



SÖKANDE

Normans i Jönköping AB, 556505-6719

Ombud: Advokat Pernilla Larsson och Advokat Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB

MOTPARTER

1. Kristianstads kommun

2. Sweden Demolition i Väckelsång AB, 559084-8254

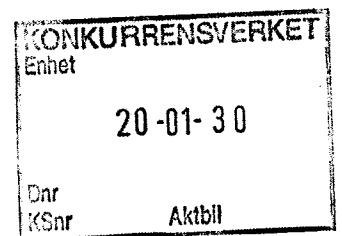
Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
Advokatfirman Glimstedts Växjö AB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LVU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Normans i Jönköping AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Kristianstads kommuns upphandling om totalentreprenad av rivning av byggnader m.m. i Sommarlust i Kristianstads kommun TN 2018/2646, får avslutas först sedan rättelse gjorts på sådant sätt att ny anbudsutvärdering genomförs: Vid den nya anbudsutvärderingen får inte anbudet från Sweden Demolition i Väckelsång AB delta.



BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför upphandling avseende totalentreprenad av rivning av byggnader m.m. i Sommarlust i Kristianstads kommun (TN 2018/2646). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut tilldelades Sweden Demolition i Väckelsång AB kontrakt.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Normans i Jönköping AB (Normans) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från den vinnande anbudsgivaren förkastas och inte tillåts delta i utvärderingen.

Till stöd för sin talan anför Normans bl.a. följande. Av AFB.52 framgår att kommunen har uppställt ett antal obligatoriska s.k. ska-krav vad gäller en anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kravet vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet innefattar ett krav på referensuppdrag. Av kravet framgår bl.a. att entreprenören ska ha genomfört ten rivningsentreprenad med en kontraktssumma om minst 500 000 kr exklusive moms. Av kommunens utvärderingsrapport framgår dock att den vinnande anbudsgivaren åberopat ett referensuppdrag som endast har en kontraktssumma om 496 000 kr. Vidare framgår att kommunen valt att bortse från denna ska-kravsbrist med hänvisning till att det vore oproportionerligt att förkasta anbudet då kravet nästan är uppfyllt.

Av tydlig och entydig praxis framgår dock att det inte finns någon möjlighet att bortse från uppställda ska-krav med hänvisning till proportionalitetsprincipen. Den s.k. likabehandlingsprincipen ställer istället upp ett krav på att en upphandlande myndighet strikt ska upprätthålla de krav som ställts på anbudsgivare och deras anbud. Även den s.k. transparensprincipen ställer krav

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

på att en upphandlande myndighet ska agera på ett öppet sätt och att en upphandling ska präglas av förutsebarhet. Det finns alltså ingen möjlighet att avstå från att tillämpa ett obligatoriskt krav, med förvändningen att kravet är oproportionerligt eller nästa är uppfyllt. Sweden Demolition i Väckelsång AB:s anbud skulle därmed rätteligen ha förkastats och inte tillåtits delta i utvärderingen. Normans har i upphandlingen utvärderats som tvåa och har därför uppenbarligen lidit skada av bristerna i upphandlingen.

Kristianstads kommun anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt krav på referensuppdrag i syfte att bedöma anbudsgivarnas kapacitet och förmåga att genomföra kontraktet. I anbudet från Sweden Demolition i Väckelsång AB har angivits att kontraktssumman för referensobjektet uppgick till 496 000 kr. Kravet som beskrivs i AFB.52 är bl.a. att entreprenören ska ha genomfört en rivningsentreprenad med kontraktssumman om minst 500 000 kr exklusive moms.

Skillnaden om 4 000 kr i kontraktssumman i åberopat referensuppdrag mot ställt krav har av kommunen bedömts inte ha någon inverkan på Sweden Demolition i Väckelsång AB:s erfarenhet av rivningsentreprenader eller förmåga att genomföra kontraktet, som kommunen efterfrågar. Referensuppdraget som de angivit omfattade likvärdiga moment som det uppdrag som nu upphandlas. Kontraktssumman utgör ett av flera kriterier för referensuppdraget. Övriga uppfylls.

Det är självklart för kommunen att de grundläggande principerna ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen, däribland proportionalitetsprincipen. I upphandlingens utvärderingsfas innebär proportionalitetsprincipen bl.a. att en uppgift som diskvalificerar en anbudsgivare måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig be-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

tydelse. I aktuell upphandling hade det varit felaktigt att diskvalificera vinnande anbud på den försumbara skillnaden i kravet på kontraktssummor som nu är fallet. Det hade varit ett oproportionerligt agerande från kommunens sida om leverantören uteslutits på grund av detta. Därmed har kommunen haft stöd för att tilldela kontraktet på det sätt som skett.

Kommunen har agerat enligt öppenhets- eller transparensprincipen bland annat genom att beskriva vilka överväganden kommunen gjort i anbudsutvärderingen som tillställts de som lämnat anbud i upphandlingen. Kommunen har där mycket tydligt beskrivit att beloppsgränsen inte har uppnåtts av vinnande anbud och har öppet redovisat detta både vad avser faktauppgiften och motiven för kommunens ställningstagande. Sammantaget har principerna för offentlig upphandling iakttagits. Bestämmelserna i LOU har därmed inte åsidosatts.

Sweden Demolition i Väckelsång AB (SDV) anser att ansökan ska avslås och att SDV:s anbud inte ska förkastas. SDV anför i huvudsak följande. Det är riktigt att kommunen ställt krav på att entreprenören ska ha genomfört en rivningsentreprenad med en kontraktssumma om minst 500 000 kr. SDV menar att detta krav kan anses uppfyllt, och att detta med anledning av att kontraktsvärdet på referensobjekt överstiger 500 000 kr vid beaktande av ändrings- och tillägsarbeten. I referensprojektet uppgick ändrings- och tillägsarbeten till 95 600 kr, ex moms. Vid beaktande av dessa ändrings- och tillägsarbeten uppfyller SDV:s referensobjekt det aktuella kravet. Anbudstiden har visserligen löpt ut, men kommunen har i egenskap av upphandlande myndighet i ett sådant skede möjlighet att med stöd av LOU tillåta ett förtydligande av lämnade anbud. Kravet var uppfyllt vid tiden för anbudsgivandet. SDV:s förtydligande rörande referensobjektets kontraktsvärde ska beaktas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Även om värdet på ändrings- och tilläggsarbete rörande referensobjektet inte skulle beaktas, så ska anbudet ändå inte diskvalificeras. Syftet med kravet har varit att kommunen skulle kunna bedöma leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det av SDV åberopade referensobjektet innehåller samtliga efterfrågade uppgifter och måste anses utgöra tillräckligt underlag för att SDV ska anses ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska styrkas med referensprojektet, en kapacitet som inte heller ifrågasätts.

Vidare rör det sig om en oväsentlig och bagatellartad skillnad i värde (4 000 kr). Kravet på 500 000 kr är under rådande omständigheter orimligt att framhärda och det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta SDV:s anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet. Mellanskillnaden om 4 000 kr på referensprojektet är av oväsentlig betydelse och kan inte anses vara relevant för den aktuella upphandlingen. Ett förkastande av SDV:s anbud skulle inte stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvats med upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla 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.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna eller inte vilja uppfylla kravet avstår från att lämna anbud (jfr. HFD 2016 ref. 37 I och II).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har i de administrativa föreskrifterna AFB.52 bl.a. uppställt krav på att entreprenören ska ha genomfört en rivningsentreprenad med en kontraktssumma om minst 500 000 SEK exklusive moms.

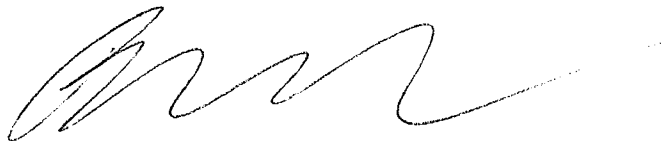
SDV har i sitt anbud angett ett referensobjekt med en kontraktssumma om endast 496 000 kr. Kommunen har godtagit anbudet och anfört att det får anses vara oproportionerligt att förkasta anbudet eftersom det är uppenbart att bolaget har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att genomföra uppdraget.

Det aktuella obligatoriska kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen. Genom att godta anbudet från SDV har kommunen handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Vad kommunen och SDV anfört förändrar inte denna bedömning. Då Normans till följd av kommunens agerande har lidit eller riskerat att lida skada föreligger grund för ingripande i upphandlingen. Upphandlingen ska därmed rättas genom att förnyad anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från SDV inte får beaktas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)



Bertil Idarsson

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.