



SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
170 80 Solna

Ombud:
Patrik Pettersson
NCC Construction Sverige AB
170 80 Solna

MOTPART

Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

Ombud:
Walter Sköldstam
c/o Svensk Juristpartner AB
G:a Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping

SAKEN

Ansökan om överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen med Landstingets dnr UC-2012-250 får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i en ny utvärdering vid vilken anbudet från Skanska Sverige AB inte ska beaktas.

Dok.Id 125060

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (Landstinget) genomför en upphandling avseende nyproduktion och ombyggnad på Universitetssjukhuset i Linköping, dnr UC-2012-250. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande och det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. I tilldelningsbeslut den 16 april 2013 offentliggjordes att Landstinget beslutat att tilldela Skanska Sverige AB (Skanska) kontraktet.

NCC Construction Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse i form av en ny utvärdering vid vilken Skanskas anbud förkastas.

Landstinget bestrider bifall till NCC:s ansökan.

Förvaltningsrätten har berett Skanska tillfälle att yttra sig över parternas inlagor och bolaget har kommit in med ett yttrande. Yttrandet har inte kommunicerats med parterna i målet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

NCC

Skanskas anbud uppfyller inte samtliga ställda skall-krav och borde därför ha förkastats under kvalificeringsfasen. Genom att acceptera Skanskas icke kompletta anbud har Landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen och NCC har lidit skada.

NCC ställde under anbudstiden en fråga om det var möjligt att i stället för revisorsintyg bifoga anbudsgivarens senaste årsredovisning för styrkande av årsomsättning. Landstinget svarade att *"Revisorsintyg ska bifogas. Det är inte tillfyllest med årsredovisning för senaste räkenskapsåret"*.

Skanska har inte gett in det i förfrågningsunderlaget efterfrågade revisorsintyget. Skanska har istället styrkt sin årsomsättning med åberopande av ett "verifikat", ett utdrag ur det som synes vara dess årsredovisning för räkenskapsåret 2012 samt ett intyg utfärdat av en intern regionekonom, utvisande att bolagets omsättning överstiger anbudssumman gånger två. Inget av detta kan anses vara ett sådant revisorsintyg som krävts.

Efter tilldelningsbeslutet kontaktade NCC Landstinget och påpekade att det aktuella skall-kravet inte kunde anses vara uppfyllt i Skanskas anbud. Som svar uppgav Landstinget att Skanska i och för sig inte hade visat på uppfyllande av skall-kravet på efterfrågat sätt, men att kravet ändå får anses vara uppfyllt. Landstinget uppgav att om en anbudsgivare uppfyller ett ställt krav genom att information om uppfyllandet kan hämtas ur allmänna register eller motsvarande så kan kravet anses vara uppfyllt även om det inte är bevisat på exakt efterfrågat sätt. Landstinget är alltså medvetet om att Skanskas anbud inte uppfyller samtliga ställda skall-krav, men väljer ändå att anta anbudet.

Landstinget

Landstinget har ställt upp ett krav om viss nivå på årsomsättning i syfte att säkerställa att vinnande leverantör har tillräcklig ekonomisk kapacitet och stabilitet för att kunna fullfölja kontraktet under hela kontraktstiden. Av Skanskas senaste offentliga årsredovisning framgår att Skanskas årsomsättning överstiger angivet krav, ca 72 gånger.

Såvitt får förstås ifrågasättes NCC inte att Skanska i sig uppfyller omsättningskravet, utan anser enbart att Skanska inte på formellt sätt bifogat "rätt" bevismedel till sitt anbud.

Landstinget vidgår att Skanskas anbud inte innehåller ett intyg från någon som titulerat sig revisor. Landstinget har emellertid godtagit att Skanska uppfyller omsättningskravet på grund av att Landstinget sedan tidigare känner till att Skanska uppfyller omsättningskravet, att Landstinget kontrollerat årsomsättning med offentligt tillgänglig information (senast inkomna årsredovisning till Bolagsverket) samt att Skanska i sitt anbud bifogat intyg från deras regionekonom.

Det relevanta i upphandlingen är att kravet på årsomsättning är uppfyllt, inte hur bevisning därom sker. Skanska har visat sig klara omsättningskravet och därmed kvalificerat sig för utvärdering i upphandlingen.

Bevisning om årsomsättning kan ske på olika sätt och det är i rättspraxis klarlagt att en upphandlande myndighet inte behöver avvisa ett anbud som saknar bevismedel om den efterfrågade uppgiften är eller blir känd hos den upphandlande myndigheten på annat sätt. Landstinget uppfattar att Skanska gett in intyget från regionekonomen på grund av att arbetet med att färdigställa årsredovisningen för 2012 var under arbete vid tiden för avlämnandet av anbudet och att Skanska därmed inte haft möjlighet att få en revisor att vid denna tidpunkt intyga årsomsättning. Landstinget har därvid även haft en skyldighet att, utöver revisorsintyg, godta andra lämpliga intyg om ekonomisk kapacitet.

Revisorsintyg är inget fastställt begrepp och har inte heller någon legaldefinition. I upphandlingen efterfrågas tillräcklig bevisning för att Landstinget i kvalificeringsfasen ska kunna säkerställa att leverantören har tillräcklig ekonomisk kapacitet. Landstinget har inte angett att intyg ska ske av anbudsgivarens egen revisor, varför det inte är av betydelse om det är frågan om en "extern person" eller inte. Typiskt sett kan en revisor (intern eller extern) eller annan person med insyn i ett företags räkenskaper intyga ett visst ekonomiskt förhållande utifrån företagets redovisning och att den

redovisningen är förd i enlighet med god redovisningssed. Likaså intygar en revisor i sin revisionsberättelse till en årsredovisning att redovisningen överensstämmer med god redovisningssed. Mot bakgrund av detta torde regionekonomen vara lika väl skickad som en revisor att intyga årsomsättning i och med att han torde ha god kännedom om Skanskas årsomsättning.

Landstinget har under upphandlingen i svar på fråga vidhållit sin formulering i förfrågningsunderlaget om bevis om årsomsättning ska ske genom "revisorsintyg". Detta föranleder dock ingen annan bedömning än att Landstinget har gjort rätt i att kvalificera Skanska vid tidpunkten för utvärdering och det efterföljande tilldelningsbeslutet.

Yttrande från Skanska

Det är i målet ostridigt att Skanska har en årsomsättning som överstiger kravet. Det finns ingen legal definition av uttrycket "revisorsintyg". Vad som är ett "senaste revisorsintyg/revisorsintyg" är således en bedömningsfråga. Skanska har inte tolkat beviskravet på annat sätt än att intygande av årsomsättningskravet enligt vad som skett var tillfyllest. Landstinget har sedan tidigare känt till att Skanska uppfyller omsättningskravet och detta har också kontrollerats via offentligt tillgänglig information. Landstinget har haft tillräckligt underlag för att i kvalificeringsfasen kunna se att Skanska har den ekonomiska kapacitet som krävs. Det måste också vara detta som efterfrågats och beviskravet avseende årsomsättning måste därför anses vara uppfyllt. Det finns andra sätt att styrka sin årsomsättning än genom ett "revisorsintyg". Att strikt upprätthålla kravet på just ett "revisorsintyg" skulle inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Den eventuella bristen i Skanskas bevisning är i förhållande till övriga omständigheter så perifer och begränsad att den måste anses sakna all betydelse för upphandlingen. Att förkasta Skanskas anbud skulle i denna situation vara en orimlig konsekvens av det ställda beviskravet.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Av de administrativa föreskrifterna framgår bland annat följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Uppgifter för kvalificering och prövning av anbudsgivare AFB.51

Revisorsintyg

Senaste revisorsintyg bifogas anbudet.

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

För att anbudet skall vara kvalificerat för utvärdering skall samtliga nedanstående punkter vara uppfyllda. Nedan efterfrågade uppgifter/intyg skall styrkas genom bifogade bevis i angivet bud. Hänvisning avseende dessa uppgifter/intyg till tidigare av Landstinget i Östergötland genomförda upphandlingar kommer ej att accepteras. Anbud som inte uppfyller dessa krav anses inte vara kvalificerade och kommer därmed inte att utvärderas.

Revisorsintyg

Anbudsgivarens årsomsättning skall minst vara 2 gånger anbudssumman. Detta skall styrkas genom senaste revisorsintyg.

Av handlingarna i målet framgår vidare att Landstinget på publik fråga om det är tillfyllest att i stället för revisorsintyg bifoga årsredovisning för senaste räkenskapsåret svarat att revisorsintyg ska bifogas och att det inte är tillfyllest att med årsredovisning för senaste räkenskapsåret.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Av 11 kap. 9 § LOU framgår att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.

I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget (se bl.a. Kamrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). En upphandlande myndighet som utvärderat ett anbud trots att det inte uppfyllde kravet på att innehålla den senaste balansräkningen/årsredovisningen har bedömts agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Anbudet har uteslutits från utvärderingen. Se Kamrättens i Göteborg dom den 23 april 2012 i mål 1301-12 samt även Kamrättens i Stockholm dom den 18 juni 2008 i mål 2910-08.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att Skanska inte till sin ansökan bifogat ett intyg undertecknat av en revisor. Istället har Skanska bifogat bl.a. ett intyg från en regionekonom inom bolaget. Även om det i förfrågningsunderlaget inte närmare beskrivs formerna för det aktuella kravet får det dock anses stå klart att Landstinget med krav på intyg från en revisor har bedömt det angeläget med ett utlåtande från en oberoende funktion. En regionekonom får uppfattas vara anställd i bolaget och är således mer knuten till ett bolag än en fristående revisor måste uppfattas vara. Ett intyg från en regionekonom kan enligt förvaltningsrätten därför inte likställas med ett revisorsintyg.

Förfrågningsunderlaget ger inte utrymme för Landstinget att på annat sätt än via anbudet inhämta uppgifter om anbudsgivarnas årsomsättning. Det är således i denna upphandling inte förenligt med LOU att Landstinget inhämtar uppgifter från Bolagsverket eller använder sig av egenförvärvad kunskap om Skanska. Av förfrågningsunderlaget framgår dessutom att hänvisningar till tidigare genomförda upphandlingar inte accepteras. Landstinget har dessutom publikt svarat att det inte är tillräckligt att bifoga den senaste årsredovisningen för att styrka kravet på årsomsättning.


En leverantör får dock visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig, om leverantören har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär (se 11 kap. 9 § LOU). Landstinget har uppgett att det uppfattat att Skanskas förklaring till varför det bolaget inte lämnade ett revisorssintyg är ett pågående arbete med årsredovisningen. Förvaltningsrätten bedömer inte att det i sig kan utgöra ett godtagbart skäl. Av handlingarna i målet framgår inte heller att Skanska angett något skäl som kan bedömas relatera till varför bolaget inte kommit in med begärt revisorsintyg. Det kan därmed inte anses visat att Skanska haft ett godtagbart skäl för att inte bifoga ett revisorsintyg.

Förvaltningsrätten uppfattar mot den nu angivna bakgrunden att Skanska inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav på att bifoga ett revisorsintyg. Genom att utvärdera Skanska anbud utan att begärt revisorsintyg bifogats följer inte Landstinget det som gäller i upphandlingen. Det är ett förfarande som strider mot likabehandlingsprincipen. Landstinget har således brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Genom detta förfarande har NCC lidit skada. Det finns därmed förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU.

Landstinget, så också Skanska, har som skäl för att rätten inte ska besluta om en åtgärd framfört att en åtgärd inte är proportionerlig i förhållande till felets art. Förvaltningsrätten noterar att, om ett brott mot LOU eller de grundläggande principerna ägt rum och detta medfört eller kan medföra skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta om en åtgärd. Det måste därmed sägas att när de inledande kriterierna är uppfyllda, saknas det utrymme för att avstå från att besluta om en åtgärd. Utrymmet är i vart fall starkt begränsat (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 28 augusti 2012 i mål 2391-12). Förhållandena i detta mål kan inte anses vara sådana att rätten kan avstå från att besluta om en åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU.

Det felaktiga förfarandet hänför sig till utvärderingen av anbuderna och inte till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet. Det saknas därför skäl att göra om upphandlingen. Upphandlingen ska istället rättas på så sätt att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen ska bortse från Skanskas anbud.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Johanna Blom.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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.

DV 3109/1D LOU