört att Konsortiet har lidit eller kan komma att lida skada eftersom ett korrekt förfarande medför att Konsortiets anbud rätteligen ska antas, då det vid anbudsutvärderingen befunnits ha näst bäst pris. Vidare framgår av handlingar i målet att Comsas anbud förefaller vara onormalt lågt. Konsortiet har lidit eller kan komma att lida skada även av det skälet.

Trafikverket anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Konsortiet anför är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att Konsortiet lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på

ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principer om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse under upphandling. Detta följer av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50). I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37 I och II).

En huvudprincip enligt LOU är att anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav som regel inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i upphandlingsdokumenten måste därmed vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får vid anbudsprövningen inte heller frånga uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden eller om den finner att det

onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter (16 kap. 7 § LOU).

Det är Konsortiet som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på och som har att klargöra och konkretisera på vilket sätt de påstådda bristerna har medfört skada (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53).

Krav på tidigare erfarenhet

Konsortiet anför i huvudsak följande. Trafikverket bryter mot principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och icke-diskriminering. I de administrativa föreskrifterna ställs obligatoriska krav avseende bl.a. tekniskt och yrkesmässig kapacitet. För att uppfylla det obligatoriska kravet på bevisning avseende tekniskt kapacitet krävs att anbud innefattar redovisning av flera entreprenader som innefattat vägbyggnation i hårt trafikerad miljö och med komplexa trafikomläggningar. Redovisning ska åtföljas av intyg. Av Comsas anbud framgår sex olika referensentreprenader där ingen anges innefatta vägbyggnation i hårt trafikerad miljö och med komplexa trafikomläggningar. På grund av den bristande obligatoriska bevisningen uppfyller Comsa inte kravet på att ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard och därmed inte heller kravet på att ha erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet för genomförande av den aktuella entreprenaden. Det i upphandlingen ställda obligatoriska kravet på bevisning avseende teknisk kapacitet kan inte frånfallas vid utvärderingen av Comsas anbud och kravet på redovisning är inte uppfyllt vid anbudstidens utgång. Trafikverket synes efter anbudstidens utgång ha tillåtit Comsa att komplettera sitt anbud med helt nya sakuppgifter avseende trafikmiljö och trafikomläggningar, vilka saknats i den obligatoriska redovisningen av referensentreprenaden. Tillvägagångssättet är inte förenligt med LOU:s reglering av kompletteringar. De helt nya sakuppgifterna medför inte heller i sig att de obligatoriska kraven är uppfyllda.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Eftersom Trafikverket har iakttagit de grundläggande principerna för upphandling och även i övrigt följt LOU har inga fel förekommit som innebär, eller riskerar att innebära, skada för Konsortiet. Trafikverket har kvalificerat anbud från Comsa och efter utvärdering tilldelat Comsa aktuellt kontrakt eftersom anbudet uppfyller alla obligatoriska krav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga då det har lägst pris. Comsa har angett vilka uppdrag de stöder sin kvalificering på med angivande av värde, tidpunkt och plats. För den viktigaste entreprenaden har dessutom efterfrågat intyg bifogats. Comsa har således besvarat kvalificeringskravet med efterfrågade uppgifter vid anbudstidens utgång. Något krav på ytterligare eller utförligare beskrivning av uppdraget har inte ställts. Comsa har utöver kvalificeringskraven även redovisat en hel del ytterligare om entreprenaden i anbudet. Trafikverket har inför tilldelning genomfört en anbudsgenomgång med Comsa. Vid denna följdes åberopat referensprojekt upp. Denna kontroll av lämnade uppgifter är inte särskilt reglerad utan utformningen kan anpassas till förhållandena i det enskilda fallet. Trafikverket har genom frågor vid anbudsgenomgången fullgjort den kontroll som inte erfordras men ändå har befunnits lämplig att utföra. Efter denna kontroll finns det inte skäl att ifrågasätta att Comsas åberopade referensentreprenad verkligen uppfyller ställda krav.

I **upphandlingsdokumentets** punkt AFB.5 och AFB.52 anges bl.a. följande.

AFB.5 Prövning av anbudsgivare och anbud

Med anbudsprövning avses såväl prövningen av anbudsgivaren (kvalificeringsfas) som prövningen av anbudet (tilldelningsfas). I kvalificeringsfasen sker en prövning av om anbudsgivare, som inte har uteslutits enligt AFB.51, uppfyller ställda krav avseende ekonomisk samt teknisk och yrkesmässig kapacitet i enlighet med AFB.52 (kvalificeringskrav). Kraven är obligatoriska och måste uppfyllas av anbudsgivaren för att anbud ska kunna antas. [...]

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

Anbudsgivaren ska uppfylla de kvalificeringskrav som anges i anbudsformulär. Anbudsgivaren ska styrka uppfyllandet av dessa krav genom att inkomma med de uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret. [...] Begränsad kontroll av handlingar som rör leverantörens lämplighet kommer att tillämpas, vilket innebär att bevis för uppfyllande av kvalificeringskrav enligt kapitel 2 i anbudsformuläret inte behöver bifogas anbud utan ska inges på beställarens begäran. Innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslut kommer beställaren att kontrollera att angivna krav är uppfyllda. [...]

Av anbudsformulärets punkt 3 framgår bl.a. följande.

3. Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet för genomförande av den aktuella entreprenaden. Anbudsgivare ska därmed ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard, dvs. som ansvarig kontraktspart ha genomfört entreprenader av liknade svårighetsgrad som den upphandlingen avser.

Med liknande svårighetsgrad avses:

- Totalentreprenad (ansvar för projektering och byggnation) inom anläggning med en kontraktssumma överstigande 50 000 000 svenska kronor.
- Entreprenad innefattande stora betongkonstruktioner.
- Entreprenad innefattande vägbyggnation i hårt trafikerad miljö och med komplexa trafikomläggningar.

Anbudsgivaren ska inge bevis i form av:

3.1 En förteckning (Anbudsbilaga 3.1) över genomförda byggentreprenader under de fem senaste åren med uppgift om värde, tidpunkt och plats.

3.2 Redovisning av de viktigaste entreprenaderna åtföljd av intyg, utfärdat av annan än anbudsgivaren, med god insyn i utförandet av respektive entreprenad, att de viktigaste entreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt. Med de viktigaste entreprenaderna avses att de överensstämmer med liknande svårighetsgrad enligt de tre (3) ovanstående punkterna.

Av kompletterande förfrågningsunderlag, KFU C punkt 3 framgår bl.a. följande.

Svar på fråga 2

Beställaren har inget krav på antal referenser. Den eller de referenser som anbudsgivaren lämnar in ska visa att kraven på entreprenad med liknande svårighetsgrad som anges i Anbudsformuläret kap. 3 är uppfyllda.

Av kompletterande förfrågningsunderlag, KFU D punkt 3 framgår bl.a. följande.

Svar på fråga 4

Det är korrekt uppfattat att anbudsgivaren kan visa att kraven på entreprenad med liknande svårighetsgrad, som anges i Anbudsformuläret kap. 3, är uppfyllda med en referens. Beställaren har inget krav på antal referenser [...].

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som ska ställas i upphandlingen och vilka bevis som anbudsgivaren ska ge in för att visa att kraven uppfylls. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha en viss teknisk och yrkesmässig kapacitet som ska bevisas genom ingivande av en förteckning av genomförda byggentreprenader samt en redovisning med intyg för de viktigaste entreprenaderna. Kravet har sedan kompletterats med att det räcker med en redovisning med tillhörande intyg för bevis att man som anbudsgivare uppfyller de uppställda obligatoriska kraven. Av utredningen i målet framgår att Comsa i sitt anbud har angett totalt sex uppdrag de stöder sin kvalificering på med angivande av värde, tidpunkt och plats. För den viktigaste entreprenaden har efterfrågat intyg bifogats. Comsa har således besvarat kvalificeringskravet med efterfrågade uppgifter vid anbudstidens utgång. Trafikverket har följt upp Comsas uppgifter och funnit att Comsas åberopade referensprojekt verkligen är av liknande svårighetsgrad enligt angivna kriterier och fann att det innefattade vägbyggnation i hårt trafikerad miljö och komplexa trafikomläggningar. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta den bedömningen. En sådan uppföljning kan inte heller ses som en otillåten komplettering och ingenting har framkommit

i målet som visar att det rör sig om nya sakuppgifter. Mot bakgrund av ovanstående finns inte skäl för ingripande enligt LOU.

Fråga om onormalt lågt anbud

Konsortiet anför i huvudsak följande. Det framgår av handlingar i målet att Comsas anbud förefaller vara onormalt lågt och att Trafikverket begärt att Comsa ska förklara det låga priset. Trafikverket har inte redovisat Comsas förklaring och det är därför inte klarlagt att Comsas anbud mot bakgrund av att det förefaller onormalt lågt ändå får tas upp till prövning. Konsortiet har lidit eller kan komma att lida skada även av det skälet att Comsas anbud tagits upp till prövning utan att Comsa på ett tillfredsställande sätt förklarat det låga priset.

Trafikverket anför i huvudsak följande. I anbudsgenomgången har noterats att anbudssumman uppfattats som låg. Noteringen om lågt pris innebär inte att priserna har uppfattats som onormalt låga utan som ett hårt pressat marknadsmässigt pris. Syftet med belysande av ett lågt pris är att säkerställa att allt som ska ingå verkligen ingår i priset. Utifrån priserna kunde konstateras att Comsa i viss utsträckning har ägnat sig åt strategisk prissättning, dvs. att vissa priser i upphandlingen har satts högt och andra lågt beroende på deras betydelse i utvärderingen. Även om strategisk prissättning kan vara problematiskt för en upphandlande myndighet är det normalt tillåtet om inte priserna indikerar att kontraktet inte kommer att fullgöras på avsett sätt. Det finns inget i Comsas anbud som ger Trafikverket anledning att tro att kontraktet inte skulle fullgöras. Priset förefaller inte vara onormalt lågt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud. Trafikverket har efter anbudsgenomgången konstaterat att Comsa har ägnat sig åt strategisk prissättning, men att det inte fanns anledning att tro att kon-

traktet inte skulle fullgöras. Enligt förvaltningsrättens mening saknas anledning att göra någon annan bedömning. Det finns således på den grunden inte skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Konsortiet inte har framfört omständigheter som visar att Trafikverket har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU när det har antagit Comsas bud. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Lina Nilsson Levin
tf. rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

