

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2014-01-30
Meddelad i
LinköpingMål nr
8201-13
Enhet 2**SÖKANDE**Jan Daun, 581107-2411
Fornåsa Mark & Anläggning
Skänningevägen 12
590 33 FornåsaOmbud: Advokat Andreas Thunholm Sundén
Advokatfirman Glimstedt i Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping**MOTPART**Mjölby kommun
595 80 MjölbyOmbud: Jimmy Petersson
Inköpsamverkan Motala
591 86 Motala**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Dok.Id 150203

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Mjölby kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Anläggningssmaskintjänster Mjölby, dnr UH-2013-129. Vid upphandlingen tillämpas öppet förfarande. Flera entreprenörer kommer kunna antas och rangordnas efter lägsta pris för respektive maskinklass.

Enligt tilldelningsbeslut den 20 november 2013 antogs anbud från vissa leverantörer i tre olika maskinklasser. Av beslutet framgår att anbudet från Fornåsa Mark & Anläggning (Fornåsa) diskvalificerades med hänvisning till att det inte uppfyller kraven såvitt gäller referenser från drift- och underhållsarbeten, va-ledningar.

Fornåsa ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis att Fornåsas anbud beaktas vid utvärderingen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT*Fornåsa*

Av Fornåsas anbud framgår att det bl.a. har lämnats pris för bandburna grävmaskiner maskinklass 21.1325 samt hjulburna grävmaskiner maskinklass 21.2413 och 21.2415-16. Anbudet inkom i rätt tid. Av tilldelningsbeslutet framgår att Fornåsas anbud blivit diskvalificerat med hänvisning till att anbudsgivaren inte har lämnat referensuppgifter enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.4 genom att inte hänvisa till referenspersoner för uppdrag 1. Enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.4 ska anbudsgivaren ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag. Krav på att anbudsgivaren ska redovisa uppdrag för ett visst antal olika uppdragsgivare saknas. Av punkt 3.4 framgår vidare att särskild vikt i värderingen läggs på förarens erfarenhet av

verksamhetsområdet kommunalt vatten och underhåll av va-ledningar. Det är högst oklart vad som egentligen avses med detta men klart är att det inte ställs något särskilt minimikrav. Det anges bl.a. att anbudsgivaren kan redovisa kurser inom va-tekniska området, vilket dock inte utgör något kvalificeringskrav. Lite längre ner under rubriken *Referenser från projekt med gator och va-ledningar* anges att ”av betydelse för det slutgiltiga resultatet är att all personal inom projektet har god erfarenhet från projektarbeten inom det kommunaltekniska området”. Av förfrågningsunderlaget framgår inte klart och tydligt att anbudsgivare ska uppge referenspersoner med angivande av namn och telefonnummer. Det framgår inte att underlåtenhet att ange referenspersoner skulle kunna utgöra en diskvalificeringsgrund eller att det ska beskrivas minst två tidigare uppdrag.

Fornåsa har i sitt anbud beskrivit minst två tidigare uppdrag, dels uppdrag som utförts löpande enligt ramavtal med Motala kommun, dels uppdrag avseende gatuunderhåll som utförts för Asfaltsgruppen Öst. Hänvisning har skett till referenspersoner hos respektive uppdragsgivare. Dessa uppdrag har avsett både drift- och underhållsarbeten samt projekt. Det har rört sig om flera uppdrag för de båda uppdragsgivarna. Således uppfyllde Fornåsa det uppställda skall-kravet om tidigare erfarenhet av liknande uppdrag. Fornåsa har lämnat referenser med namn och telefonnummer för området drift- och underhållsarbeten med va-ledningar. Fornåsa har utfört ett flertal uppdrag för Asfaltsgruppen Öst Motala avseende drift- och underhåll av va-ledningar för Linköpings kommun, likaså har ett flertal sådana uppdrag utförts för Hildebrands maskin AB. För det fall kommunen hade tagit kontakt med uppgivna referenspersoner så hade detta kunnat verifieras. Fornåsa har utfört flertal uppdrag för samma uppdragsgivare även när det gäller projektering.

I p.1.3 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken *Reservationer* att anbud ska utformas helt enligt detta förfrågningsunderlag. Med detta för-

frågningsunderlag kan inte avses annan handling än den som är benämnd just förfrågningsunderlag. I p. 1.4 under rubriken *Formalia* anges sedan vilka krav som ställs på anbudet. I denna punkt har det inte föreskrivits att anbud ska lämnas på det av kommunen framtagna anbudsformuläret. Ingen annanstans i förfrågningsunderlaget framgår att anbud ska lämnas på det särskilda formuläret eller på annat sätt (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 507-13). Det ställs inget krav på att uppgiften ska redovisas på visst sätt och det finns inga begränsningar att ange en och samma uppdragsgivare för de två områdena. Anbudsgivare har således inte kunnat redovisa referenserna ”fel”. Därtill synes anbudsformuläret hänvisa till p. 3.2.1 i anbudsformuläret. Någon sådan punkt finns dock inte och vilka uppgifter som enligt kommunen skulle lämnas i p.3.2.1 för att anbudsgivare skulle kvalificeras för utvärdering framgår således varken av förfrågningsunderlaget eller av anbudsformuläret. Fornåsas anbud innehåller efterfrågade uppgifter, vilket är fullt tillräckligt. Att hänvisning skett till referensperson på Asfaltsgruppen Öst respektive Hildebrands Maskin AB med angivande av namn och telefonnummer är ostridigt. I anbudsformuläret har det även kryssats i att kraven i p. 3 i förfrågningsunderlaget accepteras/uppfylls, varför det redan på grund härav – oavsett om referenser lämnats eller inte – inte har varit möjligt att utesluta Fornåsa från utvärderingen.

Det är således klart att Fornåsas anbud, för det fall det skulle anses utgöra ett kvalificeringskrav att ange referenser, innehåller dessa uppgifter. Det skulle vara ett brott mot likabehandlingsprincipen att utesluta Fornåsas anbud bara för att kommunen anser att uppgifterna skulle ha redovisats på ett annat sätt. Kommunen har således brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt diskvalificera Fornåsas anbud. Om Fornåsas anbud rätteligen hade utvärderats, hade det, såvitt avser grävmaskiner bandburna maskinklass 21.1325 blivit rangordnat som nr 1 (anbudsspris 703,8 kr), grävmaskiner hjulburna maskinklass 21.2413 rangordnat som nr 2 (anbudsspris 657 kr) och maskinklass 21.2415-16 rangord-

nat som nr 2 (anbudspris 657 kr). Förfarandet har därmed inneburit att Fornåsa lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen

Kommunen motsätter sig påståendet om att det inte tydligt framgår att en underlåtenhet att ange referenspersoner skulle kunna utgöra en diskvalificeringsgrund. Av förfrågningsunderlaget framgår det tydligt att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenheter från liknande uppdrag. Bevis för att anbudsgivaren har efterfrågad erfarenhet ska anges genom att minst två tidigare uppdrag ska beskrivas med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer) för drift- och underhållsarbeten med va-ledningar respektive projekt med gator och va-ledningar. Under punkt 5.0 i förfrågningsunderlaget framgår det att anbud som uppfyller/accepterar samtliga krav/villkor ovan är kvalificerat för fortsatt utvärdering.

Det är inte orimligt eller oproportionerligt att begära in en förteckning över referensuppdrag med hänvisning till namn och telefonnummer för att avgöra om anbudsgivaren har erfarenhet av liknande arbeten och att denne har förmåga och kapacitet att genomföra arbeten åt kommunen i händelse av att anbudsgivaren skulle bli antagen. På grund av arbetenas olika förutsättningar har kommunen valt att anbudsgivarna ska redovisa referenser för drift- och underhållsarbeten med va-ledningar och för projekt med gator och va-ledningar var för sig så att det tydligt ska gå att avgöra om anbudsgivarna har erfarenhet, förmåga och kapacitet att utföra båda typerna av arbeten. Därav kan det inte anses vara tillräckligt att enbart lämna uppgifter för ett område då det under avtalsperioden kan bli aktuellt att utföra uppdrag inom båda områden.

På anbudsformuläret, som är en del av förfrågningsunderlaget, står det att formuläret ska användas och ifyllt bifogas till anbudet. Fornåsa har använt sig av det av kommunen framtagna anbudsformuläret men har inte angett

referenser för området drift- och underhållsarbeten med va-ledningar med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer) enligt krav 3.4. Efterfrågade uppgifter redovisas inte heller i någon annan del av Fornåsas anbud. Fornåsa uppfyller således inte samtliga uppställda skall-krav i förfrågningsunderlaget och lider därmed inte skada. Om kommunen godkänner Fornåsas anbud och tar upp det till vidare prövning och utvärdering bryter kommunen mot principen om likabehandling.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förfrågningsunderlaget

3.4 Tidigare erfarenhet

Anbudsgivaren skall ha tidigare erfarenheter från liknande uppdrag.

- *Referenser från drift- och underhållsarbeten med va-ledningar.*

Av särskild vikt i värderingen lägges vid förarens erfarenhet av verksamhetsområdet kommunal drift- och underhåll av va-ledningar. Även referen-

ser och kurser inom va-tekniska området ”kommunal va-teknik” redovisas här.

Bevis: Beskrivning av minst två tidigare uppdrag, med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer).

- *Referenser från projekt med gator och va-ledningar.*

Service- och entreprenadkontoret genomför årligen större arbeten på gator och va-ledningar i s.k. projektform. Av betydelse för det slutgiltiga resultatet är att all personal inom projektet har god erfarenhet från projektarbeten inom det kommunaltekniska området.

Bevis: Beskrivning av minst två tidigare uppdrag, med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer).

I anbudsformuläret anges att formuläret skall användas och ifyllt bifogas anbudet. Under rubriken *Krav på leverantören* anges följande.

Villkoren i avsnitt 3 kravspecifikation accepteras/uppfylls Ja

Avsnitt 3.2 Beskrivning av teknisk förmåga och kapacitet

Avsnitt 3.2.1 Referenser från drift- och underhållsarbeten med va-ledningar

Avsnitt 3.2.1 Referenser från projekt med gator och va-ledningar

Under rubriken *Bilagor* anges bl.a. att det till anbudet skall, förutom ev. andra efterfrågade dokument, bifogas ifyllt anbudsformulär.

Fornåsas anbud

Fornåsa har i anbudsformulärets avsnitt 3.2.1 *Referenser från drift- och underhållsarbeten med va-ledningar* angett följande. Har kört på ramavtal med Motala kommun i cirka fem år där va-ledningar är ett nära nog dagligt arbete. Gatuunderhåll i Linköping på uppdrag av Asfaltsgruppen Öst.

Fornåsa har i anbudsformulärets avsnitt 3.2.1 *Referenser från projekt med gator och va-ledningar* angett fem namn, varav tre hänförs till Tekniska kontoret i Motala kommun, ett till Asfaltsgruppen Öst Motala och ett till

Hildebrands Maskin AB. Telefonnummer har angetts till två av dessa personer.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Kommunen har uteslutit Fornåsas anbud med hänvisning till att referensuppgifter inte har lämnats i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget. Fornåsa har ifrågasatt att det i förfrågningsunderlaget uppställs krav på att ange referenser på visst sätt men menar, för det fall det uppställs sådant krav, att anbudet innehåller efterfrågade uppgifter och att anbudet därmed felaktigt har uteslutits.

Vid prövningen av frågan om anvisningen i avsnitt 3.4 i förfrågningsunderlaget är ett skall-krav är utgångspunkten hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvisningen (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction Ltd mot County Council of the Country of Mayo). Av avsnitt 3.4 framgår att lämnande av referenser är ett skall-krav. Vad det är för referenser som efterfrågas har preciserats under två separata avsnitt hänförliga till två uppdragskategorier; drift- och underhållsarbete med va-ledningar och projekt med gator och va-ledningar. I respektive avsnitt har det angetts att bevis för uppfyllelse är en beskrivning av minst två tidigare uppdrag med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer). Med beaktande av ordalydelsen och utformningen av förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att beskrivning av minst två tidigare uppdrag med hänvisning till referensperso-

ner för respektive uppdragskategori ska tolkas som en del av skall-kravet för lämnande av referenser.

Förvaltningsrätten bedömer att anbudsformuläret är en del av förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund, och då det av anbudsformuläret framgår att det ska användas och ifyllt bifogas anbudet, finner förvaltningsrätten användande av anbudsformuläret är att se som ett skall-krav. I avsnitt 3.2.1 finns utrymme att under två olika rubriker ange efterfrågade referenser. Såsom Fornåsa har påpekat finner även förvaltningsrätten att benämningen ”avsnitt 3.2.1” visserligen inte är helt logisk. Rubrikerna för de två avsnitten benämnda 3.2.1 överensstämmer dock tydligt med de två delarna i avsnitt 3.4. Någon risk för missuppfattning kan med anledning av detta inte anses föreligga. Förfrågningsunderlaget kan sammantaget inte anses vara så oklart eller otydligt att det skulle utgöra grund för ingripande enligt LOU.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det således av förfrågningsunderlaget att det är ett kvalificeringskrav att anbudsgivaren har erfarenhet av drift- och underhållsarbeten med va-ledningar och av projekt med gator och va-ledningar och att detta ska visas genom beskrivning av minst två tidigare uppdrag med hänvisning till referenspersoner (namn och telefonnummer) för respektive uppdragskategori. Fornåsa har inte lämnat uppgifter om referenspersoner i avsnittet drift- och underhållsarbeten med va-ledningar. Frågan som härmed uppkommer är om detta innebär att kommunen haft rätt att förkasta Fornåsas anbud.

Fornåsa menar att, även om företaget inte har angetts referenspersoner i avsnittet drift- och underhållsarbeten med va-ledningar, är kravet uppfyllt genom att de referenser som angetts i avsnittet projekt med gator och va-ledningar är att hänföra till båda uppdragskategorierna, vilket hade kunnat verifieras om kommunen hade tagit kontakt med lämnade referenser. Av

förfrågningsunderlaget framgår inte att en anbudsgivare inte kan hänvisa till en referens som avser både arbete med drift- och underhållsarbeten med va-ledningar och projekt med gator och va-ledningar. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning får det enligt förvaltningsrättens mening emellertid anses åligga anbudsgivaren att tydligt ange att en lämnad referens är att hänföra till de båda uppdragskategorierna. Av Fornåsas anbud framgår inte att lämnade referenser i avsnittet projekt med gator och va-ledningar även är att hänföra till drift- och underhållsarbeten med va-ledningar. Kommunen kan inte heller anses haft anledning att kontrollera om den situationen var för handen. Mot denna bakgrund finns det enligt förvaltningsrättens mening inte utrymme för att ta hänsyn till Fornåsas referenser från projekt med gator och va-ledningar även under avsnittet avsett för referenser för drift- och underhållsarbeten med va-ledningar. Förvaltningsrätten finner därmed att anbudet från Fornåsa inte uppfyller skall-kravet avseende referensuppdrag. Kommunen har därför fog för att diskvalificera anbudet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Fornåsa inte har gjort sannolikt att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed och Fornåsas ansökan ska därför avslås.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Elin Tollin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.