



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-11-05

Meddelad i Stockholm

Mål nr

13759-19

SÖKANDE

Pontarius AB, 556739-5263

Ombud: Jur.kand. Fredrik Göransson

Pontarius AB

Box 1023

101 38 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
20191106	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Sollentuna kommun

Ombud: Advokat Viveka Heimer och biträdande jurist Siri Alsmark

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB

Box 1711

111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 1161909

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Sollentuna kommun (kommunen) genomför upphandlingen ”Konsulttjänst och beställarstöd för beläggningsarbeten (SK2019-0126). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt kommer att tilldelas kontrakt, dvs. anbudsgivaren med högsta poängsumma vid utvärderingen av anbud kommer att tilldelas kontrakt. Genom tilldelningsbeslut den 4 juni 2019 beslutade kommunen att anta anbud från annan leverantör än Pontarius AB (bolaget). Bolagets anbud kvalificerade sig inte för att gå vidare till kontroll av obligatoriska krav på tjänsten eftersom ett av referensuppdragen inte godkändes.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas. Som grund för sina yrkanden anför bolaget följande. Bolagets anbud har förkastats på den grunden att det inte uppfyller de krav som ställts på referensuppdrag. Kommunen har i upphandlingsdokumenten formulerat kraven på innehållet i de referensuppdrag som ska lämnas på ett sådant sätt att det står i strid med principen om öppenhet enligt 4 kap. 1 § LOU. Detta har medfört att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada. För det fall att förvaltningsrätten finner att upphandlingsdokumenten inte är utformade i strid med principen om öppenhet så ska bolagets anbud anses uppfylla kraven såsom dessa får förstås av en normalt bevandrad anbudsgivare inom fackområdet.

Sollentuna kommun bestrider bifall till bolagets ansökan och anger som grund för sin inställning bl.a. följande. Det aktuella kvalificeringskravet är klart och tydligt utformat i enlighet med transparensprincipen och LOU. Av upphandlingsprotokollet framgår att bolaget inte har uppfyllt samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för rättens prövning

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 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).

Upphandlingens underlag

I upphandlingsdokumentets Administrativa föreskrifter (AF)

avsnitt 1.2 *Uppdragets omfattning* anges följande:

Uppdraget omfattar konsulttjänst med specialistkompetens avseende beställarstöd vid upphandling och genomförande av ramavtal för beläggnings- och mindre anläggningsarbeten. Konsulten ska leverera beställarstöd genom hela kedjan från analys inför upphandling till avslut genom slutbesiktning och garantiuppföljning.

I AF avsnitt 1.4 *Beskrivning av uppdraget* anges följande:

Uppdraget omfattar konsulttjänst med specialistkompetens avseende beställarstöd vid upphandling och genomförande av ramavtal för beläggningsarbeten. Konsulten ska leverera beställarstöd genom hela

kedjan från analys inför upphandling till avslut genom slutbesiktning och garantiuppföljning.

Följande moment kan ingå i uppdraget:

- Analys av beställarens historiska köpbeteende och behov i kommande upphandling.
- Upprättande av samtliga handlingar för ramavtal enligt omfattning.
- Stöd till beställaren från annonsering till tilldelning.
- Vara beställaren behjälplig vid upprättande av kontrakt.
- Årligen vara ordförande och protokollförare vid startmöte med entreprenör.
- Årligen genomföra utbildning gällande kontraktets innehåll för beställarens tjänstemän.
- Löpande agera stöd vid beställningar från beläggning/asfaltsavtal vilket omfattar löpande granskning av beställningar. Syftet med stödet är att tillföra teknisk kompetens, genomskåda och förebygga entreprenörs strategiska/fördyrande prissättningsstrategier för att skapa beställningar som överensstämmer med avtal och lämnade anbudspriser.
- Årligen fakturagranskning och avtalsuppföljning inför slutbesiktning
- Årlig revision av avtalet.
- Bygglédare/projektledare
- Besiktningar samt avsyningar
- Övriga utbildningar i entreprenad och asfalt.
- Tillståndsbedömningar, analys av vägnät.
- Elektronisk personalliggare.
- Verksamhetssystem

I AF avsnitt 1.7.7 *Referensuppdrag* anges följande:

Kvalificeringskrav

För att säkerställa att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande uppdrag ska anbudsgivaren redogöra för två referensuppdrag. Uppdraget ska vara pågående eller slutfört under de tre senaste åren (räknat från sista anbudsdagen).

Respektive referensuppdrag ska motsvara upphandling och förvaltning av ramavtal för asfaltsbeläggningar.

Beskrivningen av referensuppdragen innefattar:

- Uppdragets omfattning, exempelvis levererade tjänster
- Start- och sluttidpunkt för uppdraget.
- Beställare/Uppdragsgivare och dess kontaktuppgifter

Ange här referensuppdrag 1

Ange här referensuppdrag 2

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om upphandlingsdokumenten utformats i strid med principen om öppenhet eller transparens

Bolaget anför i huvudsak följande. En normalt bevandrad anbudsgivare inom fackområdet beställarstöd för beläggningsarbeten utgår från att beställarstöd för entreprenadarbeten avseende beläggningsarbeten innebär att allmänna bestämmelser och andra standardkontrakt för byggsektorn, som har tagits fram av Byggandets Kontraktskommitté (BKK), tillämpas vid utförandet av beställarstödet. BKK utgör branschens förhandlingsorgan för sådana avtal och det är osannolikt att entreprenader av beläggningsarbeten skulle handlas upp enligt andra avtal. Sollentuna kommun har också hittills handlat upp sina beläggningsentreprenader genom sådana avtal. Enligt dessa branschöverenskommelser så ska en besiktningsman vara oberoende från såväl beställare som leverantör. En leverantör godtar aldrig en besiktningsman som på något sätt har varit involverad i planering eller projektering av en entreprenad. Det går därför inte att i samma referensuppdrag ha utfört alla de uppgifter som anges i AF 1.4 *Beskrivning av uppdraget*. De krav som ställs på referensuppdragen enligt AF 1.7.7 *Referensuppdrag* är således oförenliga med beskrivningen av uppdraget i AF 1.4 *Beskrivning av uppdraget*. Därmed har upphandlingsdokumenten utformats i strid med principen om öppenhet. Bolaget har lämnat ett referensuppdrag avseende beställarstöd för beläggningsarbeten och ett referensuppdrag för besiktning av beläggningsarbeten, varvid kommunen har underkänt referensuppdraget avseende besiktning av asfaltsbeläggningar.

Kommunen anför i huvudsak följande. Bolaget har utgått från att allmänna bestämmelser och andra standardkontrakt för byggsektorn kommer att tillämpas vid utförandet av beställarstödet under kontraktstiden. Genom att utgå från ett sådant antagande och inte ta del av upphandlingsdokumenten så har bolaget inte agerat som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull

leverantör. Om bolaget hade tagit del av upphandlingsdokumenten i upphandlingen så hade bolaget noterat att det inte finns några hänvisningar till allmänna bestämmelser eller standardkontrakt i upphandlingen. Detta eftersom kommunen i den aktuella upphandlingen inte har haft för avsikt att göra dessa handlingar till kontraktsinnehåll. Det finns inte något hinder mot att handla upp entreprenader av nu aktuellt slag enligt andra avtal och så sker faktiskt också. Eftersom de aktuella branschöverenskommelserna inte utgör en del av upphandlingsdokumenten och kraven i upphandlingen så är bolagets påstående om att kvalificeringskravet i AF 1.7.7 *Referensuppdrag* av denna anledning skulle vara otydligt utformat direkt felaktigt.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36).

Bolaget gör gällande att de krav som ställs på referensuppdragen enligt AF 1.7.7 *Referensuppdrag* är oförenliga med beskrivningen av uppdraget i AF 1.4. *Beskrivning av uppdraget* utifrån de allmänna bestämmelser och andra standardkontrakt för byggsektorn som har tagits fram av BKK. Kommunen anger å sin sida att det inte finns några hänvisningar till dessa allmänna bestämmelser eller standardkontrakt i den aktuella upphandlingen eftersom kommunen inte har haft för avsikt att göra dessa handlingar till kontraktsinnehåll.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma upphandlingsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Utifrån vad bolaget har anfört finner förvaltningsrätten inte skäl för

att anse att kommunen har utformat kraven på referensuppdrag på ett sådant sätt att de strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan förstå den exakta innebörden av de ställda kraven och tolka dem på samma sätt. Bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därmed avslås.

Frågan om bolagets anbud ska tas upp till utvärdering

Bolaget redogör för att det i sitt anbud har lämnat ett referensuppdrag avseende beställarstöd för beläggningsarbeten och ett referensuppdrag för besiktning av beläggningsarbeten och anser att dess anbud ska anses uppfylla kraven såsom dessa får förstås av en normalt bevandrad anbudsgivare inom fackområdet.

Kommunen anför bl.a. följande. Av bolagets referensuppdrag nr 2 kan utläsas att projektet har omfattat besiktning, inklusive slutbesiktning av beläggningsarbeten, och att den person som har utfört uppdraget har verkat som huvudbesiktningsman. Det i upphandlingen aktuella uppdragets omfattning innefattar dock betydligt fler moment och kräver leverans av beställarstöd genom hela kedjan från analys inför upphandling till avslut genom slutbesiktning och garantiuppföljning. Ett referensuppdrag som enbart omfattar besiktningsmoment är inte tillräckligt för att en anbudsgivare ska anses ha uppvisat erfarenhet av liknande uppdrag. Bolagets ena referensuppdrag visar således inte på erfarenhet som motsvarar den aktuella upphandlingen och har inte säkerställt att bolaget har den erfarenhet som krävs. Därmed är det aktuella kvalificeringskravet inte uppfyllt.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i sitt referensuppdrag nr 2 har beskrivit uppdraget som "Huvudbesiktningsman". I AF 1.7.7 *Referensuppdrag* anges att respektive referensuppdrag ska motsvara upphandling och förvaltning av ramavtal för asfaltsbeläggningar. Vid en läsning av detta krav, i kombination med vad som anges i AF 1.2 *Uppdragets omfattning*, så

delar förvaltningsrätten kommunens uppfattning att bolagets referensuppdrag nr 2 inte har uppfyllt de obligatoriska krav som ställts på referensuppdrag i upphandlingen. Såsom redogjorts för ovan kan dessa krav inte heller anses vara utformade på ett sådant sätt att en normalt bevandrad anbudsgivare inom fackområdet kan förstå dem på annat sätt än avsett. Bolagets har anbud således rätteligen förkastats och inte tagits upp till utvärdering. Bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas ska därför avslås.

Slutsats

Sammanfattningsvis saknas grund för ingripande med stöd av LOU och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Karin Königsson

Rådman

Anna Cederberg har handlagt 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 nyårs-afton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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 försörjningssektorerna, 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.