



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2020-01-15

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr

10029-19

SÖKANDE

VA-Teknik Scandinavia Aktiebolag, 556283-1973

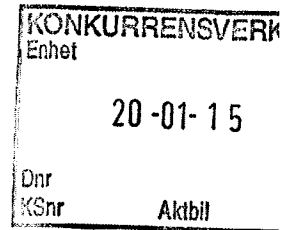
Ombud: Advokat Maria Lidbom och Alexander Rappe

MOTPART

Nynäshamns kommun

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1146902

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Nynäshamns kommun genomför en upphandling av Ramavtal för VA-ledningsarbeten (SUN 2019/46). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderas på grunden pris. I tilldelningsbeslut den 23 april 2019 har kommunen beslutat att anta anbud från NCC Sverige AB.

VA-Teknik Scandinavia Aktiebolag (VA-Teknik) yrkar att upphandlingen ska göras om och för bl.a. fram följande. Kommunen har vid utformningen av upphandlingen brutit mot LOU och proportionalitets- och konkurrensprincipen. Kommunens brott mot LOU har medfört att VA-Teknik har varit förhindrat att lämna anbud i upphandlingen.

Upphandlingen omfattar ett stort antal olika arbeten med olika fristående anläggningstekniker, vilka vanligtvis upphandlas separat. För ett projekt tillämpas vanligtvis endast en av dessa anläggningstekniker. Den främsta anledningen till det är att de olika teknikerna avser olika typer av arbeten. I upphandlingen har kommunen uppställt ett obligatoriskt krav att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla nio anläggningstekniker. Kravet är oproportionerligt och konkurrensbegränsande. Det finns inte något skäl för kommunen att efterfråga alla nio anläggningstekniker i en och samma upphandling. I och med utformningen av upphandlingen har kommunen valt att stänga ute alla specialistföretag och endast en aktör har lämnat anbud. Kommunen har inte angett vad syftet är med kravet att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla samtliga efterfrågade anläggningstekniker. Kravet får långtgående och negativa konsekvenser och utesluter i princip alla små och medelstora företag att konkurrera i upphandlingen och får anses vara konkurrensbegränsande i så stor utsträckning att det är oproportionerligt.

Att anbudsgivare tvingas att utnyttja samarbetspartners eller underleverantörer innebär att det blir färre anbudsgivare i upphandlingen, vilket medför sämre konkurrens. Kommunens omsättningskrav hindrar de flesta små och medelstora företag från att själva lämna anbud i upphandlingen. Samarbete kan medföra ökade kostnader och påverka anbudspriset, vilket vid utvärderingen skulle missgynna de små och medelstora företagen.

En upphandlande myndighet som beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar har en skyldighet att motivera skälen för det. Kommunen har i upphandlingsdokumentet inte angett några sådana skäl. Genom att inte tilldela kontraktet i separata delar har kommunen utformat upphandlingen på ett otillbörligt sätt och därigenom begränsat och förhindrat konkurrens. Kontraktet i upphandlingen avser dessutom ett omfattande ramavtal. Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att överväga hur ramavtalet ska utformas för att uppnå konkurrens.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och för bl.a. fram följande. Upphandlingen har genomförts i syfte att tillgodose kommunens behov av att renovera och förbättra det befintliga ledningsnätet i kommunen. Kommunen valde upplägget med ramavtal på totalentreprenad genom generalentreprenad, vilket innebär att projektering och samordning av arbeten är en del av uppdraget. Detta ska locka entreprenörer till att utföra arbeten för kommunen. I dagsläget har kommunen mycket svårt att locka kunniga projekterare genom att upphandla genom utförandeentreprenad. Upplägget har syftat till att ge kommunen tillgång till kompetens som annars hade varit mycket svår att få tag på.

VA-Teknik hade på samma sätt som vinnande entreprenör kunnat använda sig av ett samverkansavtal för att vinna upphandlingen då bolaget har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs. Upphandlingen är utformad

så att en specifik funktion ska kunna avropas, vilket följer av att avropen sker enligt totalentreprenad.

Upphandlingens utformning som totalentreprenad innebär att en viss funktion på en del av ledningsnätet kommer kunna begäras. Genom att ställa krav på viss funktion lämnas det öppet för entreprenören att själv välja och presentera metod för att uppnå funktionen. Kommunen vill att entreprenören ska kunna förmedla samtliga metoder när en åtgärd ska vidtas. Med undantag för tre metoder som listas i anbudsformuläret ställs dock inte krav på att leverantören själv ska ha kompetens för metoderna. Kommunen har inte heller ställt några krav på underleverantörer eller underentreprenörer. Det står därför generalentreprenören fritt att samarbeta med vem generalentreprenören vill för att utföra kontraktet när det väl tilldelats. Anledningen till att de ifrågavarande tre metoderna valts ut är för att de kan användas för renovering av VA-ledningar utan att marken behöver schaktas upp. Det i sin tur kan i många fall leda till att priset på det enskilda uppdraget blir väsentligt lägre. Kraven på dessa tre metoder har ställts under kvalificeringskrav och krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och är en del av upphandlingsfasen i enlighet med 14 kap. 1 och 5 §§ LOU. Krav som uppställts i de administrativa föreskrifterna, och som inte även tagits med i anbudsformuläret, utgör avtalsinnehåll och påverkar inte bedömningen för kvalificering, utvärdering och tilldelning.

+

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter den grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten ska därmed pröva om det på grundval av det som VA-Teknik för fram är visat att kommunen har brutit mot någon av de

grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och om det har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, se 20 kap. 6 § LOU.

De grundläggande principerna innebär enligt 4 kap 1 § LOU att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna. Grundläggande är att leverantörerna behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jämför RÅ 2010 ref 78 och HFD 2012 ref 48).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att VA-Teknik har rätt att få upphandlingen överprövad eftersom bolaget utifrån de omständigheter som bolaget för fram får anses ha haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen (jämför HFD 2017 ref. 62).

VA-Teknik gör gällande att det i upphandlingen uppställs ett obligatoriskt krav på att anbudsgivare ska tillhandahålla nio anläggningstekniker och att det strider mot proportionalitetsprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår att det för kvalificering krävs att anbudsgivaren lämnar referensuppdrag avseende tre metoder (anläggningstekniker). Det framgår vidare att ramavtalet omfattar nio metoder.

En upphandlande myndighet har en stor frihet att utifrån sitt behov utforma upphandlingen efter vad myndigheten anser vara lämpligt. Även om det varit möjligt att särskilja de metoder som ramavtalet omfattar finns det inte något principiellt hinder mot att låta de omfattas av ett ramavtal.

Utformningen av upphandlingen hindrar inte att företag av mindre storlek lämnar anbud i upphandlingen då det varit möjligt för anbudsgivare att samarbeta med andra företag eller använda sig av underentreprenörer. Det som kommunen har upplyst om syftet med att ramavtalet omfattar nio metoder får anses stå i rimlig proportion till de negativa konsekvenser kravet medför. Det som VA-Teknik för fram visar därmed inte att kommunen har frånträtt proportionalitetsprincipen.

VA-teknik gör vidare gällande att utformningen av upphandlingen genom kravet på att anbudsgivaren ska tillhandahålla nio anläggningstekniker och kravet på omsättning begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt och missgynnar små och medelstora företag. Den omständigheten att det endast är ett fåtal leverantörer som kan erbjuda de tjänster som kommunen har efterfrågat i upphandlingen innebär inte i sig att själva utformningen av upphandlingen har varit gynnande för vissa leverantörer. Det som VA-Teknik för fram ger inte stöd för slutsatsen att upphandlingen har utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt eller att konkurrensen har snedvridits. Det som VA-teknik för fram visar inte heller att upphandlingen har utformats i syfte att kommunen ska kunna anta en på förhand utsedd leverantör. Det är således inte visat att kommunen har frånträtt konkurrensprincipen och det saknas därmed skäl för ingripande enligt den grunden.

VA-Teknik gör slutligen gällande att kommunen i upphandlingsdokumentet inte har motiverat skälen för beslutet att inte tilldela kontraktet i separata delar. VA-Teknik har dock inte utvecklat på vilket sätt det förhållandet har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Redan med

hänsyn till det saknas skäl för ingripande på grund av det som bolaget för fram i den delen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som VA-Teknik för fram inte visar att kommunen har utformat upphandlingen på ett sådant sätt att den strider mot LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas därför grund för ingripande med stöd av LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilagan (FR-05).

Oliver Sparrings
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Sara Lagergren har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

