



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-11-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19408-15

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Ekensbergs Byggnads AB, 556568-5483
Storsätragränd 5
127 39 Skärholmen

MOTPART

Upplands-Bro kommunfastigheter AB, 556687-2841
Box 2070
196 02 Kungsängen

Ombud: Carl-Erik Ewerthz
c/o AffärsConcept i Stockholm AB
Hornsgatan 15
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-11-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Ekensbergs Byggnads AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Upplands-Bro kommunfastigheter AB:s upphandling avseende om- och tillbyggnad av Hagnässkolan ska göras om.

Dok.Id 669778

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Upplands-Bro kommunfastigheter AB (Upplands-Bro) genomför en upphandling avseende om- och tillbyggnad av Hagnässkolan. I tilldelningsbeslut den 31 augusti 2015 beslutade kommunfastigheter att teckna avtal med annan anbudsgivare än Ekenbergs Byggnads AB (Ekenbygg).

Ekenbygg ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så vis att bolagets anbud tas upp till prövning och nytt tilldelningsbeslut meddelas. Som grund för yrkandet anförs att Upplands-Bro inte har haft sakligt godtagbara skäl för att förkasta Ekenbyggs anbud. Ställda krav står inte i proportion till upphandlingens syfte och ska därför inte tillmätas någon betydelse. Förfrågningsunderlaget består av administrativa föreskrifter 2015-04-30, anbudsformulär, beskrivningar, ritningar och ett KFU1. I förfrågningsunderlaget, AFB.31, ställer Upplands-Bro krav på att leverantören ska ha viss teknisk- och yrkesmässig kapacitet och att leverantören ska visa detta genom minst tre lämnade referenser. Ekenbygg har i sitt anbud lämnat referenser för både platschefen och företaget. Under AFB.31 finns inte något förbud mot att lämnad referens inte får vara densamma för företaget som för platschefen. Ekenbyggs anbud har ändå förkastats med motiveringen att bolaget inte har tre stycken referensprojekt för företaget som inte är upptagna under referens för platschef. Förkastandet av Ekenbyggs anbud strider mot de av Upplands-Bro ställda kraven under AFB.31 i förfrågningsunderlaget. Vid motstridigheter i förfrågningsunderlaget har Upplands-Bro under AFB.22 angett i vilken ordning handlingarna ska gälla före varandra. Av de administrativa föreskrifterna under punkt 6.3 framgår att leverantören ska lämna tre referenser. Av anbudsformuläret under punkt 7.2 framgår att platschefens referenser inte får vara desamma som leverantörens referenser. Vid motstridighet i uppgifter gäller punkt 6.3 före punkt 7.2 vilket innebär att ställt krav i de Administrativa föreskrifterna ska äga företräde där krav om minst tre referenser ska lämnas av leverantören. Detta krav är uppfyllt av Ekenbygg.

Upplands-Bro bestrider bifall till Ekenbyggs yrkande. Kraven avseende unika referenser är inte att anse som ett oväsentligt krav. Anbudet har i enlighet med likabehandlingsprincipen prövats utifrån i förfrågningsunderlaget ställda krav. Kraven uppfyller det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ställda kraven på transparens. De i AFB.31 ställda kraven på referensuppdrag angår företaget och inte platschefen. Det finns följaktligen inte någon motstridighet mot detta krav och det i anbudsformuläret punkt 7.2 ställda kravet att platschefens referenser inte får vara detsamma för företaget som för platschefen. För det fall Ekenbyggs bedömning att det uppställda kraven inte varit tillräckligt öppna och transparenta är korrekt, skulle Ekenbygg begärt förtydligande om detta redan under anbudstiden. Övriga anbudsgivare har kunnat lämna korrekta anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Fråga i målet är om det av Upplands-Bro ställda kravet avseende företags referenslista för genomförda entreprenader strider mot transparensprincipen och om detta krav strider mot proportionalitetsprincipen.

Kravet avseende företags referenser och transparensprincipen

Enligt de administrativa föreskrifterna, AFB.31, i förfrågningsunderlaget ska anbud vara komplett uppställt och innehålla uppgifter enligt bifogat formulär till anbud med bilagor.

Enligt de administrativa föreskrifterna ska offererad platschef ha minst fem års erfarenhet i produktionsledande befattning i husbyggnadsentreprenad samt presentera minst tre referensprojekt varav minst ett referensprojekt ska vara ombyggnation av kontor, skolbyggnad eller annan likvärdig offentlig byggnad med minst sex månaders produktionstid och entreprenadsumma om 15 Mkr. Vidare ska anbudet innehålla en referenslista med minst tre genomförda, slutbesiktigade entreprenader för det anbudsgivande företaget, som är utförda under de senaste fem åren samt namn och telefonuppgifter till beställaren. I anbudsförmuläret under rubriken "Kapacitet, anbudsgivande företag" anges även att entreprenaderna inte får vara samma som referenserna för platschefen.

Förvaltningsrättens bedömning

Det specifika kravet beträffande företags referenser framgår endast av anbudsförmuläret som bifogats förfrågningsunderlaget. Innehållet i anbudsförmuläret i denna del strider inte mot övriga föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Kravet får anses vara tillräckligt tydligt för en normalt omsorgsfull leverantör och ger inte utrymme för någon annan

tolkning. Enligt förvaltningsrättens bedömning strider inte det ställda kravet mot transparensprincipen.

Kravet avseende företagets referenser och proportionalitetsprincipen?

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa på leverantörer i ett upphandlingsförfarande. Myndigheten kan i förfrågningsunderlaget t.ex. ställa krav beträffande produktens egenskaper. De kraven måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten (jfr rättsfallet RÅ 2010 ref 78). Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande enhet i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. För att vara proportionerligt måste kravet anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas.

Ekenbygg anför att de ställda kraven inte står i proportion till upphandlingens syfte. Avsikten med referenser är att de ska utgöra bevis för att både platschefen och leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för uppdragets genomförande. Bolaget har visat sitt yrkeskunnande både som företag och för offererad platschef genom lämnade referenser. Att en referensperson är samma fysiska person förändrar inte *Ekenbyggs* yrkeskunnande vilket är syftet med *Upplands-Bros* krav om referenser. Det ställda kravet fyller inte en nämnvärd funktion i upphandlingen och står inte i rimlig proportion för leverantören att visa på ställt krav om yrkesmässig och teknisk kapacitet.

Upplands-Bro invänder att det har varit nödvändigt att ställa aktuella referenskrav och kontrollera att företaget respektive platschefen har

tillräckligt omfattande erfarenhet med anledning av det är fråga om en omfattande totalentreprenad avseende badrums- och stamreovering av Hagnässkolan. Om anbudsgivare får tillgodoräkna sig samma entreprenad två gånger både avseende företaget och platschefen så leder det till att den efterfrågade erfarenhetens omfattning halveras. Detta skulle innebära att anbudsgivare med otillräcklig erfarenhet skulle kunna kvalificera sig vilket skulle äventyra kontraktsföremålet. Om arbetena utförs med bristande resultat kan det få stora konsekvenser för Upplands-Bro fastigheter och den skolverksamhet som bedrivs i lokalerna. Ekenbygg har varken påtalat att kravet är oproportionerligt under anbudstiden eller begärt förtydliganden. Enligt EU-domstolens praxis (C-538/13 eVigilo p 54-58) ska det finnas rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets laglighet, efter det att anbudstiden gått ut, endast då villkoren för anbudsinfordran var obegripliga och detta förhindrade en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att väcka talan innan myndigheten informerade om skälen för sitt tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att enligt det åberopade avgörandet från EU-domstolen C538/13 p.54 - 58, måste det finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets laglighet även efter det att talefristen enligt nationell rätt löpt ut för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten lämnat information om skälen för sitt beslut. En sådan talan kan väckas fram till utgången av fristen för att föra talan mot kontraktstilldelningsbeslutet. Av avgörandet kan inte utläsas att Ekenbygg inte haft rätt att ansöka om överprövning av anbudsförfarandet med anledning av att bolaget inte påtalat under anbudstiden att kravet är oproportionerligt.

För att ett krav ska vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträvande syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns. Förvaltningsrätten konstaterar att Upplands-Bros krav att företagets referenser på genomförda entreprenader inte får vara samma entreprenader som platschefen refererar till innebär att minst sex olika referensobjekt ska redovisas för att visa att den efterfrågade erfarenheten finns. Även om det är fråga om en omfattande totalentreprenad kan enligt förvaltningsrättens mening det ställda kravet på olika referensobjekt för platschef respektive företag inte vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet att kontrollera att platschef respektive företag har tillräcklig erfarenhet av liknande entreprenader. Förvaltningsrätten finner därför att det i anbudsformuläret under rubriken "Kapacitet, anbudsgivande företag" ställda kravet att entreprenaderna inte får vara samma som referenserna för platschefen strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att den ovan påtalade felaktigheten beträffande företags referenser medfört att Ekenbygg lidit skada eller kan komma att lida skada. Det finns därmed förutsättning för ingripande enligt LOU i denna del. Eftersom bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Kaija Hultquist
Kaija Hultquist
Rådman

Ann-Kristin Rosén har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas ellet 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 högste 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 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.