



KLAGANDE

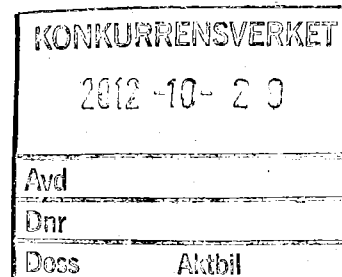
Trafikverket
791 89 Borlänge

Ombud: Rogert Andersson
Trafikverket
781 89 Borlänge

MOTPART

Peab Asfalt AB, 556098-8122
Box 101
260 91 Förslöv

Ombud: Johan Nilsson
Peab AB
Box 808
169 28 Solna



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 26 september 2012 i mål nr 3120-12,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom till följd varav
Trafikverkets beslut den 4 juli 2012 står fast.

YRKANDEN M.M.

Trafikverket yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Peab Asfalt AB:s ansökan om överprövning.

Trafikverket anför följande som grund för sin talan. Förvaltningsrätten har felaktigt och inte i enlighet med någon fast praxis ansett att Trafikverket haft att beakta uppgifter som framkommit under överprövningen. Därtill kommer att Peab Asfalt AB inte förlängde sitt anbud, varför anbudets giltighetstid upphörde den 31 augusti 2012. Peab Asfalt AB kan därför inte vara skadelidande.

Peab Asfalt AB medger bifall till Trafikverkets talan och anför följande. Om kammarrätten meddelar prövningstillstånd återkallar Peab Asfalt AB sin ansökan om överprövning och yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och avskriver målet från vidare handläggning. Om ett sådant avgörande inte är möjligt medger Peab Asfalt AB att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Peab Asfalt AB:s ansökan om överprövning.


Lemminkäinen Sverige AB har inte överklagat förvaltningsrättens avgörande men uppgett att bolaget, med beaktande av den information som framkommit, inte har något att tillägga i målet.

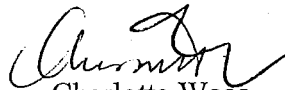
Kammarrätten anser att skäl finns för att meddela prövningstillstånd.

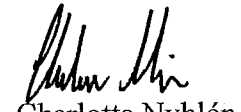
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av utredningen framgår att parterna är överens om att Peab Asfalt AB:s anbud upphörde att gälla den 31 augusti 2012. Kammarrätten finner inte skäl till någon annan bedömning. Mot bakgrund av vad som framkommit kan Peab Asfalt AB inte anses som skadelidande vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

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


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Charlotta Nyhlén
tf. assessor



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Lina Levin

DOM
2012-09-26
Meddelad i
Falun

Mål nr
3120-12
Enhet 2

SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-8122
Box 101
260 91 Förslöv

Ombud: Johan Nilsson
Peab AB
Box 808
169 28 Solna

MOTPART

1. Lemminkäinen Sverige AB, 556297-5143
Svetsarvägen 24
171 41 Solna

Ombud: Krister Holmberg och Annika Kenning
Fondia Legal Services AB
Box 5216
102 45 Stockholm

2. Trafikverket
Box 810
781 28 Borlänge

Ombud: Rogert Andersson
Juridik och planprövning
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Ansökan om överprövning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att Trafikverket genomför en ny anbudsutvärdering utan beaktande av Lemminkäinen Sverige AB:s anbud.

Dok.Id 66772

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 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling avseende "Beläggningsarbeten, Halvvarm massabeläggning Grupp X10, år 2012 – 2014, inom Ljusdals kommun, Gävleborgs län" med diarienummer TRV 2012/37603. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Tilldelningsbeslut fattades den 4 juli 2012, varvid Lemminkäinen Sverige AB (i det följande Lemminkäinen) antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Peab Sverige AB (i det följande Bolaget eller Peab) begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av Lemminkäinenens anbud. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Bolaget i huvudsak följande. Lemminkäinenens anbud uppfyller inte de obligatoriska krav som ställts avseende referensuppdrag. Lemminkäinen har i bilaga till sitt anbud angett fyra referensuppdrag. Uppdrag ett och två har inte utförts av Lemminkäinen, utan av ett annat bolag i samma koncern. Vidare är uppdrag två och tre inte slutfört. Inte heller uppdrag fyra har utförts av Lemminkäinen. Detta uppdrag avser inte heller beläggningsarbeten utan en järnvägstunnel. Lemminkäinen har således inte gett in tre referensobjekt som uppfyller ställda krav. Inte heller har Lemminkäinen åberopat andra bolags kapacitet. Genom att ta upp Lemminkäinenens anbud till prövning har Trafikverket brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Om Trafikverket inte tagit upp Lemminkäinenens anbud till prövning skulle Bolaget tilldelats kontraktet. Till följd härav har Peab lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Trafikverket vitsordar att Lemminkäinenens redovisade referensuppdrag inte uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget på det sätt Peab angett i sin ansökan. Trafikverket har emellertid haft fog för att uppfatta att

det aktuella anbudet uppfyllde ställda krav och har därmed inte agerat i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Lemminkäinen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. De är mycket väl kvalificerade för att utföra den aktuella entreprenaden. Referenserna är inte en del av kvalificeringskravet, utan snarare en fråga om hur en anbudsgivare ska styrka sin lämplighet. Om en anbudsgivare sakligt sett uppfyller ställda krav kan en eventuell brist i en referens inte leda till att en leverantör i efterhand ska diskvalificeras. Det är korrekt att vissa av de angivna referensuppdragen utförts av moderbolaget. Det är emellertid inte korrekt att de angivna referenserna inte avser avslutade uppdrag. De refererade uppdragen sker i och för sig under avtal som ännu löper (underhållsuppdrag), men varje sådant underhållsuppdrag innefattar ett flertal delprojekt som är avslutade. Det är korrekt att det fjärde referensuppdraget avser ett tunnelprojekt, men referensen syftade snarare till att visa på bolagets erfarenhet av att samordna stora projekt och kan knappast leda till att Lemminkäinen ska diskvalificeras.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse har gjorts, måste Peab visa att de upphandlande myndigheterna brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna i LOU innebär att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9§ lagen [2007:1091] om offentlig upphandling, LOU)

Är den aktuella föreskriften ett obligatoriskt krav?

Förvaltningsrätten har inledningsvis att pröva om upphandlingsföreskrifterna UFB.514 är kvalificeringskrav eller om föreskriften – i enlighet med vad Lemminkäinen har gjort gällande – snarare ska ses som en fråga om hur en anbudsgivare ska styrka sin lämplighet.

Enligt UFB.514 i upphandlingsföreskrifterna skall en anbudsgivare ha en lämplig teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga för uppdraget. Vidare anges att anbudsgivaren därmed skall uppfylla följande krav.

1. Anbudsgivaren skall under de senaste fem åren ha utfört minst tre objekt eller beläggningsgrupper avseende massabeläggning vardera med en kontraktsumma om minst 3 000 000 SEK.
2. Anbudsgivare visar att kravet är uppfyllt genom att med anbud inge uppgifter om sina tre senast slutförda referensprojekt som vardera uppfyller kraven ovan, med angivande av referensperson (projektledare eller motsvarande) från objektets beställare.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av lydelsen av UFB.514 att föreskriften är ett tydligt utformat kvalificeringskrav, dvs. ett krav att visa att leverantören har förmåga att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om Lemminkäinenens anbud uppfyller det aktuella kravet.

Uppfyller Lemminkäinenens anbud de krav som ställs i UFB.514?

Av utredningen framgår att Lemminkäinen angett fyra referensuppdrag, varav det fjärde uppdraget avser uppförandet av en järnvägstunnel. Tre av fyra av dessa uppdrag har inte utförts av anbudsgivaren och avser avtal som ännu löper. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Lemminkäinen inte har uppfyllt de obligatoriska kraven i UFB.514. Vad Lemminkäinen bl.a. anfört om att uppdragen utförts av moderbolaget och att det inom ramen för dessa avtal finns ett flertal delprojekt som är avslutade

föranleder ingen annan bedömning. I enlighet med likabehandlingsprincipen får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Av praxis framgår att detta gäller även uppgifter som blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Uppgifterna om att Lemminkäinenens anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav måste därför beaktas, oberoende av om Trafikverket vid tiden för tilldelningsbeslutet hade kännedom om dessa uppgifter. Vad Trafikverket och Lemminkäinen anför i övrigt föranleder ingen annan bedömning i denna del.

Skada

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om Trafikverkets upphandling i strid med LOU har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Upphandlingen har genomförts med utvärderingsgrunden lägsta pris. Bolaget har obesträtt uppgett att dess anbud haft näst lägst jämförelsesumma och därmed placerat sig som nummer två vid utvärderingen. Mot denna bakgrund konstaterar förvaltningsrätten att kontraktet skulle ha tilldelats Bolaget om Lemminkäinenens anbud förkastats. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

Sammanfattande bedömning och val av åtgärd

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att Bolaget har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att bristerna inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att Trafikverket genomför en ny anbudsutvärdering vid

vilken Lemminkäinens anbud inte får beaktas.

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



Anna Onell

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.