



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Annelie Gustafson

DOM
2018-12-10
Meddelad i Falun

Mål nr
4256-18

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Xylem Water Solutions Sweden AB, 556906-0899
361 80 Emmaboda

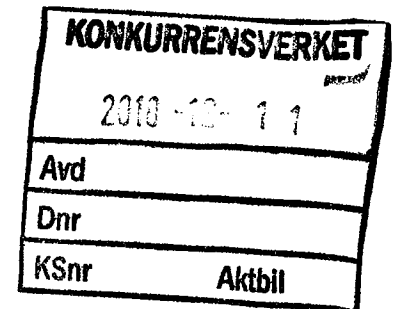
Ombud: Advokat Lukas Granlund, advokat Olof Hallberg och
jur.kand. Robin Heimdahl
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Xylem Water Solutions Sweden AB:s ansökan om
överprövning.

Dok.Id 237513

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

YRKANDEN M.M.

Trafikverket genomför genom förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) upphandlingen ”För utförande av skötsel samt reinvesteringsarbeten av VA-, VVS-anläggningar i Västra Götalands län Syd samt Komplexa anläggningar” (CTM: 170375). Tilldelningsbeslut meddelades den 21 september 2018. Av tilldelningsbeslutet framgår att Lassila & Tikanoja FM AB (L&T) antogs som vinnande leverantör och att Xylem Water Solutions Sweden AB (Xylem) var den enda övriga anbudsgivaren.

Xylem ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från L&T förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att L&T föreläggs att bemöta frågan om uteslutning med stöd av 13 kap. 3 § LOU alternativt att L&T utesluts. I tredje hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att Trafikverket begär in en förklaring av L&T:s låga anbudspris. Xylem anför i huvudsak följande. L&T uppfyller inte det obligatoriska kravet på referensuppdrag i upphandlingsdokumentet punkt AFB.51 alternativt har inte inlämnat intyg om att annat företags kapacitet ställs till förfogande och har inte angett i anbudet att detta företags kapacitet åberopas. Utöver det har L&T brutit mot bestämmelserna i miljöbalken vid ett flertal tillfällen och ålagts att betala miljöstraffavgifter. Genom det har L&T åsidosatt sina miljörättsliga skyldigheter, gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen samt lämnat oriktiga uppgifter i sitt anbud. L&T:s anbudspris förefaller även vara onormalt lågt. Genom att inte ha uteslutit L&T från upphandlingen har Trafikverket överträtt LOU och bolaget har genom de upptagna bristerna lidit eller riskerat att lida skada.

Trafikverket motsätter sig Xylems yrkanden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Xylem anfört är visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Xylem lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokumenten

Av upphandlingsdokumenten punkten AFB.51 och AFB.522 framgår bl.a. följande.

AFB.51 Uteslutning av anbudsgivare

Uteslutningsgrunderna gäller även för företag, vars kapacitet åberopas av anbudsgivare enligt AFB.52 för att uppfylla kvalificeringskrav. Om anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet ska blanketten Utredning – uteslutningsgrunder inges för vart och ett av åberopade företag. Om sådant företags förhållanden är skäl för uteslutning kan beställaren begära att anbudsgivaren byter ut företaget mot ett annat företag.

Omständigheter som får medföra uteslutning av anbudsgivare:

Beställaren får utesluta en anbudsgivare om någon av uteslutningsgrunderna som anges i 13 kap. 2 § 2 st. eller 3 § LOU föreligger och det innebär att beställarens förtroende för anbudsgivaren allvarligt rubbas eller det på annat sätt har betydelse för uppdragets fullgörande.

Innan beställaren tar beslut om att utesluta en anbudsgivare kommer anbudsgivaren att få tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt beställaren utgör skäl för uteslutning.

AFB.522 Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga

Referensobjekt ska vara avslutat under de fem senaste åren räknat från sista anbudsdag, alternativt att minst två kontraktsår är genomförda, varefter beställaren valt att utlösa option eller på annat sätt intygar att kontraktsåren genomförts på ett tillfredsställande sätt. Referensobjekt ska ha utförts på ett för uppdragsgivaren tillfredsställande sätt med hänsyn till yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

För de viktigaste referensobjekten, dvs. de som uppfyller kraven på referensobjekt enligt ovan, ska anbudsgivaren dessutom, på beställarens begäran, inge intyg om att entreprenaden har utförts på ett tillfredsställande sätt med hänsyn till yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

Intyg ska vara undertecknat av en person som är representant för uppdragsgivaren, som ska vara annan än anbudsgivaren, med god insyn i hur entreprenaden genomförts. Av intyget ska vidare framgå vem uppdragsgivaren är inklusive kontaktuppgifter till representanten (telefon

och e-post), se exempelmall som tillhandahålls i upphandlingssystemet.

Referensuppdrag

Xylem anför i huvudsak följande. L&T har inte de referenser som ställts som krav i AFB.522. Vid en grundlig marknadsanalys har framkommit att det är osannolikt att L&T har den erfarenhet som krävs. Det intyg som L&T åberopat är vidare felaktigt i två avseende, dels har Veolia Sweden AB inte tillräcklig insyn i de arbeten som utförts för att vara intygande part, dels är intygandet i det närmaste ett självintygande. Kopplingarna mellan L&T och Veolia Sweden AB är så starka att det i princip är detsamma som att L&T själva intygat att bolaget utfört entreprenaderna på ett tillfredsställande sätt. Kravet om intygande måste för varje normalt aktsam och rimligt informerad leverantör ha framstått som att det inte är möjligt att använda ett intygande från den aktör som tidigare i kontraktsförhållandet varit den part som utfört kontraktet för att sedan agera som någon form av mellanman resterande delar av kontraktstiden. Istället skulle det krävas att den som innehar vattenanläggningarna, i detta fall Telia, skulle ha intygat att arbetena utförts på ett tillfredsställande sätt. Om domstolen finner att kravet på referenser uppfylls av L&T så är detta endast korrekt under förutsättning att Veolia Sweden AB:s kapacitet åberopats i upphandlingen eftersom det är det bolaget som utfört kontraktet innan den 31 augusti 2017. Hur nära två bolag än är så måste ett åberopande göras, med följande intyg från det bolaget vars kapacitet åberopas för att det ska anses styrkt att L&T förfogar över de nödvändiga resurserna. L&T har inte åberopat annat bolags kapacitet och än mindre inlämnat intyg eller liknande som styrker detta förhållande. L&T uppfyller därmed inte kravet i AFB.522. Utöver det kan ifrågasättas om L&T genomfört entreprenaden i minst två år, i den mening som avses i kravet. L&T har endast utfört arbetet som underleverantör till Veolia Sweden AB sedan februari 2017. I vilken omfattning respektive bolag har utfört arbete framgår inte. Den enda tid för vilket det möjligtvis kan anses finnas ett korrekt intygande över är tiden februari 2017 och framåt. Före denna tid står alltså intygandet i direkt strid med kravet att annan än anbudsgivaren ska ge intygand-

et. Endast Telia hade kunnat lämna ett korrekt intyg och det förefaller under dessa förhållanden märkligt att Telia inte har lämnat intyget.

Trafikverket anför i huvudsak följande. L&T har i enlighet med punkten AFB.522 i upphandlingsdokumenten ingett handling med uppgift om referensuppdrag. Denna handling visar att samtliga ställda krav avseende erfarenhet uppfylls. Åberopat referensuppdrag avser ett kontrakt med Telia. L&T var från början entreprenör direkt till Telia, då i bolag Veolia Sverige AB. I februari 2017 delades dock Veolia Sverige AB varvid kontraktet med Telia överfördes till Veolia Sweden AB. Veolia Sverige AB bytte därefter namn till Veolia FM AB och sedan till L&T. Veolia Sweden AB anlät istället L&T som underentreprenör att utföra entreprenaden. Den som har undertecknat intygandet av referensuppdraget är anställd vid Veolia Sweden AB och har inte haft någon befattning hos L&T under tiden entreprenad utförts enligt aktuellt kontrakt med Telia. Entreprenaden har således utförts av L&T, först som entreprenör till Telia under bolagsnamnet Veolia Sverige AB, och sedan som entreprenör till Veolia Sweden AB. Det är L&T som har utfört allt arbete i referensuppdraget, men under olika firmor. Intyget är alltså inte ett intyg från anbudsgivaren själv utan från beställaren av anbudsgivarens utförda referensuppdrag. Den som undertecknat intyget har varit ansvarig för kontraktet med Telia hos Veolia Sweden AB.

Förvaltningsrättens bedömning.

Trafikverket har uppställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga genom att efterfråga i upphandlingsdokumentens punkt AFB.522 att anbudsgivaren ska ha genomfört referensobjekt som antingen är avslutade under de senaste fem åren eller att minst två kontraktsår är genomförda. Intyg ska enligt samma punkt inges om att entreprenaden har utförts på ett tillfredsställande sätt och ska vara undertecknat av en person som är repre-

sentant för uppdragsgivaren, som ska vara annan än anbudsgivaren, med god insyn i hur entreprenaden genomförts.

Av utredningen i målet framgår följande. L&T har lämnat in ett intyg som är undertecknat av representant för Veolia Sweden AB. Veolia Sweden AB har funnit sedan den 7 februari 2017 då Veolia Sverige AB delades i två till Veolia Sverige AB samt Veolia Sweden AB. Aktuellt kontrakt med Telia tecknades med Veolia Sverige AB 2015 och gick vidare till Veolia Sweden AB vid delningen av bolaget. Veolia Sweden AB blev då ansvarig entreprenör och som underentreprenör anlätades Veolia Sverige AB. Veolia Sverige AB har efter detta bytt namn till Veolia FM AB och sedan till L&T. Veolia Sweden AB och L&T är således två separata bolag.

Enligt förvaltningsrättens mening går det av det som framkommit i målet inte att dra en annan slutsats än att den person som har lämnat intyget inte är anställd på L&T utan på Veolia Sweden AB. Enligt Trafikverket har den intygande personen varit ansvarig för kontraktet med Telia och måste således, enligt förvaltningsrättens mening, ha god insyn i hur L&T har utfört sitt uppdrag. Det framgår vidare av utredningen att L&T har utfört uppdraget, först i bolaget Veolia Sverige AB som entreprenör direkt till Telia och sedan som underentreprenör till Veolia Sweden AB. Annat har inte framkommit än att L&T har varit den part som rent faktiskt har utfört arbetet, även om detta skett i olika bolagsnamn, och att detta skett under fler än två år. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller således L&T kraven på referensuppdrag i upphandlingsdokumentet punkt AFB.522. Vad Xylem har framfört avseende L&T:s bristande referenser medför således ingen åtgärd enligt LOU.

13 kap. 3 § LOU

Xylem anför i huvudsak följande. Enligt upphandlingsdokumentens utredningsblankett skulle en uteslutning enligt 13 kap. 3 § punkt 1, 3 och 8 ske

om omständigheterna hade betydelse för uppdragets fullgörande. Så sent som den 17 oktober 2017 påfördes L&T en miljöstraffavgift med anledning av att bolaget överträtt bestämmelser i miljöbalken. Straffavgiften hänförs till en av anläggningarna i det aktuella referensuppdraget. Även 7 juli 2015 och 21 oktober 2016 har L&T påförts miljöstraffavgift för anläggningar tillhörande Telia. Sedan november 2013 har L&T ålagts betala ytterligare elva stycken miljöstraffavgifter. Genom att L&T vid upprepade tillfällen har åsidosatt tillämpliga miljörettsliga skyldigheter ska bolaget uteslutas från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § punkt 1. Miljöstraffavgifterna har uppenbarligen betydelse för uppdragets utförande. I vart fall måste det anses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen att bedriva verksamhet på sådant sätt att miljöstraffavgifter meddelas. Särskilt när det har skett vid så många tillfällen under en kort tidsperiod. Det står klart att L&T har agerat vårdslöst i stor omfattning och att allvarliga fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens trovärdighet i professionellt avseende. L&T har dessutom i sitt anbud underlåtit att ange omständigheten att bolaget ålagts att betala ett flertal miljöstraffavgifter. Genom sin underlåtenhet att ange dessa omständigheter har L&T lämnat oriktiga uppgifter i anbudet och ska därför uteslutas även av den anledningen. Leverantörer måste kunna räkna med att den upphandlande myndigheten följer det förfarande och de krav som ställts upp i upphandlingsdokumenten. Genom att inte utreda om L&T ska uteslutas och därefter inte utesluta L&T har Trafikverket under alla förhållanden brutit mot likabehandlingsprincipen.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Trafikverket kan inte åläggas att utesluta eller förelägga anbudsgivare att besvara fråga. Eventuell uteslutning enligt 13 kap. 3 § LOU avgörs exklusivt av upphandlande myndighet och endast den som eventuellt utesluts med stöd av denna paragraf kan få frågan om uteslutning prövad i sak. Trafikverket bryter inte mot likabehandlingsprincipen då vinnande anbudsgivare inte utesluts eftersom andra anbud inte

utesluts på grund av tillämpande av aktuellt lagrum. Dessutom saknas det tillräckliga sakliga skäl för att utesluta L&T:s anbud.

Förvaltningsrättens bedömning.

Av det Xylem anfört om att Trafikverket borde ha uteslutit L&T då de frivilliga uteslutningsgrunderna som anges i AFB.51 i upphandlingsdokumenten och 13 kap. 3 § LOU föreligger kan det konstateras att både skrivelsen i upphandlingsdokumenten och bestämmelsen i 13 kap. 3 § LOU är fakultativa, dvs. de ger den upphandlande myndigheten en möjlighet, men inte en skyldighet, att utesluta en leverantör från upphandlingen. Eftersom det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att utesluta en leverantör med anledning av sådana uppgifter som Xylem har lämnat i denna del medför inte det som anförts att Trafikverket skulle ha brutit mot någon grundläggande princip eller annan bestämmelse i LOU genom att inte utesluta L&T. Det finns därför inte skäl att i övrigt bedöma de omständigheter som Xylem gjort gällande i denna del.

Onormalt lågt pris

Xylem anför i huvudsak följande. L&T har lämnat ett anbudspris som uppgår till endast 60 procent av bolagets anbudspris, något som i sig är anmärkningsvärt. Eftersom det är bolaget som innehar majoriteten av upphandlingsföremålet som befintlig leverantör kan den förklaringen inte ligga till grund för att L&T:s lägre pris i detta fall. Då anbudspriset förefaller vara onormalt lågt har Trafikverket en skyldighet att begära in en förklaring till det lämnade anbudspriset. Så har inte skett och Trafikverket har därför inte uppfyllt sin skyldighet enligt LOU. Enligt bolagets beräkningar understiger L&T:s anbudspris avseende anläggningar i Hallands län de minst möjliga kostnaderna för att utföra arbetet. Det bör även påpekas att myndigheten ska förkasta ett anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljörättsliga skyldigheter

vilket mot bakgrund av meddelade miljöskaktionsavgifter med fog kan ifrågasättas.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Anbudet från L&T är inte onormalt lågt och tillräckliga skäl finns inte att kräva att anbudsgivaren ska förklara det lämnade anbudspriset. Däremot är anbudet från Xylem orimligt högt. Vid anbudsgenomgången förklarade L&T att bolaget redan hade en beredskapsorganisation och att bemanning finns i Malmö, Helsingborg, Halmstad och Göteborg för att täcka upp hela det geografiska området. Detta förklarar L&T förbilligade utförande av aktuellt uppdrag. Även om Trafikverket hade ansett att anbudet varit onormalt lågt har L&T lämnat en tillfredsställande förklaring till nivån på sitt anbud.

Förvaltningsrättens bedömning.

Upphandlande myndighet är skyldig att begära in en förklaring från den leverantör som lämnat ett anbud som förefalla vara onormalt lågt. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden (16 kap. 7 § LOU).

Vad först avser frågan huruvida en anbudsgivare har möjlighet att begära överprövning på den grunden att upphandlande myndighet inte begärt förklaring eller förkastat ett visst anbud på grund av dess påstått onormalt låga pris har det i rättspraxis klargjorts att en sådan brist bör kunna ligga till grund för ett ingripande enligt LOU (se Kammarrätten i Jönköpings mål nr 2895-2896-17). Kammarrätten i Jönköping har vidare uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att identifiera anbud som ur pris- eller kostnadshänseende är misstänkt låga men att myndigheten har en relativt stor frihet att utifrån omständigheterna i det enskilda fallet avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud. Vad sedan gäller frågan om bevisbördans placering i ett sådant fall där en konkurrerande leverantör gör

gällande att vinnande anbudsgivares anbud inte borde ha antagits utan att upphandlande myndighet först begärt en förklaring, har kammarrätten klarlagt att det är sökande som har bevisbördan för att anbudet förfaller vara onormalt lågt samt att sökande måste förebringa en förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt.

Förvaltningsrätten konstaterar att parterna i målet har olika uppfattningar om huruvida L&T i upphandlingen förefaller vara så lågt att det enligt 16 kap. 7 LOU förpliktar Trafikverket att begära en förklaring av L&T avseende det. Enligt förvaltningsrättens mening har Xylem inte förmått visa att det är fråga om ett onormalt lågt pris som utlöser skyldigheten att begära förklaring enligt ovan nämnd lagbestämmelse. Detta då Xylem inte närmare har förebringat någon bevisning till stöd för att detta anbud är att betrakta som onormalt lågt utan endast hänvisat till att anbudet i förhållandet till Xylems egna anbud är lågt samt att en post i anbudet inte kan täcka samtliga kostnader enligt deras beräkningar. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att Xylem inte har framfört omständigheter som visar att Trafikverket har förfarit i strid med upphandlingsdokumenten, någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU när de har genomfört upphandlingen och antagit L&T:s anbud. Skäl för ingripande enligt LOU förligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Anders Lidman
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.