



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-10-02
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2213-17

SÖKANDE

Projektlaget Bygg i Lidköping AB, 556854-2897
Kinnegatan 23
531 33 Lidköping

MOTPART

Lidköpings kommun, Upphandlingsenheten
531 88 Lidköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-10-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Lidköpings kommun (Kommunen) har under våren 2017 genomfört upphandling av totalentreprenad för nybyggnation av maskinhall. Vid utvärderingen har Kommunen förkastat tre av fyra inkomna anbud mot bakgrund av att Kommunen bedömt att de inte har uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda krav. Det har lett till att endast ett kvalificerat anbud har kvarstått i upphandlingen, vilket har fått följden att konkurrens inte har uppnåtts, varför Kommunen har beslutat att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN

Projektlaget Bygg i Lidköping AB (Bolaget) ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen återupptas och slutförs i enlighet med förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Dok.Id 237208

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

Kommunen motsätter sig Bolagets förstahandsyrkande i sin helhet. Kommunen vitsordar Bolagets andrahandsyrkande. Mot bakgrund av att Kommunen redan fattat beslut om att avbryta upphandlingen och att ny anbudsfrågan planeras att skickas ut inom kort yrkar Kommunen att Bolagets begäran om överprövning i sin helhet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Grunden för förstahandsyrkandet är att tre av fyra inkomna anbud har förkastats på felaktiga grunder. Kommunen har förkastat två anbud på grund av att Kommunen hävdar att en belyningsberäkning som efterfrågas i den tekniska specifikationen ”Teknisk Beskrivning Elsystem” saknas i anbudet.

Detta förfarande är felaktigt mot bakgrund av följande:

- Formkraven på anbudet anges tydligt i AFB.31 och där framgår inte den efterfrågade belyningsberäkningen.
- Kommunens anbudsformulär tar inte upp detta krav.
- Kommunen beskriver i sitt förfrågningsunderlag AFB.21 att den använder sig av det elektroniska upphandlingsverktyget ”TendSign” och att anbudsgivare genom det verktyget får en kontroll som säkerställer att alla frågor ställda i förfrågningsunderlaget är besvarade vid avlämnandet av anbudet. Den kontrollen omfattar inte heller den aktuella belyningsberäkningen.

Slutsatsen blir att Kommunen inte var medveten om kravet på belyningsberäkningar som smugit sig in i handlingarna och kravet borde således inte vara av sådan vikt för utvärderingen att anbud ska förkastas.

Kommunen har valt att förkasta Bolagets anbud på grunder som helt saknar stöd i LOU. Referensprojekten angivna i Bolagets anbud fyller väl de ställda kraven på intygande av teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt LOU. I

upphandlingen har Kommunen ställt krav på att två referenser avseende liknande uppdrag ska lämnas in. Kommunen har ingen rätt att kräva att ett referensprojekt ska vara ”liknande” då Kommunen bara får lov att utvärdera om referensprojekten intygar att leverantören innehar rätt teknisk och yrkesmässig kapacitet för uppdraget eller ej. Sådan verifiering kan göras mot en mängd olika referensuppdrag. Kommunen har i strid med 14 kap. 5 § LOU förkastat Bolagets anbud på grund av att det inte är tillräckligt liknande. Bolaget har lämnat två referenser, vilket var kravet. Kommunen tog bara kontakt med en av referenserna för inhämtande av uppgifter och den enda fråga som ställdes var om leverantörens ombud utfört referensuppdraget under nuvarande anställningsperiod. Bolagets referensprojekt nr 2 avser totalentreprenad som inbegriper projektering, planering, inköp samt byggnation med tillhörande slutbesiktning. Bolagets referensprojekt nr 2 är mitt i denna process, projektering och planering är avslutat. Inköp pågår och förberedande arbeten inför byggstart pågår. Ingenstans i förfrågningsunderlaget finns det angivet att referensprojektet måste vara färdigställt. Det går inte utesluta att Kommunen genom sitt förfarande snedvridit konkurrensen samt förhindrat nybildat bolag att delta i upphandlingen.

Grunden för andrahandsyrkandet är att förfrågningsunderlaget samt de tillhörande tekniska specifikationerna är bristfälligt framtagna. I 9 kap. 6 § LOU görs en uppräknning av vad de tekniska specifikationerna inte får innehålla för hänvisningar om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Upphandlingen innehåller minst ett tiotal hänvisningar till såväl fabrikat som modellbeteckning och i vissa fall artikelnummer. Det går inte att utesluta att vissa leverantörer gynnats utav sådana, helt onödiga, skrivningar. Byggnaden som ska uppföras är av ringa komplexitet och dess avsedda funktion går mycket bra att beskriva utan hänvisning till vare sig fabrikat, modell eller artikelnummer. Hänvisningarna återfinns bl.a. i dokumenten ”Rambeskrivning Bygg och Mark”, ”Elritningar” och ”Teknisk beskrivning Elsystem”. På grund av det undermåliga upphandlingsunderlaget

tvingas entreprenörerna chansa på vad Kommunen önskar få in i form av anbud. Kommunen borde endast lämna ut korrekta och väl genomarbetade förfrågningsunderlaget. På så vis minimeras risken för att upphandlingen blir avbruten. Det är därför extra viktigt att förvaltningsrätten dömer Kommunen till att avbryta upphandlingen på grund av det bristfälliga förfrågningsunderlaget samt att påvisa att entreprenörerna inte har brustit i något avseende.

Bolaget har och kommer lida ekonomisk skada utav det beslut som Kommunen fattat.

Kommunen

Kommunen har rätteligen förkastat samtliga tre anbud mot bakgrund av att de inte har uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav. För att kunna upprätthålla principen om likabehandling krävs att samtliga leverantörer behandlas lika. Anbudena från Peab Byggservice AB och Skanska Sverige AB uppfyller inte kravet på att bifoga belyningsberäkning. Det är grunden till att de blivit förkastade. Att en sådan ska bifogas anbudet framgår av förfrågningsunderlaget. Oavsett var ett krav förekommer i förfrågningsunderlaget så är det ett krav som ska uppfyllas.

Det tredje anbudet som Kommunen har förkastat är Bolagets och detta skedde mot bakgrund av att Bolaget i sitt anbud inte uppfyller kravet på referenser enligt de administrativa föreskrifterna i punkt AFB.31 *"Anbudet ska innehålla minst 2 referenser från liknande uppdrag med angivande av företag, referensperson, tel.nr. och en enkel beskrivning av uppdraget"*. Syftet med kravet på referenser är just att den upphandlande myndigheten ska kunna säkerställa att den leverantör som lämnar anbud har den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten som krävs för det efterfrågade uppdraget. För att få veta om en leverantör kan klara av ett visst uppdrag ska den kunna visa att den har utfört liknande objekt. Det bör då rimligtvis avse uppdrag

som den faktiskt har färdigställt, eftersom Kommunen annars inte kan vara säker på att den anbudslämnande leverantören verkligen klarar av uppdrag av efterfrågad art. Kommunen har inte angett någon minsta nivå på referensuppdraget. Kommunen fann att Bolaget förvisso skickat med två referenser, men att en av de angivna referenserna de facto inte hade påbörjats. Det projektet kan inte ses som en referens, utan endast som ett kommande uppdrag. Ett kommande uppdrag kan inte räknas som en referens, eftersom den inte ger någon historisk garanti för att en anbudslämnande leverantör faktiskt har gjort ett liknande uppdrag eller inte. Med anledning av detta kunde Bolagets andra referens inte godkännas.

Kommunen har klarlagt att det finns en bristande konkurrens i upphandlingen, vilket har varit grunden för Kommunens beslut att avbryta upphandlingsförfarandet. I RÅ 2009 ref. 43 har domstolen fastslagit att ett beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara grunder och får inte vara godtyckligt. Bristande konkurrens torde vara en sakligt godtagbar grund till att avbryta en upphandling, eftersom huvudsyftet med att upphandla är att konkurrensutsätta det aktuella uppdraget och ge potentiella leverantörer möjlighet att lägga anbud. Vid analys av förfrågningsunderlaget har Kommunen funnit att det finns vissa omständigheter som kan ha lett till förvirring i samband med anbudslämnandet. Det indikerar att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt klart och tydligt för att generera anbud utifrån förutsättningarna. Det har i sin tur kunnat leda till att principen om likabehandling till fullo inte har kunnat uppfyllas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 14 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Förvaltningsrättens bedömning

Bristande kravuppfyllelse avseende Bolaget

LOU bygger bl.a. på proportionalitetsprincipen av vilken följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara relevanta och av inte oväsentlig betydelse. De krav som ställs på tidigare erfarenheter bör således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag. (Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6065-14).

Kommunen har diskvalificerat Bolagets anbud på grund av bristande kravuppfyllelse mot bakgrund av att en av Bolagets två uppgivna referenser var ett kommande uppdrag. Bolaget har uppgett att referensen var för ett pågående arbete. Förvaltningsrätten kan konstatera att en av Bolagets referenspersoner inte har kunnat uttala sig om Bolagets förmåga att sköta sitt uppdrag i de delar som ännu inte påbörjats. Förvaltningsrätten anser att syftet med referenstagning är att ge den upphandlande myndigheten underlag att bedöma hur anbudsgivarna tidigare har skött och klarat av sina uppdrag, dvs. det fullständiga uppdraget. Med beaktande av att en av Bolagets referenser hänför sig till ett uppdrag som inte slutförts anser förvaltningsrätten att Bolaget inte har uppfyllt kravet på att ange två referenser. Bolaget har också anfört att Kommunen ställt upp för långtgående krav gällande att referenserna ska komma från ”liknande uppdrag”. Förvaltningsrätten anser inte att det kravet är mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till uppdraget.

Bristande kravuppfyllelse avseende andra bolag i upphandlingen

Kommunen har diskvalificerat Peab Byggservice AB:s och Skanska Sverige AB:s anbud på grund av bristande kravuppfyllelse. På grund av att tre av fyra anbudsgivare har diskvalificerats har Kommunen ansett att upphandlingen ska göras om på grund av bristande konkurrens. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten har bedömt att Bolaget inte har uppfyllt de uppställda kraven anser förvaltningsrätten att diskvalificeringen av de andra två bolagen inte har medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Brister i förfrågningsunderlaget

Bolaget har också gjort gällande att förfrågningsunderlaget samt de tillhörande tekniska specifikationerna är bristfälligt framtagna och att upphandlingsförfarandet av den anledningen ska göras om i sin helhet. Kommunen har själv funnit att förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt klart och

tydligt och därför beslutat att avbryta upphandlingen och göra om den i sin helhet. Förvaltningsrätten kan därför konstatera att det inte finns skäl att pröva Bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att ansökan ska avslås.

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

Mattias Henriksson

Rådmannen Mattias Henriksson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Kristin Rydenståhl.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.