



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-17
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 25175-11
 Enhet 14

SÖKANDE

R & R Markentreprenad AB, 556529-1068
 Box 90101
 120 21 Stockholm

Ombud: Advokat Robert Nilsson
 Advokatfirman Robert Nilsson AB
 Kungsgatan 29
 111 56 Stockholm

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012 -02- 17 | |
| Ayd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

MOTPART

Stockholms stad
 Hägersten-Liljeholmens stadsdelsnämnd
 Box 490
 129 04 Hägersten

Ombud: Malin Lindvall
 c/o Juridiska avdelningen
 Stadsledningskontoret
 105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning enligt LOU.

Dok.Id 207324

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Stockholms stad genomför en upphandling av ”Årsavtal 2012, markarbeten, parkinvesteringar, större underhållsinsatser och övriga anläggningsarbeten” som en gemensam upphandling för Söderort (dnr 356-2011-2.2.1).

Enligt tilldelningsbeslut från den 6 december 2011 har Stockholm stad beslutat att tilldela följande företag ramavtal:

- Svenska Entreprenader Drift och Underhåll AB (Svenska Entreprenader), rangordnad som nummer ett.
- NCC Roads AB (NCC), rangordnad som nummer två.
- R&R Markentreprenad AB (R&R), rangordnad som nummer tre.

YRKANDEN M.M.

R&R ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. R&R begär att anbudet från både Svenska Entreprenader och NCC ska förkastas och att R&R:s anbud ska rangordnas högst. Som grund för sina yrkanden anför R&R bl.a. följande. Stockholm stad har gjort en felaktig utvärdering av såväl anbudet från Svenska Entreprenader som anbudet från NCC och har därmed agerat i strid mot LOU och de grundläggande principer som ska gälla för all upphandling. R&R har därmed lidit eller riskerar att lida skada. Vad gäller kvalificeringskravet så innehåller förfrågningsunderlaget vissa krav på anbudsgivare, s.k. kvalificeringskrav. Ett av kraven är att det föreskrivs att anbudsgivare måste kunna åberopa arbetsledare med erforderlig erfarenhet samt ha dokumenterad erfarenhet av minst tre liknande uppdrag inom företaget. Som bevis på uppfyllande av kravet krävs att arbetsledaren redovisas genom CV. Svenska Entreprenad har i sitt anbud åberopat tre arbetsledare, en är Håkan Bengtsson. Håkan Bengtsson har lämnat tre referensobjekt och uppgett att han innehaft en anställning som arbetsledare vid R&R under åren 2008-2010. Detta är en oriktig upp-

gift. Håkan Bengtsson har inte innehått någon anställning vid R&R som arbetsledare under den perioden. Han kan därmed inte åberopa det referensobjekt som han angett för 2009.

Anbudet från Svenska Entreprenader har högst i rang med anledning av att det innehåller det lägsta priset. Därefter följer anbudet från NCC som har det näst lägsta priset. Man har efter platsbesök och efter analys av förfrågningsunderlaget funnit att arbetets karaktär och omfattning innebär att de priser som återfinns i de två högre rangordnade anbuden är orimligt låga. R&R vill här särskilt framhålla att samtliga övriga anbud har klart högre pris jämfört med de från Svenska Entreprenader och NCC. Stockholm stad har brutit mot bestämmelserna i LOU genom att anta dessa anbud trots att de innehåller orimligt låga priser. R&R menar dessutom att förfrågningsunderlaget till sin utformning är bristfälligt ifråga om kravet på tydlighet och förutsägbarhet. För att kunna uppfylla och tillhandahålla de arbeten som efterfrågas i förfrågningsunderlaget kommer det att krävas omfattande tilläggsbeställningar till betydande värden. Dessa tilläggsarbeten är till karaktär och värde av sådan art att de måste upphandlas enligt LOU. Aktuella brister i förfrågningsunderlaget förhindrar eller försvårar en objektiv/rättvis jämförelse av anbuden.

Stockholm stad anför som svar på R&R:s yttrande bl.a. följande. Stockholm stad har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Stockholm stad har genomfört en upphandling av markarbeten. Omfattningen av arbetena anges bl.a. i AFC.1 i Administrativa föreskrifter:

Entreprenaden omfattar markarbeten bestående av om- och nybyggnad av parkanläggningar såsom planteringar, trappor, parkvägar, lekparker m.m.

Arbetena består av ombyggnadsarbeten av investerings- och anläggningskaraktär samt större underhållsinsatser.

De enskilda objektens storlek varierar mellan 50 000 – 500 000 kr. Arbetena består av både projekterade objekt och s.k. ”pekprojekt”.

Arbetena kommer att avropas successivt i mån av behov. Avropen är beroende av beställarens aktuella behov och budgetläge, vilket innebär att entreprenören inte med säkerhet kan påräkna ett jämt flöde av avrop. Övervägande del av arbetena kommer att ske under april-november.

Kontrakt kommer om möjligt att tecknas med tre (3) entreprenörer.

Avropens sammanlagda värde under entreprenadtiden är beräknat till åtta miljoner kronor årligen.

Avropens sammanlagda värde är beroende av beställarens budgetläge och kan komma att förändras. Volymgaranti lämnas inte.

Entreprenadens omfattning i detalj framgår av handlingarna under AFB.22.

Efter prövningen av anbuden fattades tilldelningsbeslut enligt vilket tre företag tilldelades kontrakt varav sökandens anbud rangordnades som nummer tre. R&R:s påstående att Svenska Entreprenader och NCC lämnat onormalt låga anbud och att anbuden därför borde ha förkastats bestrids. I upphandlingen inkom åtta anbud. Priserna har utvärderats utifrån anbudsgivarnas prissatta mängdbeskrivningar enligt den modell som beskrivs förfrågningsunderlaget. För sex av anbuden ligger anbudspriserna mellan 5 156 850 kr och 8 244 903 kr och två anbud avviker med högre anbudspriser på 10 678 625 respektive 14 618 700 kr. Fyra anbud ligger i spannet 5 156 850 kr till 6 983 240 kr. Av dessa har de tre lägsta anbuden antagits varav ett var sökandens. Upphandling av aktuella arbeten genomfördes 2009 och prisbildningen låg då på ungefär samma nivå som dagens. De antagna anbuden i den upphandlingen hade anbudspriser på 5 363 150 kr, 6 136 365 kr och 6 417 600 kr. Enligt 12 kap. 3 och 4 §§ LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Med den prisbildningen som redogjorts för ovan har Stockholm stad inte funnit anbuden vara onormalt låga och anledning att tillämpa bestämmelserna har därför inte förelagts. Att förfrågningsunderlaget skulle brista i tydlighet bestrids. Upphandlingen avser avrop av om- och nybyggnad av mindre parkanläggningar och upphandlingen omfattar ett stort antal objekt. Arbetenas art framgår av Administrativa föreskrifter AFA.21 och AFC.1 och entreprenadens omfattning i detalj framgår av handlingarna under

AFB.22. Handling 09.1 utgörs av en arbetsbeskrivning och en mängdbeskrivning. I mängdbeskrivningen hänvisas för vissa arbeten till ritningar i handling 12.1, exempel på ritning bifogas. Hur arbetena ska bedrivas anges i entreprenadföreskrifterna. Ersättning för arbetena utgår enligt AFC.61 efter av anbudsgivarna prissatta mängdbeskrivningar. Arbetena kommer att avropas successivt i mån av behov. Föremålet för upphandlingen är inte av den arten att det genom platsbesök går att bedöma omfattningen av kommande avrop, än mindre behovet av tilläggsbeställningar. Under upphandlingen har R&R inte gjort gällande att frågningsunderlaget skulle brista i tydlighet.

Påståendet att Svenska Entreprenader inte uppfyller ställda kvalificeringskrav bestrids. I handling 13.3 anges i p 8.1 att arbetschef, platschef och arbetsledare måste ha erforderlig erfarenhet samt uppvisa minst tre referensobjekt vardera från liknande markarbeten. Något krav på att uppdragen ska ha utförts i det anbudsgivande företaget som sökanden synes mena uppställs inte. Kraven på företagets erfarenhet anges istället i p 8.2. Till sitt anbud har Svenska Entreprenader bifogat tre referensuppdrag till styrkande av att Håkan Bengtsson har erfarenhet som arbetsledare i liknande arbeten. Samtliga uppdrag har utförts åt Stockholms stad. Stockholm stad har inte haft anledning att ifrågasätta uppgifterna. 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 är riktiga. I dom meddelad av Kammarätten i Jönköping den 10 juni 2011 i mål nr 981-11 anför domstolen att en sådan kontroll i vart fall inte sträcker sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i frågningsunderlaget. Med anledning av överprövningen har Stockholm stad dock valt att kontrollera uppgifterna. Kontrollen bekräftar att Håkan Bengtsson arbetat som arbetsledare i uppdragen.

Håkan Bengtsson har arbetat på Svenska Entreprenad sedan 2010 och referensuppdragen hänför sig till den tiden. Huruvida Håkan Bengtsson arbetade som arbetsledare hos sökanden 2009 saknar därmed betydelse. Stockholm stad gör gällande att någon omständighet som visar att upphandlingen genomförts i strid mot LOU inte har framkommit i målet. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, anbuden har prövats i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. R&R:s talan ska därför ogillas.

Som svar på Stockholm stads yttrande anför R&R bl.a. följande. Det skiljer drygt 40 procent mellan det lägsta anbudet och det anbud som har det fjärde lägsta priset. Av förfrågningsunderlaget anges att arbetsledarens uppdrag ska ha utförts inom företaget. Har upphandlande enhet avsett något annat utgör även det ett exempel på att förfrågan är oklar. Det åligger givetvis den upphandlande myndigheten att inom ramen för arbetet med referenstagning m.m. att kontrollera och förvissa sig om att angivna uppgifter är korrekta. Om en leverantör i förväg vet att myndigheten inte anser sig behöva kontrollera åberopade uppgifter eller kontakta referenser m.m. framstår det som tämligen meningslöst att lämna vederhäftiga och korrekta uppgifter. Här har en aktuell leverantör uppsåtligt lämnat en felaktig uppgift om dess arbetsledares bakgrund vilket givetvis påverkat tilldelningsbeslutet till nackdel för R&R. Det förefaller som om Stockholm stad numera medger detta förhållande. Oavsett det äger Stockholm stad i detta skede inte åberopa de nya uppgifterna till stöd för påståendet om att de oriktiga och vilseledande uppgifterna saknar betydelse.

Stockholm stad tillägger bl.a. följande. Av anbudsgivarna prissatta mängd-beskrivningar har legat till grund för anbudsutvärderingen tillsammans med prissatt å-prislista. Som Stockholm stad anfört avser p. 8.1 i handling 13.3 kraven på bl.a. arbetsledarens tidigare erfarenhet medan p. 8.2 avser

anbudsgivande företags tidigare erfarenhet. Svenska Entreprenader har i sitt anbud styrkt att Håkan Bengtsson uppfyller kravet på tidigare erfarenhet som arbetsledare. Att Stockholm stad skulle ha medgett att felaktiga uppgifter har lämnats bestrids. Eftersom kravet på erfarenhet som arbetsledare från tre uppdrag av liknande markarbeten är uppfyllt saknar det däremot betydelse vilken roll Håkan Bengtsson har haft i en tidigare anställning. Stockholm stad har genomfört flera upphandlingar av motsvarande arbeten och sättet att beskriva uppdraget är känt i branschen. Ingen anbudsgivare har invänt att underlag av nu aktuellt slag som omfattar både arbetsbeskrivning, mängdbeskrivning och ritningar skulle brista i tydlighet. R&R har varit Stockholm stads utförare tidigare och således lämnat anbud på motsvarande underlag vid den föregående upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Kapitel 16 LOU ska tillämpas i dess lydelse som varit aktuell innan 1 november 2011.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 5 § ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt även om den upp-

handlande myndigheten följt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Frågorna i målet är dels om förfrågningsunderlaget har varit så bristfälligt att det inte kan accepteras, dels om anbudet från Svenska Entreprenad och NCC ska förkastas på grund av orimligt låga priser och slutligen om Svenska Entreprenad har uppfyllt alla de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget.

Gällande förfrågningsunderlagets bristfällighet konstaterar förvaltningsrätten att R&R har anfört att underlaget i stort har brister. R&R har inte närmare, förutom den del som gäller arbetsledarnas erfarenhet, angett vilka brister detta skulle vara. Förvaltningsrätten har i mål om offentlig upphandling endast att pröva de omständigheter som någon av parterna har åberopat. Det har även fastslagits i praxis att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i dessa mål (se RÅ 2009 ref. 69). Det åligger alltså inte förvaltningsrätten att göra en allmän prövning om att upphandlingen har gått rätt till och rätten har ingen möjlighet att, som R&R har anfört, göra en bedömning om förfrågningsunderlaget brister i sin helhet. Det är istället R&R:s skyldighet att åberopa varför de anser att förfrågningsunderlaget brister. Detta har inte gjorts och rättens prövning avseende förfrågningsunderlagets eventuella brister kommer därför endast att avse den del som gäller arbetsledarens erfarenhet (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 9 februari 2012 i mål nr 6386-11).

Vad gäller arbetsledarens erfarenhet finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i denna del inte kan vara att anses som så oklart att anbudsgivarna inte haft möjlighet att avgöra vad Stockholm stad tillmäter betydelse. Det finns därför ingen grund för att göra om upphandlingen på grund av att denna del av förfrågningsunderlaget var bristfällig eller oklar.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om Svenska Entreprenad och NCC har lämnat så låga anbud att de måste anses som orimliga. En myndighet *får* förkasta ett anbud om myndigheten finner att priset är onormalt lågt, se 12 kap. 3 § LOU. Det är således upp till myndigheten att avgöra om ett pris är orimligt lågt och myndigheten har ingen skyldighet att förkasta ett anbud. Stockholm stad har anfört att de anser att anbudena från Svenska Entreprenad och NCC inte förefaller som orimliga. Skäl att förkasta anbudena på denna grund saknas därmed.

Slutligen ska rätten göra en bedömning om Svenska Entreprenad uppfyller de kvalificeringskrav som Stockholm stad har uppställt. I förfrågningsmaterialet (p.8.1 i handling 13.3) anges bl.a. kraven på arbetsledarens tidigare erfarenhet. Kvalifikationskraven är där att "...arbetsledare måste ha erforderlig erfarenhet samt uppvisa minst 3 referensobjekt vardera från liknande markarbeten." R&R har anfört att de referenser som har lämnats in för Håkan Bengtsson gällande hans anställning hos R&R inte är korrekta och att han därför inte har varit arbetsledare från tre olika referensobjekt. Förvaltningsrätten finner att det inte står angivet i kvalifikationskraven angående arbetsledare att denne måste ha haft erforderlig erfarenhet från olika arbetsgivare. Det som krävs är att personen har erfarenhet från "liknande markarbeten". I detta hänseende framgår det klart av Håkan Bengtssons CV att han motsvarar de utsatta kvalifikationskraven. De krav som uppställs i p. 8.2 gäller själva anbudsgivaren, inte någon specifik personalgrupp. Det är således inte heller visat att Svenska Entreprenad inte uppfyller kvalifikationskraven som har uppställts i förfrågningsunderlaget.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Stockholm stad har följt de grundläggande principerna i samt följt övriga bestämmelser i LOU. Det finns således inte skäl att göra om upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ulrika Melin

Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Stina Hemberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU