



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA
 Enhet 1

DOM
 2019-06-27
 Meddelad i Uppsala

Mål nr
 7392-18 E

SÖKANDE

Sh bygg, sten och anläggning AB, 556051-9232

Ombud: Jur.kand. Jakob Waldersten
 Sh bygg, sten och anläggning AB
 Box 417
 751 06 Uppsala

MOTPART

Sigtuna kommun
 195 85 Märsta

KONKURRENSVERKET	
2019 06 27	
Avg	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 282102

Postadress
 Box 1853
 751 48 Uppsala

Besöksadress
 Smedsgränd 22

Telefon
 018-431 63 00

Telefax
 018-10 00 34
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sigtuna kommun har genomfört en upphandling avseende byggentreprenad Steningskolan etapp 2, dnr UH-2018-159. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande och i tilldelningsbeslut den 20 november 2018 har Boetten Bygg AB tilldelats kontrakt.

Sh Bygg, sten och anläggning AB (Sh Bygg) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anføres bl.a. följande. De två anbud som lämnats i upphandlingen överstiger vida det tröskelvärde som gäller för upphandling av byggentreprenader. Anbudsbeloppen visar att Sigtna kommun inte gjort en korrekt beräkning av kontraktsföremålet vilket medfört att förenklat förfarande felaktigt har tillämpats. Upphandlingen avser tillbyggnad av en skola och kravet på två referensentreprenader avseende nybyggnation står inte i proportion till den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som kommunen torde vara i behov av. Vidare är nyproduktion av skolor ovanligt varför kravet på två nybyggda skolor är konkurrensbegränsande. Om kravet på referenser omfattat tillbyggnad och/eller om antalet referensentreprenader hade begränsats till en hade Sh Bygg ansetts uppfylla kraven och tilldelats kontraktet.

Sigtuna kommun bestrider bifall till yrkandet att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Entreprenadupphandlingens uppskattade värde faller under tröskelvärdet och kommunen hade därför rätt att använda ett förfarande som föreskrivs i 19 kap. LOU. Den anbudssumma som anbudsgivarna offererar ska inte ligga till grund för värderingen av upphandlingen. Det referenskrav som ställdes i upphandlingen är både proportionerligt och nödvändigt för att säkerställa att kommunen antar en leverantör som har den nödvändiga tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Sh Byggs anbud har rätteligen inte tagits upp till prövning då referenskravet inte var uppfyllt och bolaget har inte lidit, eller riskerat lida, skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Är kravet på två referenser avseende nybyggnation oproportionerligt?

Enligt ska-krav 1.6 i upphandlingsdokumenten ska anbudsgivaren redovisa två referensuppdrag för anbudsgivande företag avseende arbeten av liknande karaktär och storlek som i den förevarande upphandlingen. Med liknande entreprenader avses nybyggnation av skola med en entreprenadsumma om minst 40 000 000 kr. Enligt Sh Bygg är kravet oproportionerligt och konkurrensbegränsande.

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda

enskilda intressen (se HFD 2016 ref. 37; jfr EU-domstolens dom i mål C-234/03 *Contse*).

Sigtuna kommun har anfört att den entreprenad som upphandlas till sin karaktär är lik en nybyggnation. Den byggnad som ska uppföras ska endast dockas mot en befintlig skolbyggnad. På grundval av att det arbete som entreprenören ska genomföra är av nybyggnationskaraktär valde Sigtuna kommun att efterfråga referensprojekt som innebar nybyggnation då det på bättre sätt motsvarar den entreprenad som upphandlas. Vidare har Sigtuna kommun anfört att för att säkerställa att antagen entreprenör har den erfarenhet och kompetens som krävs har kommunen ställt kravet på två referensprojekt. Enligt Sigtuna kommun säkerställer två referensprojekt att entreprenören har genomfört liknande arbeten fler än en gång, d.v.s. har tillämpat de lärdomar som första projektet gett och har erfarenhet från flera olika projekt.

Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av det Sigtuna kommun anfört, att kravet avseende referensuppdrag är ägnat att tillgodose och nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet. Det Sh Bygg bl.a. anfört om att de arbeten som ingår i en nyproduktion av en skola ingår även vid nyproduktion av vårdinrättningar, kontorsbyggnader, m.m. och att en tillbyggnation ställer högre krav på erfarenhet och kompetens hos entreprenörens organisation än vid nyproduktion föranleder ingen annan bedömning. Vidare kan det inte anses att den eventuella skada som kravet förorsakar potentiella anbudsgivare skulle vara oproportionerligt. Inte heller det Sh Bygg anfört om att krav på två referensuppdrag avseende nybyggnation av skolor är konkurrensbegränsande är tillräckligt för att kravet ska anses vara i strid med LOU och de grundläggande principerna. Det Sh Bygg anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Har Sigtuna kommun använt fel förfarande?

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet ska den enligt 1 kap. 4 § LOU genomföras med tillämpning av 19 kap. LOU, vilket innebär att bl.a. förenklat förfarande får användas. Tröskelvärdet för byggtreprenadkontrakt uppgår enligt tillkännagivandet (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling till 52 620 561 kr. Enligt 5 kap. 3 § LOU är värdet av en upphandling det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen.

Sigtuna kommun har anfört att vid framtagandet av upphandlingsunderlaget togs en kalkyl fram för beräkning av kostnaden för entreprenaden. Enligt kalkylen uppskattades entreprenadsumman till 54 000 000 kr. Vidare har Sigtuna kommun anfört att på grund av rådande brist på skollokaler i kommunen valde kommunen att genomföra markarbetena i egen regi för att på så sätt flytta fram tidsplanen för projektet. Enligt Sigtuna kommun genomfördes markarbetena för cirka 4 000 000 kr och värdet på upphandlingen minskades med motsvarande summa. I beräkningen av upphandlingens värde har kommunen även tagit hänsyn till eventuella ÄTA-arbeten. Det ger enligt kommunen ett uppskattat värde på 52 000 000 kr.

Enligt Sh Bygg har inte Sigtuna kommun byggt uppskattningen av kontraktsvärdet på hela det ekonomiska åtagandet som entreprenören ska ta på sig. Sh Bygg har bl.a. anfört att kommunen inte beaktat de risker det innebär för entreprenören att ersättningsformen är fast pris och de kostnader för projekteringsarbete som den valda entreprenadformen innebär. Sh Bygg anser därför att Sigtuna kommun inte gjort uppskattningen av upphandlingens värde med den omsorg och restriktivitet som ankommer på en upphandlande myndighet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Även om det är den upphandlande myndigheten som gör beräkningen av det uppskattade värdet av upphandlingen, ska beräkningen kunna angripas på objektiva grunder (se prop. 2006/07:128 s. 315).

Förvaltningsrätten anser att det Sh Bygg anfört om att Sigtuna kommun inte i tillräcklig utsträckning beaktat kostnaderna för projekteringen sett till att det som upphandlas är en totalentreprenad och den risk det innebär för entreprenören att ersättning ges som fast pris innebär att det finns skäl att ifrågasätta beräkningen. Enligt Sh Bygg har inte projekteringskostnaderna ändrats efter att en tidigare upphandling avseende samma byggnation avseende utförandeentreprenad avbrutits och ersatts av den aktuella upphandlingen avseende totalentreprenad. Sh Bygg har dessutom specificerat vilka kostnader som enligt bolaget ingår i projekteringen; kostnader som markant överstiger de kostnader som Sigtuna kommun beräknat. Sigtuna kommun har inte närmare bemött Sh Byggs specifikation. Därtill får det enligt förvaltningsrätten även anses oklart om grundplattan ska anses ingå i entreprenaden eller inte och vilken kostnad det i sådant fall medför.

Mot bakgrund av de beskrivna tveksamheterna i beräkningen anser förvaltningsrätten att Sigtuna kommun inte kan anses ha gjort en tillräckligt kvalificerad uppskattning av upphandlingens värde. Förvaltningsrätten anser vidare att det, då det av Sigtuna kommun uppskattade värdet ligger precis under tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt, är sannolikt att värdet för upphandlingen överstiger tröskelvärdet. Sigtuna kommun har därför saknat stöd för att använda förenklat förfarande.

Har Sh Bygg lidit, eller kunnat komma att lida, skada på grund av fel i upphandlingen?

Eftersom den i målet aktuella överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet kan kravet på visad skada inte ställas för högt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2015 i mål nr 2542-15). Förvaltningsrätten anser dock att endast påståendet om att användandet av fel förfarande inneburit att anbudsgivaren inte kunnat lämna sitt bästa anbud, inte är tillräckligt för att visa att anbudsgivaren lidit, eller kunnat komma att lida, skada (se HFD 2013 ref. 53 och Kammarrätten i Stockholms dom den 10 december 2014 i mål nr 4076-14).

Sh Byggs anbud har förkastats för att bolaget inte bifogat två godkända referensprojekt enligt ska-krav 1.6 i upphandlingsdokumenten. Det finns således inget uppenbart samband mellan det aktuella felet och det förhållandet att bolaget inte tilldelats kontraktet. Sh Bygg har i huvudsak anfört att om ett öppet förfarande valts så skulle Sigtuna kommun ha begärt in intyg avseende referenserna och anbudstiden hade varit längre. Bolaget skulle då ha haft möjlighet att upptäcka och läka bristen avseende felaktiga kontaktuppgifter till referenserna och därmed uppfyllt kravet. Vidare har Sh Bygg anfört att Sigtuna kommun oavsett förfarande tillämpat en oskäligt kort anbudstid.

Enligt Sigtuna kommun har Sh Bygg inte lämnat något godkänt referensprojekt. Kommunen har anfört att den inte kunde få kontakt med angiven referensperson för det första referensprojektet, det andra referensprojektet avsåg byggnation av bl.a. laboratorium och inte nybyggnation av skola samt att det tredje referensprojektet avsåg omfattande om- och tillbyggnad av skola men inte nybyggnation. Vidare har Sigtuna kommun anfört att den skada som bolaget påstått sig lida har det självt förorsakat genom att inte kvalitetssäkra sina referensprojekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att Sh Bygg endast lämnat ett referensuppdrag avseende nybyggnation av skola. Det Sh Bygg anfört om att kommunen i den upphandling som avbröts och ersattes av den nu aktuella upphandlingen uppgett att till- och ombyggnation av skola var en godtagbar referens medför enligt förvaltningsrätten inte att det finns skäl att godta referensuppdraget avseende om- och tillbyggnation i den nu aktuella upphandlingen.

Oavsett om anbudstiden varit längre eller om Sigtuna kommun använt ett öppet förfarande och Sh Bygg därmed fått mer tid att kontrollera kontaktuppgifterna till referensen avseende nybyggnation skulle bolaget inte ha uppfyllt kravet på två referensuppdrag. Det finns inte heller som Sh Bygg anfört något krav i 15 kap. 11 § LOU att upphandlande myndighet ska kräva intyg avseende referenser. Förvaltningsrätten anser därför att Sh Bygg inte visat att bolaget lidit, eller kunnat komma att lida, skada på grund av att Sigtuna kommun använt förenklat förfarande. Det saknas därmed grund för ingripande mot upphandlingen med anledning av det som Sh Bygg anfört. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Sven Hogebrandt
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, 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.

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

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 rätts-tillämpningen.
- 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.