



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2012-10-29
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 578-12 E
 D2

SÖKANDE

Malmberg Water AB, 556292-9272
 Ombud: Advokaten Peter Savin och jur.kand. David Karlsson
 Advokatfirman Glimstedt Kalmar Växjö HB
 Larmtorget 4
 392 32 Kalmar

KONKURRENSVERKET	
2012-10-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPARTER

1. Econet Oy
 Ombud: Advokaten Tomas Eliasson och jur.kand. Christian Härdgård
 Advokatfirman Delphi i Malmö AB
 Stora Nygatan 64
 211 37 Malmö

2. Luleå kommun
 Tekniska Förvaltningen
 Midgårdsvägen 19
 971 85 Luleå

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att Luleå kommuns upphandling av "Anläggning för uppgradering till fordonsgas och tankstation" ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om. Vid den nya utvärderingen ska Econet Oy:s anbud inte beaktas. Vidare ska det vid den nya utvärderingen beaktas att förbrukningskostnaderna i Nordic Gas Solution AB:s anbud är för lågt angivna.

Dok.Id 31042

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 41

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
 www.dom.se

Telefax
 0920-29 54 98

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Luleå kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling av ”Anläggning för uppgradering till fordonsgas och tankstation”, totalentreprenad. Enligt tilldelningsbesked den 15 mars 2012 antogs Econet Oy (Econet) som entreprenör med fyra poäng. På andra plats kom Nordic Gas Solutions AB (Nordic) med 3,41 poäng och på tredje plats kom Malmberg Water AB (Malmberg) med 3,29 poäng.

Malmberg

Malmberg har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Malmberg tilldelas kontraktet. I andra hand har Malmberg yrkat att upphandlingen ska göras om.

Kommunen och Econet

Kommunen och Econet har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER OCH OMSTÄNDIGHETER

Malmberg

Econets anbud

I det aktuella förfrågningsunderlaget punkt AFB.514 finns ett kvalifikationskrav enligt vilket anbudsgivare ska ha genomfört minst två liknande referensprojekt/objekt under de senaste fem åren. Econet har i sitt anbud angett att bolaget har genomfört tre sådana projekt, nämligen projekt Brogas för Biogas Gotland år 2010 (Brogasprojektet), projekt Svedjan Biogas

för Bodens kommun år 2007 (Svedjanprojektet) och projekt Norrköping för Svensk Biogas AB år 2007 (Norrköpingsprojektet).

Det är inte korrekt att Econet skulle ha varit totalentreprenör vid Svedjanprojektet eller Norrköpingsprojektet. För dessa projekt var nämligen YIT Vatten och Miljöteknik Sverige AB totalentreprenör.

YIT Vatten och Miljöteknik AB lade ned sin verksamhet år 2007. Bolagets anställda skingrades i samband därmed till andra verksamheter och arbetsgivare. Vid nedläggningen av YIT Vatten och Miljöteknik AB:s verksamhet övergick Econets offererade projektledare Risto Arminen från YIT Vatten och Miljöteknik AB till Landskrona Vatten & Miljöteknik AB. Detta bolag registrerades den 27 september 2007 och erhöll F-skattsedel först den 11 oktober 2007. Under det räkenskapsår som avslutades den 31 december 2008 omsatte bolaget endast 143 000 kr. Av utdrag från bolagets hemsida framgår att Landskrona Vatten & Miljöteknik AB:s arbete fokuserades på att slutföra kvarvarande projekt för YIT Vatten och Miljöteknik AB samt att sälja nya projekt.

I oktober 2011 förvärvades Landskrona Vatten & Miljöteknik AB av Econet, varvid firman ändrades till Econet Vatten & Miljöteknik AB.

Av Econets anbud att döma påstår bolaget att ovanstående omständigheter skulle vara att likställa med att Econet skulle ha varit totalentreprenör vid Svedjanprojektet och Norrköpingsprojektet. Malmberg bestrider att så är fallet och åberopar följande omständigheter. YIT Vatten och Miljöteknik AB avvecklades år 2007 (det upplöstes dock först den 4 april 2012 genom fusion med YIT Sverige AB) och dess organisation överfördes inte till Econet Vatten & Miljöteknik AB. Endast en av de anställda hos YIT Vatten och Miljöteknik AB är idag verksam hos Econet Vatten & Miljöteknik AB. Econet Vatten & Miljöteknik AB kan knappast ha utfört något arbete i

projekten, möjligtvis med undantag för åtgärdandet av besiktningsanmärkingar. Båda projekten färdigställdes under 2007. Svedjanprojektet invigdes den 11 maj 2007. Som angetts ovan registrerades Econet Vatten & Miljöteknik AB den 27 september 2007 och bolaget erhöll F-skattsedel först den 11 oktober 2007

Uppenbarligen har Luleå kommun inte kontrollerat de av Econet åberopade referensobjekten. Hade så skett skulle kommunen ha funnit att Econet inte uppfyller kravet på anbudsgivares kapacitet och lämplighet. Vid en korrekt bedömning skulle kommunen inte ha tagit upp Econets anbud till anbudsutvärdering.

Under alla förhållanden är Luleå kommuns utvärdering av Econets projektledares erfarenhet med avseende på tidigare genomförda projekt felaktig. Som framgår av anbudsutvärderingen har Econet erhållit fem poäng i denna del, vilket enligt ABF.5232 i de administrativa föreskrifterna skulle innebära att dess projektledare Risto Arminen har erfarenhet som projektledare från minst fem projekt rörande uppgradering av biogas till fordonsgas.

I Econets anbud anges att Risto Arminen skulle ha varit projektledare vid de ovan nämnda Brogas-, Svedjan- och Norrköpingsprojekten, liksom vid projekt Växtkraft för Växtkraft Västerås år 2004, (Växtkraftsprojektet), projekt Biogasanläggning Eskilstuna för Eskilstuna Energi & Miljö AB år 2002, (Eskilstunaprojektet) och projekt Biogasanläggning Linköping för Tekniska Verken i Linköping år 2000, (Linköpingsprojektet).

Malmberg invänder inte mot att Risto Arminen skulle ha varit projektledare för Brogasprojektet. Malmberg kan dock, efter kontakt med beställarna i de olika projekten konstatera att rollen som projektledare i de övriga projekten fylldes av andra närmare angivna personer.

Malmberg ifrågasätter inte att Risto Arminen kan ha haft en ledande roll i de nämnda projekten, som utfördes av YIT Vatten och Miljöteknik AB. Eftersom AFB.5232 i förfrågningsunderlaget, förutsätter att den person som offereras som projektledare ska ha varit verksam i samma befattning vad gäller referensprojekten kan emellertid inte någon hänsyn till detta tas vid anbudsutvärderingen.

Om Luleå kommun hade kontrollerat de av Econet åberopade referensprojekten för Risto Arminen, skulle kommunen ha funnit att han endast varit projektledare vid ett av dessa projekt. Econet skulle då endast ha tillerkänts en poäng i denna del. Bolagets slutliga poängsumma skulle därmed ha reducerats från fyra poäng till 3,2 poäng.

Nordics anbud

Nordic har i sitt anbud redovisat en viss förbrukningskostnad för den offererade gasuppraderingsanläggningen. Med hänsyn till de mycket låga värden som redovisats erhöll Nordic fem poäng vid anbudsutvärderingen.

Med tillämpning av AFB.522, som hänvisar till en graf, ansåg Luleå kommun att övriga anbudsgivare inte skulle erhålla några poäng i denna del, eftersom de värden de uppgett översteg Nordics värden med mer än 50 procent.

Malmberg hävdar att Nordics värden är lägre än vad som kan uppnås med dagens tillgängliga teknik. Av anbudsutvärderingen framgår att kommunen delar Malmbergs bedömning att förbrukningskostnaderna i Nordics anbud måste vara för lågt angivna. Kommunen anger ”Vid senaste genomgången 2/3 har vi uppmärksammat att energiförbrukningen som anbudet presenterat troligen är för låg. Eftersom detta inte påverkar slutbedömning av anbudsvinnare låter vi frågan bero”.

Det är anmärkningsvärt att kommunen, trots bedömningen att förbrukningskostnaderna är felaktiga, ändå har valt att lägga dessa kostnader till grund för sin bedömning av anbuden från övriga anbudsgivare. Rimligen skulle Malmberg och Econet i sådant fall ha erhållit mer än noll poäng. Som angetts ovan skulle Econets poängsumma vid en korrekt bedömning under alla förhållanden ha reducerats med 0,8, varför Econet rätteligen skulle ha rankats lägre än Malmberg.

En jämförelse mellan Malmbergs förbrukningskostnader visar att Malmbergs är lägre än Econets. Malmberg skulle således även med beaktande av förbrukningskostnaderna ha rankats högre än Econet. Detta innebär att bedömningen av Nordics förbrukningskostnader i högsta grad var avgörande för vilken anbudsgivare som skulle vinna upphandlingen.

Kommunen borde därför ha uppmanat Nordic att förtydliga sitt anbud och, om något godtagbart förtydligande inte inkommit, förkastat anbudet.

Nordic har inte angett hur värme ska tillföras den offererade processen. Det är därför inte möjligt att uppskatta den verkliga förbrukningskostnaden i bolagets anbud. Det står dock klart att den tillförsel av värme som Nordics process förutsätter för sin funktion medför en energiförbrukning som med mellan 20 procent (vid användning av pellets) och 50 procent (vid användning av rågas) överstiger den energiförbrukning som krävs för Malmbergs process. Vid en korrekt utvärdering borde den verkliga förbrukningskostnaden för Nordic ha beaktats. Eftersom den energikostnad som anges i Malmbergs anbud understiger den energikostnad som är förenad med de av Econet och Nordic offererade tekniska lösningarna, ska Malmberg rätteligen tilldelas fem poäng i denna del. Mot denna bakgrund skulle Luleå kommun vid en korrekt bedömning ha tilldelat Malmberg kontraktet.

Kommunen

Econets anbud

Kommunen anser att Econet i sitt anbud angett minst två referensobjekt helt i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och att det inte förelegat några speciella omständigheter som innebär att kommunen borde ha ifrågasatt och kontrollerat riktigheten av lämnade uppgifter. Malmberg har enligt kommunens uppfattning därför inte fog för påståendet om att anbudet borde ha förkastats.

Malmberg gör också gällande att kommunen förfarit felaktigt vid utvärderingen av Econets projektledares erfarenhet. Malmberg tycks mena att kommunen borde ha undersökt om Econets offererade projektledare verkligen haft rollen som projektledare i de projekt Econet hänvisat till. Kommunen anser att det inte heller i denna del föreligger några omständigheter som gör att kommunen borde ha undersökt lämnade uppgifter. Utvärderingen har skett helt i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och är inte felaktig.

Econet har under tiden överprövningsprocessen pågått i förvaltningsrätten inte meddelat kommunen annat än att lämnade uppgifter i dess anbud var och alljämt är korrekta. Kommunen kan inte se att utredningsskyldigheten för kommunen i ett fall som det nu aktuella innebär att kommunen måste göra några mer vittgående undersökningar av om uppgifterna i ett anbud är riktiga. Syftet med förvaltningsprocessen kan inte vara annat än att pröva om upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna.

Nordics anbud

Som Malmberg påtalar har kommunen vid utvärderingen av anbuden bedömt att angiven förbrukningskostnad troligen är för låg. Kommunen gör dock gällande att slutbedömningen hade blivit densamma även om kommunen hanterat den omständigheten på det sätt Malmberg förordar. Econet hade således rankats högre än Malmberg även om Nordic inte erhållit någon poäng vad gäller förbrukningskostnader och om Econet samt Malmberg tilldelats poäng i denna kategori. Kommunens utvärdering av anbuden i den del som gäller förbrukningskostnader har inte påverkat upphandlingens resultat eller inneburit men för Malmberg. – Kommunen har gett in en justerad anbudsutvärdering.

Malmberg

Nordics anbud

Luleå kommun har gett in en justerad anbudsutvärdering som beaktar de verkliga energikostnaderna i Nordics anbud. I denna justerade anbudsutvärdering ges Malmberg fem poäng i fråga om energikostnader, medan Econet tilldelas fyra poäng. Detta bekräftar vad Malmberg angett i överklagandet. Den totala poängsumman i den justerade anbudsutvärderingen är 4,80 poäng för Econets del medan Malmberg erhåller 4,29 poäng. Med hänvisning till att Econets offererade projektledare Risto Arminen endast har agerat projektledare i ett av de sex projekt som åberopas i Econets anbud skulle Econet dock rätteligen ha erhållit 0,20 poäng snarare än 1 poäng i fråga om utvärderingskriteriet "Erfarenhet Antal Projekt". Detta får till följd att Econet skulle ha erhållit 3,20 poäng mot Malmbergs 3,29 poäng. Malmberg skulle därmed ha tilldelats kontraktet.

Econet

Econets anbud

Econet har långt in i processen hävdad att YIT Vatten & Miljöteknik AB var ett dotterbolag till YIT Environment OY, vilket i sin tur köpts upp av Econet och att Econet därför haft rätt att åberopa de projekt som YIT Vatten & Miljöteknik AB har genomfört. Sedermera har Econet dock medgett (i en not i aktbilaga 25) att YIT Vatten & Miljöteknik AB och YIT Environment OY var respektive är dotterbolag till YIT Rakennus Oy samt anfört följande.

Det är riktigt att det är YIT Vatten & Miljöteknik AB som har utfört Svedjan och Norrköpingprojektet. Verksamheten i YIT Vatten & Miljöteknik AB avvecklades efter nämnda projektet år 2007. Enligt avvecklingsplanen för YIT Vatten & Miljöteknik AB övergick ritningsarkiv, projektmaterial och referensmaterial från YIT Vatten & Miljöteknik AB till systerbolaget YIT Environment Oy.

I samband med avvecklingen av verksamheten i YIT Vatten & Miljöteknik AB överfördes även den återstående verksamheten, dvs. biogasverksamheten, till systerbolaget som i Finland drev samma typ av biogasverksamhet. De båda bolagen har varit naturliga samarbetspartners. Biogasverksamheten i YIT Environment OY övergick senare till Econet i samband med att Econet förvärvade verksamheten samt personal från YIT Environment Oy år 2009. I köpeavtalet mellan Econet och YIT Environment OY stipulerades att samtliga referenser som YIT Environment OY innehar övergår till Econet. I oktober 2011 förvärvades även Landskrona Vatten & Miljöteknik AB av Econet. – Econet har gett in intyg den 14 maj 2012 av Reijo Sirpoma, fd. styrelseledamot i YIT Vatten & Miljöteknik AB, samt

intyg den 30 juli 2009 av Jonne Heino, Corporate General Counsel, YIT Corporation.

Econet har därför genom sitt förvärv av verksamheten från YIT Environment OY haft rätt att som referensobjekt även åberopa de biogasprojekt som genomförts av YIT Vatten & Miljöteknik AB.

Flera styrelseledamöter i YIT Vatten & Miljöteknik AB hade höga befattningar inom YIT Environment OY, bl.a. VD och vice VD. YIT Environment OY hade således klar majoritet i YIT Vatten & Miljöteknik AB:s styrelse och full kontroll över bolaget. Bolagen hade även gemensam certifiering enligt ISO 9001:2000 vilket inte utfärdas till två helt fristående bolag. Därutöver framgår det av YIT-koncernens organisationsschema från september 2001 att YIT Vatten & Miljöteknik AB kontrollerades av YIT Environment OY och dess VD. Bolagen ses då som ett bolag ur ett upphandlingsperspektiv. Bolaget har haft tillgång till YIT Vatten & Miljöteknik AB:s referenser i enlighet med artikel 3 i EG:s förordning nr 139/2004 eftersom förordningen även är tillämplig på samarbetspartners och enkla bolag. Huvudsaken är att kontrollen helt eller delvis har förvärvats. Vidare får ett bolag enligt 11 kap. 12 § LOU vid behov åberopa andra bolags yrkesmässiga kapacitet, häribland referenser.

Till saken hör också att Econet även har Risto Arminen till sitt förfogande, dvs. den person som offererats om projektledare. Bolaget har således inte bara tillgång till de formella referenserna utan förfogar även över den faktiska nyckelpersonen som i realiteten utgör de åberopade referenserna, se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 9753-11.

Econet har varit in sin fulla rätt att använda sig av såväl YIT Vatten & Miljöteknik AB:s som Landskrona Vatten & Miljöteknik AB:s referenser då

Econet rätteligen förfogar över dem. Econet uppfyller således ska-kravet i AFB.514.

Enligt ska-kravet ställs inte krav på att den offererade personen ska ha varit projektledare under hela projektet. Risto Arminen var projektledare för Svedjanprojektet från och med april 2007, Norrköpingprojektet från och med den 1 augusti 2007 och Växkraftprojektet från augusti 2005. Han var VD och projektchef med det yttersta ansvaret för Eskilstunaprojektet. Linnköpingprojektet hade flera projektledare, av vilka Risto Arminen var en. Han var även VD och projektchef med det yttersta ansvaret. Econet vidhåller att Risto Arminen varit projektledare i samtliga projekt, i enlighet med den definition som går att utläsa av förfrågningsunderlaget, vart fall under en tid. Det kan vara svårt att ange exakt tid eftersom rollen hoppade mellan flera personer.

Malmbergs anbud

Malmbergs anbud uppfyller inte ska-kraven om gassammansättning i kravspecifikationen punkt 4.2, bullerkraven i punkt 6.3, tillgänglighetskravet i punkt 10.3, prestandaprov i punkt 10.4, krav på märkning av komponenter i punkt 12.4, krav på mätpunkter och rapportering i punkt 6.4, krav på åtkomlighet i skiss/ritning i AFB.31.

Därutöver har Malmberg gjort en otillåten komplettering av anbudet gällande redovisade siffror avseende energiförbrukningsberäkningen. Kompletteringen skiljer sig från vad som anges i anbudet och ny information har således tillförts.

Malmbergs anbud borde därför rätteligen ha förkastats. Malmberg kan således inte anses ha lidit skada på grund av eventuella fel i upphandlingen.

Malmberg

Econets anbud

Att vissa styrelseledamöter i YIT Vatten & Miljöteknik AB hade ledande befattningar inom YIT Environment Oy visar inte att YIT Environment Oy hade "klar majoritet i YIT Vatten & Miljöteknik AB:s styrelse" eller "full kontroll över bolaget". Att samma personer återkommer i ledningen för flera bolag är vanligt förekommande i bolag som ingår i samma sfär. Ett aktiebolags styrelse utses av dess aktieägare och företräder aktieägarna. I detta fall är den enda rimliga slutsatsen att styrelseledamöterna hade utsetts av YIT Vatten & Miljöteknik AB:s ende aktieägare, YIT Rakennus Oy, och hade till uppdrag att uteslutande företräda YIT Rakennus Oy:s intressen.

Malmberg bestrider att YIT Environment Oy skulle ha tagit över någon pågående verksamhet från YIT Vatten & Miljöteknik AB. Det är inte heller visat att YIT Environment Oy skulle ha förvärvat någon rätt att åberopa av YIT Vatten & Miljöteknik AB genomförda projekt som egna referenser i framtida upphandlingar. Under alla förhållanden saknar dylika förvärv av referenser relevans för målet då åberopandet av referensobjekt utförda av bolag som inte kontrolleras av anbudsgivaren förutsätter att anbudsgivaren uttryckligen åberopar det utomstående företags kapacitet och bifogar ett åtagande från det utomstående företaget, se 11 kap. 12 § LOU. Econets anbud saknar såväl ett uttryckligt åberopande av YIT Vatten & Miljöteknik AB kapacitet som ett åtagande.

Malmberg bestrider att Risto Arminen ensam "i realiteten utgör de åberopade referenserna". Ett flertal anställda hos YIT Vatten & Miljöteknik AB var involverade i de av Econet åberopade referensprojekten.

Vad som anges i artikel 3 i EG:s förordning om kontroll av företagskoncentrationer saknar relevans eftersom YIT Vatten & Miljöteknik AB aldrig har slagits samman med YIT Environment OY eller Econet och övriga i artikeln uppräknade situationer inte är för handen.

Malmberg ifrågasätter inte Econets rätt att åberopa Landskrona Vatten & Miljötekniks referenser. Dessa referenser är dock inte tillräckliga för att uppfylla aktuellt kvalificeringskrav.

Förfrågningsunderlaget kan inte uppfattas på annat sätt än att den person som åberopas som projektledare ska ha varit just projektledare, och inte exempelvis projektchef.

Svedjanprojektet. En projektledare är främst verksam under projektets projekterings- och produktionsfaser, vilka sammantaget normalt löper under cirka ett år. Det är normalt leverantörens service- eller processavdelning som ansvarar för garantipunkter och provdrift. Malmbergs uppfattning är att YIT Vatten & Miljöteknik AB vid tiden för detta projekt inte förfogade över sådana stödfunktioner.

Norrköpingsprojektet. Som anförts ovan utför projektledaren den absoluta huvuddelen av sitt arbete under projektets första år. Därefter tar andra funktioner inom leverantörens organisation vid.

Eskilstunaprojektet. Att Risto Arminen var VD och projektchef saknar relevans i målet. Rollen är inte hänförlig till projektledning.

Linköpingsprojektet. Risto Arminen var inte projektledare. Econet har inte kunnat specificera under vilken period det i så fall skulle ha varit. Att Risto Arminen var VD och projektchef saknar relevans i målet.

Med hänsyn till utformningen av AFB.5232 står det klart att kommunen lade vikt vid att den offererade projektledaren skulle besitta omfattande erfarenhet av daglig projektledning. Ett rimligt krav för att en person ska kunna anses besitta den erfarenhet kommunen efterfrågat är att denne agerat projektledare under samtliga faser av ett projekt. Utmärkande för de referensobjekt Econet åberopat är att Risto Arminen, för det fall han alls agerat projektledare, tillträtt rollen under projektets avslutande faser. Risto Arminen kan inte anses ha agerat projektledare i förfrågningsunderlagets mening, AFA.4, under mer än ett av de sex referensobjekt som redovisats i Econets anbud.

Malmbergs anbud

Econets påstående om att Malmberg inte lidit skada på grund av att Malmbergs anbud och inte uppfyller ska-kraven bestrids. Malmberg anser dessutom att påståendet ligger utanför prövningsramen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utvärderingen av projektledare

Enligt AFB.52 kommer beställaren att värdera anbuden med en viktningsnyckel som består av tre tilldelningskriterier med viss närmare angiven viktning. 1, Ekonomi (50 procent) 2, Gasuppgraderingens förbrukningskostnader (20 procent) 3, Kompetens hos offererad projektledare (erfarenhet som projektledare av liknande projekt, antal projekt (20 procent) samt erfarenhet som projektledare, antal år (10 procent))

Enligt AFB.5232 kommer endast projektledare som namnges och därigenom ställs till beställarens förfogande att tillgodoräknas anbudsgivaren vid anbudsutvärderingen. Anbudsgivaren ska redovisa pågående och genom-

förda relevanta referensprojekt/objekt som överensstämmer med det projekt som förfrågningsunderlaget avser och i den befattning man offererar den namngivna personen i. Minst fem projekt ger fem poäng.

I Econets anbud anges att Risto Arminen har varit projektledare vid Brogasprojektet, Svedjanprojektet, Norrköpingsprojektet, Växkraftsprojektet, Eskilstunaprojektet och Linköpingsprojektet. Kommunen har godtagit detta och gett Econet poäng i motsvarande mån.

Malmberg har gjort gällande att Luleå kommuns utvärdering av Econets projektledares erfarenhet med avseende på tidigare genomförda projekt är felaktig. Enligt Malmberg var Risto Arminen projektledare för Brogasprojektet men inte för de övriga projekten.

Förvaltningsrätten noterar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att den angivna personen måste ha varit projektledare under hela projektet. Förvaltningsrätten anser därför inte annat visat än att Risto Arminen under en tid varit projektledare för Svedjanprojektet, Norrköpingprojektet, Växkraftprojektet och Linköpingprojektet. Han synes dock inte ha haft denna befattning i Eskilstunaprojektet där han var VD och projektchef. Rimligen kan detta inte vara detsamma som projektledare. Eftersom Econets projektledare har erfarenhet av fem projekt påverkas dock inte poängen i denna del.

Uppfyller Econets anbud ska-kraven?

Enligt AFB.514 ska anbudsgivaren bl.a. ha genomfört minst två liknande referensprojekt/objekt under de senaste fem åren som framgår av förfrågningsunderlaget, annars tas inte anbudet upp till utvärdering.

Econet har i sitt anbud angett att det genomfört tre sådana projekt, Brogasprojektet, Svedjanprojektet och Norrköpingsprojektet.

Att Econet varit totalentreprenör för Brogasprojektet är parterna ense om. Vad gäller Svedjan- och Norrköpingsprojektet är det ostridigt att YIT Vatten & Miljöteknik AB var totalentreprenör för Svedjan- och Norrköpingsprojektet. Frågan är om Econet trots det har rätt att tillgodoräkna sig projekten i nu aktuellt avseende.

Av utredningen i målet framgår att verksamheten i YIT Vatten & Miljöteknik AB avvecklades år 2007. Samma år startades Landskrona Vatten & Miljöteknik AB som, enligt uppgift på sin egen hemsida, fokuserade på att slutföra det som återstod av YIT Vatten & Miljöteknik AB:s projekt samt sälja nya. Landskrona Vatten & Miljöteknik AB köptes därefter upp av Econet år 2011.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något i målet som talar för att YIT Environment OY tog över något annat av YIT Vatten & Miljöteknik AB än ritningsarkiv, projektmaterial och referensmaterial, dvs. papper och annan dokumentation. Om själva biogasverksamheten ingått borde det rimligen ha nämnts i något sammanhang, t.ex. i den handling av Reijo Sirpoma som Econet gett in till förvaltningsrätten. YIT Environment OY kan därför inte anses ha förvärvat YIT Vatten & Miljöteknik AB:s verksamhet som sådan. Rätt att åberopa YIT Vatten & Miljöteknik AB:s projekt som referenser föreligger därför inte på denna grund.

Något åberopande eller åtagande enligt 15 kap. 15 a § LOU finns vidare inte.

Att systerbolagen delvis haft samma styrelseledamöter innebär inte att Econet kan anses haft kontroll över YIT Vatten & Miljöteknik AB.

Inte heller vad Econet gjort gällande i övrigt, t.ex. att bolaget förfogar över den nyckelperson som i realiteten utgör de åberopade referenserna, innebär att det haft rätt att tillgodoräkna sig projekten. En person utgör inte en referens i ett fall som det aktuella. Econets situation kan inte jämföras med den som förelåg i Kammarrätten i Göteborgs mål nr 9753-11.

Att Econet har rätt att åberopa Landskrona Vatten & Miljöteknik AB:s projekt som referenser är ostridigt, liksom att dessa inte är tillräckliga för att ska-kravet ska anses uppfyllt.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Malmberg visat att Econet inte uppfyller ska-kravet om att ha genomfört minst två liknande referensprojekt/objekt under de senaste fem åren.

Kommunen har anfört att den utgått från Econets uppgift om att anbudet uppfyllde det aktuella ska-kravet och att det inte ankommer på den att göra mer.

Det stämmer i och för sig att en upphandlande myndighet inte är skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Om det i samband med överprövningsprocessen eller dessförinnan kommer fram att uppgifterna inte är korrekta måste dock den upphandlande myndigheten beakta dessa. Det står nämligen i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att efterge eller bortse från sådana ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. De uppgifter som nu framkommit om att Econets anbud inte uppfyller alla ska-krav måste därför beaktas. Det innebär att Econets anbud rätteligen skulle ha förkastats.

Frågan är då om Malmberg lidit någon skada på grund av att kommunen inte förkastat Econets anbud.

Skaderekvisitet och ramen för förvaltningsrättens prövning

Econet har invänt att Malmbergs anbud inte uppfyller flera av ska-kraven, att Malmberg gjort en otillåten komplettering, att dess anbud därför rätteligen skulle ha förkastats samt att Malmberg därför inte lidit någon skada.

I ett flertal domar från kammarrätterna har domstolarna funnit att de invändningar som den upphandlande myndigheten framfört först under överprövningsprocessen om att inte heller den leverantör som begär överprövning uppfyller alla ska-krav inte kan prövas inom ramen för målet. Kammarrätten i Stockholm har dock i dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12 kommit till motsatt slutsats. I sistnämnda mål var det fråga om brister avseende ett och samma ska-krav, vilket inte är fallet i aktuellt mål. Den tidigare praxisen har dessutom vidhållits i senare domar (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 26 juni 2012 i mål nr 935-12). Praxis får till övervägande del anses ha den innebörden att invändningar av det aktuella slaget inte prövas. Förvaltningsrätten följer denna linje (jfr även Förvaltningsrättens i Göteborg dom i mål nr 9951-12 och Förvaltningsrättens i Stockholms dom i mål 12141-12). Det som Econet anfört i detta avseende medför därför inte någon prövning.

I den ursprungliga anbudsutvärderingen kom Nordic på andra och Malmberg på tredje plats efter Econet. Malmberg skulle då inte ha varit aktuell för kontraktet oavsett vad som hände med Econets anbud. I målet har dock framkommit att Nordic fått för höga poäng i utvärderingen av gasuppgraderingsanläggningens förbrukningskostnader enligt punkt AFB.522 i förfrågningsunderlaget och att Malmberg, enligt en ny utvärdering som kommunen gjort i denna del, hamnat på andra plats. Malmberg får därmed anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av att kommunen felaktigt kvalificerat Econets anbud. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed.

Eftersom felet inte är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om. Econet Oy:s anbud ska då inte beaktas. Däremot ska beaktas att Nordic angett för höga förbrukningskostnader i sitt anbud.

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



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 vartill 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.