



SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Advokat Liselott Fröstad
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

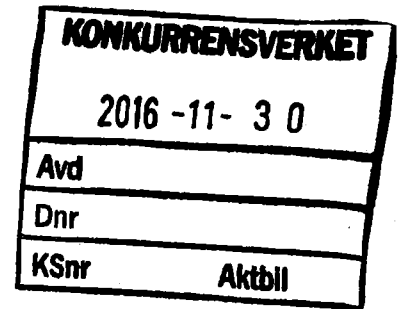
MOTPARTER

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

Turebergs Åkeri AB
Box 430
191 24 Sollentuna

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Uppsala kommuns upphandling av entreprenör för byggande av Snabbcykelled 3, Gamla Uppsalaleden i Uppsala kommun inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering där anbud från Turebergs Åkeri AB inte får beaktas.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende antagande av entreprenör för byggande av Snabbcykelled 3, Gamla Uppsalaleden i Uppsala kommun, dnr. GSN-2016-0942. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande där tilldelningsgrunden varit lägsta pris. Fyra anbudsgivare inkom med anbud och kommunen antog genom tilldelningsbeslut den 9 maj 2016 anbudet från Turebergs Åkeri AB (Turebergs Åkeri).

Markona AB (Markona) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har genomförts på så sätt att en förnyad utvärdering sker utan beaktande av anbudet från Turebergs Åkeri.

Till stöd för sin ansökan anför Markona bl.a. följande. Kommunen har utvärderat anbuden på ett icke likabehandlande sätt samt i strid med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Därigenom har kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. På grund av kommunens felaktiga anbudsprövning har Markona inte tilldelats det upphandlade kontraktet och därmed lidit skada, varför det föreligger grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristerna rör utvärderingen och prövning av anbuden ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen rättas.

Turebergs Åkeri har i sitt anbud angett två referensuppdrag, båda utförda åt Sollentuna kommun. Samma referensuppdrag har angetts till styrkande av platschefernas tidigare erfarenhet. Det framgår dock av anbudsformuläret att ett av uppdragen inte uppfyller ställda obligatoriska krav. Uppdraget är angett som pågående och utgör därmed inte en genomförd entreprenad. Det krävs i vart fall att slutbesiktning har hållits och entreprenaden överlämnats

till beställaren för att entreprenaden ska vara genomförd. Kravets ordalydelse, att anbudsgivaren ska ha genomfört minst två liknande entreprenader under de senaste fem åren, kan inte tolkas på annat sätt än att slutförda projekt avses. Kravet är dessutom ställt i imperfekt, vilket syftar på någonting som anbudsgivaren tidigare har gjort, d.v.s. som redan är avslutat. Enligt Svenska Akademiens ordbok betyder genomföra att slutföra någonting. Innebörden av kravet är därför att anbudsgivaren ska ha slutfört ifrågavarande entreprenader. Utformningen av kravet motsvarar bestämmelsen om bevis för teknisk kapacitet vid upphandlingar över tröskelvärdena, 11 kap 11 § LOU. Den enda skillnaden mellan bestämmelsen och kommunens uppställda krav är begreppen slutförda respektive genomfört, vilka enligt Svenska Akademiens ordbok har samma betydelse. Det är även naturligt att endast slutförda entreprenader ska beaktas eftersom kvalitet, tidshållning och flertalet övriga aspekter svårligen kan bedömas förrän arbetena färdigställts. Det är därför inte ändamålsenligt att tillämpa pågående referensobjekt i fråga om byggentreprenader. Uppgifterna i Turebergs Åkeris anbud ger inte stöd för att den åberopade entreprenaden skulle vara genomförd. I synnerhet mot bakgrund av att hela kontraktssumman uppges vara 13 miljoner kr kan det ifrågasättas om Turebergs Åkeri har utfört en entreprenad med ett värde som uppgår till minst 10 miljoner kr.

De referensuppdrag som åberopats till styrkande av arbetsledarnas tidigare erfarenhet har utförts åt Stockholm Hamn AB och avser bl.a. mark- och belägningsarbeten i Stockholms hamn. Enligt kraven ska referensentreprenaderna avse gatuarbeten i stadsmiljö eller motsvarande. Arbeten i hamnmiljö kan inte anses motsvara gatuarbeten i stadsmiljö, vilket ställer helt andra krav på entreprenörens förmåga att hantera problematik kring trafiksituationen. Därmed kan inte uppdraget anses styrka att arbetsledaren har den erfarenhet som efterfrågas. Turebergs Åkeris verksamhetsbeskrivning förstärker också bilden av att de inte är ett bolag som innehar erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet för den nu upphandlade entreprenaden.

Turebergs Åkeri har bifogat ett CV för deras byggarbetsplatsamordnare för utförandet (BAS-U) som inte uppfyller ställda krav i anbudsformuläret. Det framgår inte i vilken omfattning, utförandetid eller kontraktssumma som de tidigare uppdragen har haft och inte heller framgår det om vederbörande person har varit BAS-U i angivna uppdrag. Kravet som ställs i de administrativa föreskrifterna är att personen som innehar uppdraget som BAS-U ska ha erfarenhet av den rollen i minst två tidigare, liknande entreprenader. Det kan inte utläsas att det kravet är uppfyllt av de uppgifter som Turebergs Åkeri lämnat i anbudet. Kommunen har på ett otillåtet sätt låtit Turebergs Åkeri komplettera sitt anbud med uppgifter nödvändiga för att uppfylla de obligatoriska kraven. Detta går utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU och har inneburit en risk för särbehandling och konkurrensbegränsning i förhållande till övriga anbudsgivare. Prövningen ska därmed göras mot bakgrund av innehållet i anbudet innan kompletteringen skedde. Det framgår tydligt av listan över obligatoriska bilagor i anbudsformuläret att CV för BAS-U ska bifogas samt vad det ska innehålla. Detta utgör därmed obligatoriska krav.

Det är inte förenligt med gällande rätt att bortse från uppställda krav och brister med hänvisning till proportionalitetsprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen har nyligen meddelat två domar av innebörden att obligatoriska krav som en upphandlande myndighet ställt upp i förfrågningsunderlaget inte får frångås vid anbudsprövningen (mål nr. 555-15 och 2691-15).

Mot bakgrund av att Markona har offererat det näst lägsta priset ska de rätteligen tilldelas kontraktet. Därmed lider de skada av att upphandlingen genomförts i strid med reglering i LOU samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Kommunen bestrider ansökan och yrkar att den ska lämnas utan bifall. Som stöd för sin inställning anförs bl.a. följande. Kommunen har inte handlat i

strid med LOU när man bedömt Turebergs Åkeri som den vinnande anbudsgivaren. Det upphandlade uppdraget består i att anpassa och bredda en befintlig cykelbana till en snabbcykelled. Det är alltså fråga om enklare åtgärder och inte någon ny anläggning.

Kommunen bestrider påståendet att referensuppdragen inte uppfyller kraven på genomförda uppdrag då de inte är slutförda. Markona har gjort en egen tolkning av förfrågningsunderlagets innebörd. Det har inte ställts krav på att entreprenaderna ska vara färdigställda och det har överhuvudtaget inte angivits några krav på att återopade entreprenader ska ha uppnått en viss omfattning för att få återopas. Kravet ska spegla anbudsgivarens lämplighet och avser kvalitet, tidshållning och samarbetsförmåga. Dessa egenskaper visar sig för en beställare och kan kontrolleras av kommunen i samband med utvärderingen. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget att entreprenaden måste vara färdigställd för att få återopas och det har inte heller varit avsikten. Den synonyma betydelsen av ordet genomföra är också utföra. Turebergs Åkeri uppfyller således detta krav.

Även i frågan om begreppet liknande entreprenad avseende arbetsledarens referensuppdrag gör Markona en egen tolkning av ställda krav i förfrågan. Kravet måste sättas i sitt sammanhang. Det rör sig om en icke tekniskt komplicerad entreprenad i en befintlig miljö och en motsvarande sådan kan mycket väl avse ett hamnområde. Syftet med kravet är att leverantören ska kunna arbeta i en miljö där det rör sig människor och annan trafik, vilket kan vara fallet i en hamn. Det vore oproportionerligt om de ställde krav på referensobjekt på det sätt som Markona gör gällande i denna typ av upphandling.

Kommunen bestrider att Turebergs Åkeri inte uppfyller ställda krav i anbudsformuläret vad gäller uppgifter i CV för BAS-U. Det obligatoriska kravet i denna del är att BAS-U ska ha innehaft rollen som sådan i minst två

liknande entreprenader de senaste sju åren. Anbudsgivaren bekräftar att man uppfyller kravet genom att kryssa i anbudsformuläret under den aktuella punkten. Texten som Markona hänvisar till i sin överprövning avser bilageförteckningen över obligatoriska handlingar och innebär inte obligatoriska krav på utformning och innehåll av CV. I vart fall omfattas inte BAS-U eftersom tredje meningen i den aktuella punkten inte inbegriper denna funktion. För att det inte ska råda någon risk för missförstånd har kommunen, med stöd av 9 kap. 8 § andra stycket LOU, begärt förtydligande av Turebergs Åkeri. Åkeriet har bekräftat att den angivna personen haft rollen som BAS-U och vilka arbeten det avsett. Om domstolen ändå skulle anse att texten och innehållet i CV utgör obligatoriska krav menar de att avvikelserna i Turebergs Åkeris anbud är obetydlig i relation till upphandlingen. En avvikelse från ett obligatoriskt krav innebär inte automatiskt att anbudet ska förkastas, om kravet är oväsentligt eller irrelevant. I flera kammarrättsavgöranden har det ansetts oproportionerligt att förkasta ett anbud till följd av oväsentliga och irrelevanta avvikelser från obligatoriska krav. Proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. De domar från Högsta förvaltningsdomstolen som Markona hänvisat till innebär inte att anbud som inte innehåller samtliga krav per automatik ska förkastas. Det finns väsentliga skillnader mellan den nu aktuella upphandlingen och domarna från Högsta förvaltningsdomstolen. Gällande rätt får anses innebära att en bedömning görs av vilket krav som åsidosatts och huruvida det har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet.

Turebergs Åkeri har beretts tillfälle att yttra sig men har inte avhörtts.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer

på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna om ickediskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande i 1 kap. 9 § 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.

Enligt 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen motsvarar vad som gäller enligt det direktivstyrda området enligt 9 kap. 8 § LOU. Av förarbetena framgår att möjligheten till förtydliganden och kompletteringar bör utnyttjas restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377).

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det vara så att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 15 kap. 12 § LOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud. (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref 37)

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner anledning att inledningsvis pröva frågan om Turebergs Åkeris anbud inte borde ha accepterats då anbudet saknat uppgifter i bifogat CV för BAS-U. Det är i målet ostridigt att en av punkterna i anbudsformuläret har rubriken *Obligatoriska bilagor* samt att punkten 3 under denna rubrik lyder enligt följande.

3. CV för offererad platschef och arbetsledare samt för byggarbetsplats-samordnare för utförandet (BAS-U). Krav enligt AFB.51. CV ska innehålla antal år som platschef/arbetsledare, typ av uppdrag, omfattning, utförandetid, kontraktssumma och roll i uppdraget.

Kommunen har anfört att det obligatoriska kravet i denna del är att BAS-U ska ha innehaft rollen som BAS-U i minst två liknande entreprenader de senaste sju åren. Förvaltningsrätten anser dock att rubriken tillsammans med punktens formulering inte kan tolkas på något annat sätt än att de uppräknade uppgifterna som bifogat CV ska innehålla är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte heller tolkas så att CV:t för BAS-U är undantaget det obligatoriska kravet.

Det är vidare ostridigt att CV:t för BAS-U som Turebergs Åkeri har bifogat sitt anbud saknar uppgifter om vilken omfattning, utförandetid och kontraktssumma som de tidigare uppdragen haft samt vilken roll i uppdragen deras BAS-U haft. Kommunen har anfört att de inhämtat kompletterande uppgifter från Turebergs Åkeri där dessa uppgifter lämnats. Markona har anfört att detta går utöver vad som är tillåtet enligt LOU samt att det inneburet en risk för särbehandling och konkurrensbegränsning i förhållande till

övriga anbudsgivare. Vidare har kommunen anfört att det i vart fall rör sig om en avvikelse som är obetydlig i relation till upphandlingen samt att det skulle kunna strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet på grund av denna avvikelse.

Förvaltningsrätten konstaterar att det krav som ställts avseende uppgifter som ska lämnas i CV:t för BAS-U har en tydlig koppling till anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Uppgifterna har i detta sammanhang syftet att styrka anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Redan då kommunen utformar sitt anbudsformulär ska den ta ställning till om kraven som ställs är relevanta för upphandlingen. Utifrån det aktuella kravets formulering har också potentiella anbudsgivare givits intrycket att uppgifterna som krävts varit nödvändiga för kommunen. Förvaltningsrätten anser att kravet är relevant för upphandlingen och att det inte står i orimlig proportion till ändamålet. Mot bakgrund av detta och eftersom de aktuella uppgifterna saknats helt anser förvaltningsrätten inte att det rör sig om ett sådant uppenbart fel som Turebergs Åkeri haft rätt att komplettera efter anbudstiden löpt ut. De uppgifter som kommunen inhämtat efter anbudstiden löpt ut ska således inte beaktas. Detta leder förvaltningsrätten till slutsatsen att kommunens åtgärd att godta Turebergs Åkeris anbud inte varit förenligt med likabehandlingsprincipen.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Markona framställt i sin begäran om överprövning. Eftersom Turebergs Åkeris anbud godtagits och Markonas anbud varit rangordnat på andra plats har bolaget lidit, eller riskerat att lida, skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Då kommunens handlande inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse en möjlig och tillräcklig åtgärd. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse

har gjorts i form av en ny utvärdering, där anbud från Turebergs Åkeri inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av förvaltningsrättsnotarien Erik Sjulander.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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. 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 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 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.

