



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredragande
 Matilda Ståhl

DOM
 2019-09-12
 Meddelad i Falun

Mål nr
 3537-19

SÖKANDE

Peab Anläggning AB, 556568-6721

Ombud: Maria Forsgren
 Peab AB
 Box 808, 169 28 Solna

MOTPART

1. Mark & Energibyggarne i Göteborg AB, 556215-3865

Ombud: Jens Nilsson
 Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
 Box 5421, 114 84 Stockholm

2. Trafikverket

Ombud: Mattias Forsberg, Viveka Heimer och Sven Vaxenbäck
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711, 111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019-09-12 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras där anbudet från Mark & Energibyggarne i Göteborg AB inte ska ingå.

Dok.Id 260199

| 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 |

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Trafikverket gör en upphandling av totalentreprenad för utförande av Halvors länk inom Göteborgs kommun, Västra Götalands län (CTM 203213). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av upphandlingsprotokollet framgår att Mark & Energibyggarne i Göteborg AB (Mark & Energibyggarne) antagits som vinnande leverantör samt att Peab Anläggning AB (Peab) lämnat den näst lägsta anbudssumman.

Peab ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om i enlighet med förfrågningsunderlaget varvid anbudet från Mark & Energibyggarne inte ska beaktas. Peab anför i huvudsak följande. Det är enligt upphandlingsdokumenten ett krav att ha den efterfrågade erfarenheten och anbudsgivare ska presentera minst ett referensprojekt som uppfyller ställda krav. Två av Mark & Energibyggarne referensprojekt uppfyller inte de aktuella kraven och bolagets anbud borde därför ha förkastats. Peab hade då tilldelats kontraktet.

Trafikverket motsätter sig inte att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt som Peab yrkat.

Mark & Energibyggarne bestrider vad Peab anför i sin ansökan och anför i huvudsak följande. Mark & Energibyggarne anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och Trafikverket har inte handlat i strid med LOU eller någon av de grundläggande principerna genom att utvärdera bolagets anbud. Vidare lider Peab inte någon skada eftersom Peabs anbud inte uppfyller kraven på referensobjekt. Mark & Energibyggarne hemställer även att förvaltningsrätten infordrar Peabs anbud i de delar som avser referensuppdrag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Peab anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Peab har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och 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.

De invändningar som Mark & Energibyggarne nu anfört mot Peabs anbud kan inte prövas inom ramen för förevarande mål (jfr HFD 2013 ref. 24). Det saknas således även skäl för förvaltningsrätten att begära in Peabs anbud.

Vad parterna anför

Peab anför i huvudsak följande. Mark & Energibyggarne har i sitt anbud hänvisat till objektet "E6 Busskörfält och vattenskyddsåtgärder Klareberg-Jordfallsmotet" (Busskörfält) för uppfyllande av krav på erfarenhet av entreprenad på trafikintensiva vägar i stadsmiljö. För uppfyllande av övriga krav hänvisas till entreprenader utförda av personal från Implenia Sverige AB (Implenia). Det kan inledningsvis noteras att Mark & Energibyggarne inte har varit ansvarig kontraktspart beträffande något av de återopade projekten vilket utgör ett krav enligt upphandlingsdokumenten. Uppdraget Busskörfält har enligt uppgift utförts av personal som idag är anställda hos Mark & Energibyggarne. Enligt upphandlingsdokumenten är det emellertid även ett

krav att referensobjektet ska ha utförts av anbudsgivaren som ansvarig kontraktspart. Det är Peab och inte Mark & Energibyggnarna som har varit ansvarig kontraktspart för den aktuella entreprenaden. Mark & Energibyggnarna uppfyller således inte de krav som ställts.

Mark & Energibyggnarna anför i huvudsak följande. Kravet på erfarenhet av entreprenad på trafikintensiva vägar i stadsmiljö uppfylls även av referensobjektet "E4/E20 Tomtebodavägen – Haga Södra, NS14 Rampbroarna" (Rampbroarna). Det hade således varit tillräckligt för Mark & Energibyggnarna att endast hänvisa till detta objekt samt "Plattformsförlängning Hede Liseberg" (Plattformsförlängningen), dvs Implenias kapacitet för att uppfylla de krav som Trafikverket ställt. Kravet på ansvarig kontraktspart har dock inte den innebörden att anbudsgivaren ska ha varit ansvarig kontraktspart mot beställaren, det är tillräckligt att anbudsgivaren har utfört uppdraget och även ansvarat för de kontraktuella delarna. Anställda hos Mark & Energibyggnarna har utfört detta uppdrag och även ansvarat för de kontraktuella delarna. Anbudsgivare har rätt att tillgodoräkna sig sina anställdas tidigare arbetslivserfarenheter.

Trafikverket anför i huvudsak följande. Kravet i AFB.522 innebär att anbudsgivaren, för att anses ha sådan erfarenhet som behövs för att fullgöra kontraktet enligt ändamålsenlig kvalitetsstandard, ska ha genomfört entreprenader som ansvarig kontraktspart och förfoga över personal som i ansvarig ställning har genomfört minst ett objekt av liknande svårighetsgrad. Mark & Energibyggnarna har hänvisat till referensprojektet Busskörväg för att visa på erfarenhet av objekt med liknande svårighetsgrad vad gäller kravet på erfarenhet av arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö och angett att entreprenaden utfördes av personal som numera är anställd i bolaget. Avseende övriga krav har Mark & Energibyggnarna åberopat kapacitet från Implenia. Bedömningen av om Mark & Energibyggnarna uppfyller kravet erfarenhet av

arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö eller inte måste således göras utifrån referensprojektet Busskörfält. Vad gäller kravet avseende anbudsgivarens personal konstateras att det framgår av referensprojektet Busskörfält att denna del uppfylls genom att den personal som i ansvarig ställning genomförde projektet numera är anställda i Mark & Energibyggarna. Vad gäller kravet avseende att referensobjektet ska vara utfört av anbudsgivaren som ansvarig kontraktspart kan detta kriterium inte anses vara uppfyllt genom referensprojektet Busskörfält eftersom Mark & Energibyggarna inte varit ansvariga kontraktspart i det aktuella uppdraget. Ansvarig kontraktspart har varit Peab. Det är därmed tydlig att Mark & Energibyggarna inte har kunnat visa att bolaget som ansvarig kontraktspart har genomfört minst en entreprenad som avser arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö. Av praxis framgår att kravet på ansvarig kontraktspart måste förstås så att denna funktion ska innehas av ett bolag, antingen av anbudsgivaren själv eller av det företag vars kapacitet anbudsgivaren åberopar och att bolaget är den part som ingått det upphandlade kontraktet med den upphandlande myndigheten. Det är således inte tillräckligt att anbudsgivaren har utfört uppdraget och ansvarat för kontraktuella delar eller förlitar sig på anställdas tidigare arbetslivserfarenhet. Trafikverket har åveropat ett entreprenadkontrakt mellan Trafikverket och Peab avseende referensobjektet Busskörfält.

Upphandlingsdokument

Av punkt AFB.522 i upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande.

AFB.522 Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga

Anbudsgivare ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga som är tillräcklig för aktuellt uppdrag.

Anbudsgivare ska därmed ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard, dvs. ha genomfört entreprenader som ansvarig kontraktspart och förfoga över personal som i ansvarig ställning i form av produktions- och/eller projektchef ha genomfört minst ett (1) objekt av liknande svårighetsgrad.

Med liknande svårighetsgrad avses

- trafikintensiva vägar (minst ÅDT 20 000) i stadsmiljö.
- genomfört BEST-arbeten på nybyggnation av järnväg inte äldre än 5 år
- färdigställt en totalentreprenad inte äldre än 5 år >100 MSEK exklusive mervärdesskatt

Referensobjekt ska vara avslutat under de fem senaste åren räknat från sista anbudsdag och ska ha utförts på ett för uppdragsgivaren tillfredsställande sätt med hänsyn till yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

För att styrka sin erfarenhet ska anbudsgivaren på beställarens begäran inge en förteckning över genomförda entreprenader.

Förteckningen behöver inte vara uttömmande, men ska utvisa att anbudsgivaren avseende minst 1 entreprenad uppfyller kraven på referensobjekt enligt ovan. Av förteckningen ska kontraktvärde, tidpunkt och namn på uppdragsgivare framgå, se även bilaga.

Förvaltningsrättens bedömning

Peab har gjort gällande att Mark & Energibyggnarna inte uppfyller kravet på att, som ansvarig kontraktspart, ha genomfört referensobjektet Busskörfält eftersom det är Peab som varit ansvarig kontraktspart för referensobjektet. Mark & Energibyggnarna har gjort gällande att kravet ska förstås så att det är tillräckligt att anställda hos Mark & Energibyggnarna har utfört uppdraget och även ansvarat för de kontraktuella delarna samt att bolaget därmed uppfyller kravet.

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivare ska ha genomfört entreprenader som ansvarig kontraktspart. Enligt förvaltningsrättens mening krävs det således att anbudsgivaren, eller annat bolag vars kapacitet anbudsgivaren åberopar, har genomfört entreprenaderna som ansvarig kontraktspart. Det är således inte tillräckligt att anställda i bolaget har ansvarat för de kontraktuella delarna i entreprenaderna.

Av Mark & Energibyggnarnas anbud framgår att man hänvisar till referensobjektet Busskörfält för uppfyllande av kravet på erfarenhet av arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö. Trafikverket har lämnat in dokument som visar att det är Peab, och inte Mark & Energibyggnarna, som varit ansvarig kontraktspart i det aktuella referensobjektet. Förvaltningsrätten anser där-

med att Mark & Energibyggnarna inte uppfyller kravet på erfarenhet av arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö genom att hänvisa till referensobjektet Busskörväg. Förvaltningsrätten anser inte att det finns utrymme för Trafikverket att beakta de övriga referensobjekt som Mark & Energibyggnarna åberopat för att uppfylla andra krav vid bedömningen av om bolagets anbud uppfyller kravet på erfarenhet av arbete på trafikintensiva vägar i stadsmiljö. Genom att anta bolagets anbud har Trafikverket agerat i strid med principen om likabehandling. Av upphandlingsdokumenten framgår att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för beställaren kommer att antas samt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det anbud som har lägst pris. Av tilldelningsbeslutet framgår att Peab har den näst lägsta anbudssumman och Peab får således anses ha lidit skada på grund av Trafikverkets agerande. Det föreligger således grund för ingripande enligt LOU.

Den aktuella bristen hänför sig till utvärderingen av de inkomna anbuden och upphandlingens konkurrensuppsökande skede har därför inte påverkats. Det är således tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering görs där anbudet från Mark & Energibyggnarna inte ska ingå. Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder för ingripande enligt LOU som Peab har gjort gällande.

Hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
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.

