



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2017-03-17
Meddelad i Härnösand

Mål nr
193-17 E

SÖKANDE

VTG Entreprenad AB, 556192-4555
Företagsvägen 5
872 34 Kramfors

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-03-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 122515

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) genomför upphandlingen Maskintjänster med tillhörande tjänster enligt FFU (dnr A 16-102 F). Upphandlingen genomförs som öppet förfarande där avropsavtal avses tecknas med en leverantör med samtliga villkor fastlagda. Det anbud som har lägst pris ska antas. Av utvärderingsprotokollet framgår att tre anbudsgivare lämnade godkända anbud varav anbudet från Swerock Aktiebolag (Swerock) hade det lägsta priset, anbudet från Örnfrakt Ekonomisk Förening (Örnfrakt) hade det näst lägsta priset och anbudet från VTG Entreprenad Aktiebolag (bolaget) hade det tredje lägsta priset. Tilldelningsbeslut fattades den 10 januari 2017 varvid kommunen antog Swerocks anbud.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunen har brutit mot LOU eftersom det inte är styrkt att Swerocks och Örnfrakts anbud uppfyller ställda ska-krav och att deras anbud därmed borde ha förkastats. Bolaget kommer att lida ekonomisk skada under hela avtalstiden på grund av det felaktiga tilldelningsbeslutet.

Bolaget anser att förfrågningsunderlaget är tydligt på så sätt att kommunen efterfrågar maskintjänster för grävning och schaktning enligt CPV kod 45112000. För att förtydliga att det är just grävning och schaktning som efterfrågas så ställer kommunen även krav på att maskinförare ska ha en erfarenhet av schakt vid ledningsarbeten för vatten och avlopp, fjärrvärme/-kyla, elkabel och bredband m.m. För att påvisa den tekniska kompetensen ska anbudsgivaren ange ett liknande uppdrag som referens. Utifrån de referensuppdrag som Swerock och Örnfrakt angett i sina anbud är det inte styrkt att de utfört grävning och schaktning för ledningsarbeten för vatten och avlopp, fjärrvärme/-kyla, elkabel och bredband m.m. såsom förfrågningsunderlaget med tydlighet kräver. Swerocks och Örnfrakts till största del redovisade omsättning och resursanvändning är istället lastbilsresurser, snöupp-

drag, halkbekämpningsuppdrag m.m., vilket aktuell upphandling inte avser. Det ska inte vara möjligt att tillgodoräkna sig omsättning per år med enheter som utfört annat uppdrag än det som kommunen efterfrågar. Bolaget har tidigare erfarenhet av Swerocks nuvarande uppdrag och har även tidigare utfört GP Kramfors för Svevias räkning.

För att kontrollera att lämnade uppgifter avser efterfrågade tjänster, värde och utförande enligt förfrågningsunderlaget anser bolaget att inhämtning av kontrolldokumentation bör vara ett absolut minsta krav. Kommunen hade då kunnat säkerställa att ska-kraven enligt förfrågningsunderlaget var uppfyllda och därefter fatta ett korrekt tilldelningsbeslut. Den tjänstenotering som kommunen hänvisar till utgör endast ett utdrag avseende telefonkorrespondens mellan kommunen och Swerock. Relevant dokumentation som säkerställer att referensuppdragen är utförda med kravställda enheter och omsättning hade t.ex. varit fakturor och arbetsorder. Bolaget har efterfrågat sådan information och ställer sig frågande till kommunens ovilja att styrka efterfrågade krav.

Vidare har Örnfrakt redovisat två av varandra oberoende uppdrag och inte ett liknande uppdrag i sitt anbud. Driftområde Kramfors är ett uppdrag och Driftområde Örnköldsvik är ett annat uppdrag. Det är irrelevant om dessa uppdrag tillsammans visar att Örnfrakt klarar ska-kraven gällande årsomsättning och efterfrågade resurser, då ska-kraven kräver *ett* liknande uppdrag. Kommunen har tidigare upphandlat transportavtal samt snö- och halkbekämpningsavtal enligt LOU. Anbudsgivaren kan därför inte tillgodoräkna sig den omsättningen och antal resurser för att klara ska-kraven i denna upphandling där maskintjänster enligt CPV kod 45112000 efterfrågas.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och yrkar att avtalsspärren hävs så att kontrakt kan tecknas enligt tidigare meddelat tilldelningsbeslut. Kommunen anför i huvudsak följande till stöd för sin in-

ställning. Kommunen har under utvärderingen ringt Swerocks referent för att verifiera att de uppgivna maskinerna använts i angivet referensuppdrag. Eftersom referenten verifierade att det likvärdiga uppdraget existerat och att maskinerna använts i det "likvärdiga uppdraget" finner kommunen att Swerock väl uppfyller ställda krav samt att kontrollen överensstämmer med 11 kap. 10 och 11 §§ LOU. Bolaget kan därför inte komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§ (11 kap. 10 § LOU).

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet (11 kap. 11 § första stycket LOU). I andra stycket anges en uttömmande uppräkningslista av de sätt på vilka den tekniska kapaciteten får styrkas. Punkt 2 anger att det får ske genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten

efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen i målet

Kommunen har i förfrågningsunderlaget uppställt bl.a. följande krav på anbudsgivarna:

2.1 Krav på anbudsgivare - Teknisk och yrkesmässig kapacitet (Administrativa föreskrifter A 16-102 F)

2.1.1 Erfarenhet maskintjänster

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska under den senaste treårsperioden genomfört ett liknande uppdrag med ett årsvärde av minst 6 miljoner kr/år där minst 14 enheter (varav minst 1 jordbrukstraktor, 1 väghyvel, 6 hjullastare, 3 traktorgrävare och 3 runtomsvängande grävare) har utfört maskintjänster enligt förfrågningsunderlaget.

6.1 Allmänt – Rutiner vid utförande av tjänster (Avtal-kommersiella villkor A 16-102 F)

6.1.1 Förarkompetens

Entreprenören ska kunna uppvisa erfarenhetsbevis på föraren: Minst 5 st. maskinförare på traktorgrävare och grävmaskin ska med referens kunna styrka att man har erfarenhet av schakt vid ledningsarbete för vatten och avlopp, fjärrvärme/-kyla, elkabel och bredband, redovisas på uppstartsmötet.

Förvaltningsrättens bedömning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är sedan den 1 januari 2017 upphävd och har ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock alltjämt för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet av den nya lagen.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt vissa krav på anbudsgivarnas erfarenhet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kraven uppställs i punkt 2.1.1 i förfrågningsunderlaget och innebär att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag vilket ska visas genom angivande av ett referensuppdrag. Referensuppdraget ska ha genomförts inom en treårsperiod med ett årsvärde av minst 6 miljoner kr per år där minst 14 enheter (varav minst, 1 jordbrukstraktor, 1 väghyvel, 6 hjullastare, 3 traktorgrävare och 3 runtomsvängande grävare) har utfört maskintjänster enligt förfrågningsunderlaget. De uppgifter avseende referensuppdraget som efterfrågades var omfattning i kr/år, antal enheter och tidpunkt, om uppdragsgivaren var en myndighet, ett företag eller motsvarande samt kontaktperson, e-postadress och telefonnummer till uppdragsgivaren.

Bolaget gör gällande att Swerocks och Örnfrakts anbud inte uppfyller skalkraven eftersom det inte är visat att de, utifrån respektive angivet referensuppdrag, har den erfarenhet av liknande arbete som krävs enligt punkt 2.1.1. i förfrågningsunderlaget. Bolaget anför att inhämtning av ytterligare kontrolldokumentation, bl.a. i form av fakturor och arbetsorder, bör vara ett absolut minsta krav för att styrka efterfrågade tjänster, värde och utförande enligt förfrågningsunderlaget. Kommunen gör å sin sida gällande att Swerock väl uppfyller ställda krav samt att den kontroll som kommunen företagit överensstämmer med 11 kap. 10 och 11 §§ LOU.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. Enligt förvaltningsrättens mening skulle en sådan kontroll i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att företa ytterligare kontroller kan inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna.

Av handlingarna i målet framgår inte annat än att Swerocks anbud innehåller de uppgifter avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet som efterfrågas i punkt 2.1.1 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte ställt krav på att anbudsgivarna ska styrka att referensuppdraget avsett ett liknande uppdrag och att det utförts med kravställda enheter och omsättning genom att ge in fakturor, arbetsorder eller liknande utredning. Med anledning av bolagets invändningar har kommunen dock tagit kontakt med Swerocks angivna referens och därigenom fått bekräftat att det liknande uppdrag som Swerock angivit i anbudet existerat samt att de maskiner som Swerock listat använts i det liknande uppdraget. Enligt förvaltningsrättens mening har det därefter inte funnits skäl för kommunen att ytterligare kontrollera att Swerock uppfyller ställda krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet, även med beaktande av vad bolaget anfört.

Förvaltningsrätten finner därmed att Swerocks anbud uppfyller ställda skakrav i upphandlingen samt att vad bolaget anfört inte visar att kommunen brutit mot LOU och dess bakomliggande principer genom att anta Swerocks anbud. Mot denna bakgrund saknas anledning att ta ställning till om Örnfrakts anbud uppfyller ställda skakrav eftersom bolaget inte har visat att det lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av kommunens agerande. Det saknas därmed anledning för ingripande enligt LOU varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Amanda Hugosson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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 åbetopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.