



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-10-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22875-14

KONKURRENSVERKET	
2014 -10- 2 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Svenska Sportsbygg AB, 556252-6516
Box 1143
131 26 Nacka Strand

MOTPART

Täby kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur.kand. Styrmir Olafsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 540305

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Bakgrund, yrkande och inställning

Täby kommun genomför upphandlingen Skarpängsskolan; markarbeten för konstgräs samt anläggning av konstgräs på bollplan (KFA 2014/40-26). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsgrund är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 18 september 2014 beslutade Täby kommun att anta annan leverantör än Svenska Sportsbygg AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och får anses yrka att upphandlingen ska rättas. Som grund för yrkandet anför bolaget bl.a. följande. Två av vinnande anbuds referenser uppfyller inte ställda obligatoriska krav i upphandlingen varmed det i vinnande anbud endast finns tre stycken godkända referenser. Eftersom krav har ställts på fem stycken godkända referenser så borde vinnande anbud inte ha kvalificerat sig för utvärdering. Bolaget ska därför tilldelas projektet eftersom bolaget uppvisar lägst pris bland de företag som uppfyller alla de obligatoriska krav som kommunen ställt i sin tekniska beskrivning.

Täby kommun bestrider bifall till bolagets ansökan och anger som grund för sin inställning bl.a. följande. Kommunen har haft fog för att godta de av vinnande leverantör lämnade referenserna och har således inte överträtt någon bestämmelse i LOU. För det fall att bolagets restriktiva syn gällande referenser skulle ha anlagts så skulle även tre av bolagets inlämnade referenser inte ha uppfyllt ställda krav och bolagets anbud förkastats. Därmed anser kommunen att bolaget under alla förhållanden inte har lidit skada och inte heller riskerar att lida skada till följd av att vinnande anbud antagits.

Vad bolaget anför till stöd sin talan

I vinnande anbud anges att referens 4 har färdigställandedatum den 10 oktober 2014, dvs. 26 dagar efter sista inlämningsdatum. I upphandlingsföreskrifterna, punkt AFB.52, står det att referensuppdrag ska vara genomförda och avslutade under de senaste tre åren före senaste inlämningsdatum. Vinnande anbud uppfyller inte detta krav och bör inte gå vidare till utvärdering. Man måste anta att "avslutade" innebär innan anbudstiden går ut eftersom referensen annars inte är utvärderingsbar.

I referens 5 har vinnande anbud använt en 5-manna konstgräsplan med anbudssumma på 650 000 kr. I upphandlingsföreskrifterna punkt AFB.52 står det att referensuppdrag ska motsvara typ och omfattning lika Skarpängsskolan samt innefatta markarbeten till konstgräsplan och installation av konstgräs. Omfånget på Skarpängsskolan är en 11-mannaplan och då måste kommunens krav avse arbeten med 11-mannaplan som referens och ingenting annat. Denna referens uppfyller därmed inte heller ställda krav. Eftersom det i vinnande anbud endast har angetts tre stycken godkända referenser så skulle anbudet inte ha kvalificerat sig för utvärdering. Det finns inte något skäl för kommunen att favorisera en leverantör och lätta upp dessa krav. Kraven och utvärderingen i en upphandling måste vara transparenta och möjliga att förutse.

Täby kommuns utvecklande av talan

I aktuellt avsnitt i förfrågningsunderlaget anges följande:

AFB.52 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra uppdraget i enlighet med detta förfrågningsunderlag.

Anbudsgivare ska ange och till anbudet bifoga fem referensuppdrag, genomförda och avslutade under de senaste tre åren. Båda referensuppdragen ska avse markarbeten för konstgräs samt anläggning av konstgräs av motsvarande typ och storlek som Skarpängsskolan. Referenserna kan komma att användas för att styrka att anbudsgivaren är verksam inom det aktuella området och har förmåga i form av yrkeskunnande och erfarenhet. Om anbudsgivaren har eller har haft

uppdrag för Täby kommun ska en av referenterna vara Täby kommun och den kontaktperson ni har utfört mest uppdrag för.

Anbudsgivare har alltså haft att ge in referensuppdrag som visar på erfarenhet av liknande arbeten. Dessa ska ha genomförts och avslutats under de senaste tre åren.

När det gäller den referens som bolaget menar inte är av motsvarande typ och omfattning ska följande noteras. Av förfrågningsunderlaget framgår följande i fråga om omfattningen av arbetena:

AFA.21 Översiktlig information om objektet

Entreprenaden omfattar markarbeten inför läggning av konstgräs på bollplan samt anläggning av 3-4:e generationens konstgräs för konstgräsplan.

AFC.1 Omfattning

Anläggning av konstgräsplan avsedd för breddfotboll och bollsporter i enlighet med bifogad rambeskrivning. Konstgräsplan ska klara test av FIFA-certifierat testinstitut. Entreprenaden omfattar konstgräs och linjemarkeringar för fotbollsplan samt skötsel och underhållsarbeten under en period om fem år.

Omfattningen i detalj framgår av handlingar angivna under AFB.22.

När det kommer till typ och storlek av arbetena är således det centrala att det är fråga om markarbeten och anläggning av en plan avsedd för bollsport på ett underlag som är godkänt för breddfotboll. Det kan därför konstateras att även en referens avseende en s.k. 5-mannaplan uppfyller kraven på referens, förutsatt att underlaget är det rätta vilket det också är i förevarande fall. Någon specifikation om att det ska röra sig om en 11-mannaplan står inte att finna i förfrågningsunderlaget. Skillnaden i anläggningshänseende är minimal mellan en 5-mannaplan och en 11-mannaplan. Att ytan för den mindre typen av bollplan inte är exakt lika stor som för den större typen saknar således relevans vid bedömning av hela anläggningens storlek och omfattningen av entreprenadarbetena. Typ och storlek är med andra ord helt jämförbara trots vissa skillnader i bollplanernas yta.

När det kommer till det referensuppdrag som bolaget menar inte är avslutat får följande anföras. Visserligen anges att referensuppdragen ska vara genomförda och avslutade under de senaste tre åren. Det är däremot inte angivet att uppdragen ska vara avslutade före senaste inlämningsdatum, såsom bolaget anger. Kravet innebär att referensuppdraget ska vara avslutat senast inför den tidpunkt då det upphandlade kontraktet ska igångsättas. Det kan vidare konstateras att avslutandet av arbetet för det aktuella referensuppdraget ligger i en omedelbar närtid, den 10 oktober 2014. Detta innebär att referensuppdraget i alla relevanta avseenden kan likställas med avslutat uppdrag. Uppdraget befinner sig i sitt absoluta slutskede. De besked som kan lämnas av referenspersonen är därför i detta fall på samma nivå som om uppdraget vore helt avslutat.

Även om domstolen mot förmodan skulle finna att det finns fog för bolagets uppfattning så vore ett förkastande av vinnande anbud opropor­tionerligt. Följden av ett sådant agerande skulle vara för ingripande i förhållande till den minimala avvikelser från formkravet som görs gällande.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna 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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på

vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört hos förvaltningsrätten finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Den upphandlande myndigheten har stor frihet att formulera kraven i förfrågningsunderlaget utifrån sina behov så länge kraven är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU. Kraven ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Även den upphandlande myndigheten ska tolka kraven på samma sätt under hela förfarandet. Detta följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande anbud förkastas och inte tas upp till utvärdering. Bolagets anbud skulle därmed ha lägst pris bland kvarvarande leverantörer och skulle antas. Som grund för sitt yrkande anför bolaget att vinnande anbuds referensuppdrag 4 och 5 inte uppfyller varsitt obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget. Täby kommun har inte ifrågasatt att dessa båda aktuella krav är obligatoriska.

Gällande referensuppdrag 5, som avser en 5-mannaplan, anför bolaget att denna referens inte uppfyller kravet på att vara av samma typ och storlek eftersom aktuell entreprenad avser en 11-mannaplan.

I förfrågningsunderlaget anges att entreprenaden omfattar markarbeten inför läggning av konstgräs på bollplan samt anläggning av konstgräs för konstgräsplan avsedd för breddfotboll och bollsporter. Det anges vidare att referensuppdragen ska vara av motsvarande typ och storlek som Skarp-ängsskolan. Något krav på att referensuppdraget ska gälla just en 11-mannaplan har dock inte ställts. Förvaltningsrätten delar Täby kommuns uppfattning att det faktum att referensuppdragets bollplan inte är exakt lika

stor saknar relevans vid bedömningen av hela anläggningens storlek och omfattningen av entreprenadarbetena. Det obligatoriska kravet är således uppfyllt och Täby kommun har rätteligen godkänt detta referensuppdrag.

Gällande referensuppdrag 4 anför bolaget att denna referens inte uppfyller kravet på att vara genomfört och avslutat under de senaste tre åren.

I de administrativa föreskrifterna punkt AFB.33 anges att anbud ska vara beställaren tillhanda senast den 16 september 2014. I aktuellt avsnitt AFB.52 anges att referensuppdragen ska vara genomförda och avslutade under de senaste tre åren utan närmare specifikation om när de senast ska ha avslutats. Bolaget anför att man måste anta att "avslutade" innebär innan anbudstiden går ut eftersom referensen annars inte är utvärderingsbar. Tolkningen att referensuppdragen ska vara avslutade innan anbudstiden går ut är i och för sig en logisk tolkning av lydelsen men detta är inte angett. Täby kommun anför att kravet innebär att referensuppdraget ska vara avslutat senast inför den tidpunkt då det upphandlade kontraktet ska igångsättas men detta är inte heller angett. Såsom kravet är ställt "genomförda och avslutade under de senaste tre åren" utan närmare specifikationer är det dock enligt rättens mening rimligt att ett referensuppdrag som avslutas den 10 oktober 2014 kan anses uppfylla syftet med detta krav. Såsom Täby kommun konstaterat kan detta referensuppdrag nämligen i alla relevanta avseenden likställas med ett avslutat uppdrag eftersom det befinner sig i sitt absoluta slutskede och referenspersonen kan lämna besked med motsvarande tillförlitlighet som om uppdraget vore helt avslutat. Bolaget har inte heller ifrågasatt detta.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark).

Proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. En uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse. Det kan därför anses vara oproportionerligt att förkasta ett anbud till följd av oväsentliga och irrelevanta avvikelser från obligatoriska krav (jfr Kammarrätten i Stockholm mål nr 1547-14).

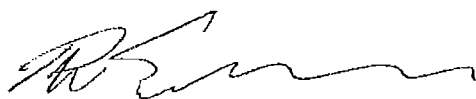
Eftersom vinnande anbuds referensuppdrag 4 uppfyller syftet med det angivna kravet att vara genomfört och avslutat under de senaste tre åren får den brist på likabehandling av leverantörerna som ett godkännande av referensen innebära anses vara försumbar och godtagbar i sammanhanget.

Även detta referensuppdrag har därmed rätteligen godkänts av Täby kommun.

Sammanfattningsvis har Täby kommun således inte handlat i strid mot de principer som bär upp LOU. Det saknas därmed grund för ingripande med stöd av denna lag. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson

Rådman

Föredraganden Anna Cederberg har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten 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 kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten 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 kammarrätten 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 nå 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 kammarrätten.
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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

