



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2020-02-10
Meddelad i Malmö

Mål nr
12785-19

SÖKANDE

VBA Syd AB, 559003-8823

Ombud: advokaten Mattias Wiklund och biträdande juristen
Johanna Peterson Tell
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB

MOTPART

Lunds kommun

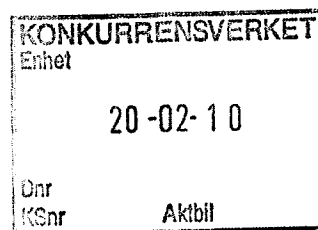
Ombud: advokaten Per-Ola Bergqvist och biträdande juristen Sara Öwall
Foyen Advokatfirma KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår VBA Syd AB:s ansökan om ingripande enligt
LOU.



Dok.Id 546238

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Lunds kommun genomför en upphandling av utförandeentreprenad avseende Kunskapsparken etapp 1, Brunnsberg (dnr KS 2019/0247). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Lunds kommun beslutat att anta anbudet från Barslund Sverige AB. Anbudet från VBA Syd AB förkastades med motiveringen att det inte uppfyllde kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

VBA Syd AB (VBA) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. VBA anför bl.a. följande.

Såvitt tilldelningsbeslutet kan förstås gör kommunen gällande att VBA:s anbud varit bristfälligt i tre avseenden: (i) krav på referensprojekt park till styrkande av företagets erfarenhet, (ii) krav på erfarenhet av offererad person för uppdraget som BAS-U samt (iii) krav på offererad person för uppdraget som platschef.

VBA har offererat en person som BAS-U för projektet. Samma underlag för BAS-U lämnades av VBA i en annan av kommunens upphandlingar med i princip identisk kravställning, utan att anbudet förkastades. I VBA:s anbudsformulär anges referensprojekten Åkerbruket etapp 1 och Åkerbruket etapp 2 under BAS-U. Båda entreprenaderna uppfyller det ställda kravet på en likvärdig entreprenad. Dessa referensprojekt framgår även av CV för BAS-U. Enbart det faktum att uppdraget återopats som referensprojekt på avsedd plats är att jämföra med en bekräftelse av att han haft rollen som BAS-U. Om kommunen hade anledning att ifrågasätta att den offererade

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

personen haft uppdrag som BAS-U i referensprojekten hade det ålegat kommunen att utreda saken närmare, t.ex. genom att ställa en kompletterande fråga till VBA eller genom att kontakta angivna referenspersoner för de berörda projekten. Det skulle inte vara fråga om någon otillåten komplettering att inhämta förtydligande från VBA.

VBA har offererat samma person som platschef för projektet. Samma referenser har tidigare lämnats i en av kommunens upphandlingar, utan att anbudet förkastades. I VBA:s anbudsformulär anges referensprojekten Åkerbruket etapp 1 och Åkerbruket etapp 2. Av Åkerbruket etapp 1 framgår att entreprenadens konstruktionstid löpte mellan 2015 och 2016. Det borde således stå klart att referensprojektet färdigställts inom den tioårsperiod som fordras. Om avsaknaden av datum för slutbesiktning eller annan omständighet gett kommunen anledning att ifrågasätta detta har det ålegat kommunen att utreda saken närmare, vilket inte skulle utgöra en otillåten komplettering.

Kommunen har, genom att förkasta fyra av sex anbudsgivare, utformat ett sådant bristfälligt förfrågningsunderlag att anbudsgivarna inte haft möjlighet att inkomma med formellt godtagbara anbud i upphandlingen. Kommunens agerande, att förkasta ett anbud som uppenbart uppfyller de ställda materiella kvalificeringskraven och istället tilldela kontrakt till anbudsgivare som offererat ett avsevärt högre pris, kan inte uppfattas som annat än en oproportionerligt strikt tolkning av LOU.

Lunds kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har i tilldelningsbeslutet angett att VBA brustit avseende Referensprojekt park. Detta skulle rätteligen inte ha angetts avseende VBA eftersom kommunen vid kontroll kunnat bekräfta att VBA:s uppgifter i denna del varit riktiga. Detta saknar dock helt betydelse eftersom VBA:s

anbud rätteligen förkastats på grund av bristande uppfyllnad av skall-krav.

Det framgår varken av CV för den offererade platschefen eller av bilagorna för respektive referensprojekt att han har arbetat som BAS-U i likvärdig entreprenad tidigare. Det ifrågasätts inte att de referensprojekt som åberopats uppfyller angivna krav men detta saknar betydelse vid anbudsutvärdering eftersom det av anbudshandlingarna inte har framgått att referensprojekten avsett just offererad BAS-U:s erfarenhet. Hur kommunen agerat i en tidigare upphandling saknar helt betydelse för prövningen av förevarande mål.

Gällande Platschef är det endast kravet avseende angivande av datum för slutbesiktning som VBA inte uppfyllt. VBA har i ansökan anfört att det av anbudshandlingarna framgår konstruktionstid för respektive entreprenad som åberopas som referens. Oaktat detta saknas det dock uppgift om datum för slutbesiktning, vilket vitsordas av VBA. Även om det finns ett begränsat utrymme för upphandlande myndigheter att begära komplettering eller förtydligande finns det inte någon skyldighet att begära detta.

Kommunen bestrider att förfrågningsunderlaget skulle innehålla några otydliga formuleringar. Flera anbudsgivare har brustit gällande att utforma sina anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget trots att det innehåller alltigenom tydliga föreskrifter om vad som ska redovisas. Det förhållandet att ett flertal anbudsgivare inte varit omsorgsfulla nog vid upprättande av sina anbud får följden att kommunen varit nödgad att förkasta dessa anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlingsdokumenten i nu aktuella delar

Av punkten AFB.52, gällande krav på tekniskt och yrkesmässig kapacitet, framgår bl.a. följande.

BAS-U

Anbudsgivaren ska namnge utsedd BAS-U i sitt anbud. Utsedd BAS-U ska uppfylla följande kompetenskrav:

- Utsedd BAS-U ska ha genomgått utbildning till BAS-U. Utbildningsbevis ska bifogas anbudet.
- BAS-U ska ha arbetat som BAS-U i minst en likvärdig entreprenad tidigare vilket ska påvisas i CV. Med likvärdig entreprenad avses en entreprenad där kontraktsvärdet uppgår till minst 40 % av det fastpris som anbudsgivaren avger i sitt anbud för den i upphandlingen aktuella entreprenaden. Kontraktsvärdet ska framgå.
- CV för BAS-U ska bifogas anbudet.

Verifiering

- A ska i anbudsformulär ange namn på BAS-U
- Bifoga CV och utbildningsintyg
- Referensprojekt ska anges i anbudsformuläret
- Kontaktuppgifter (namn, tfn och e-post) till beställarens kontaktperson för referensprojekten
- Entreprenadsumma

- Kort beskrivning av projektet som verifierar att kraven enligt ovan uppfylls
- Genomförandeår och datum för slutbesiktning för referensprojektet.

Platschef

Platschef ska ha arbetat som platschef i minst fem år.

Platschef ska ha genomfört minst två likvärdiga entreprenader. Med likvärdig entreprenad avses en entreprenad där:

- Kontraktsvärdet uppgår till minst 20 % av det fastpris som anbudsgivaren avger i sitt anbud för den i upphandlingen aktuella entreprenaden.
- Entreprenaderna ska vara utfört under de senaste tio åren räknat från avgivandet av anbudet och vara avslutade och slutbesiktigade (godkända).
- Anläggande av en kommunalägd park (avvattningsytor/grönstråk längs gator och innersgårdsmiljöer godkännes ej som park).
- Anlagd park ska ha inkluderat utrustning för uteaktiviteter så som för gym eller lekplats.
- Anlagd park ska ha inkluderat dagvattenanläggning av typ dagvattendamm eller likvärdigt.

Verifiering

- A ska i anbudsformulär ange namn på platschef och arbetslivserfarenhet
- Bifoga CV
- Referensprojektet ska anges i anbudsformuläret
- Kontaktuppgifter (namn, tfn och e-post) till beställarens kontaktperson för referensprojekten
- Entreprenadsumma
- Kort beskrivning av projektet som verifierar att kraven enligt ovan uppfylls
- Genomförandeår och datum för slutbesiktning för referensprojektet.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Parterna i målet är numera ense om att VBA:s anbud uppfyller kraven som ställts avseende Referensprojekt park. Ansökan om överprövning i denna del föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrätten.

VBA gör gällande att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget är bristfälligt när det gäller utformningen av kraven avseende offererad platschef respektive BAS-U.

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten anser att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vilka krav som ställs avseende platschef och BAS-U samt hur dessa krav ska verifieras. Enligt förvaltningsrättens mening får förutsättningarna för upphandlingen således anses tillräckligt tydligt utformade i nu aktuella avseenden för att varje anbudsgivare ska kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Att flera anbud har förkastats föranleder inte en annan bedömning.

VBA gör även gällande att upphandlingen ska rättas eftersom bolaget uppfyller samtliga krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

VBA har i sitt anbud avseende offererad platschef angett referensprojektet Åkerbruket etapp 1. Datum för slutbesiktning av detta projekt har inte angetts. VBA menar att det borde stå klart att projektet färdigställts inom den tioårsperiod som fordras då det framgår att entreprenadens konstruktionstid löpte mellan 2015 och 2016. Vidare menar VBA att det har ålegat Lunds kommun att utreda saken närmare om datum för slutbesiktning saknades.

Enligt 4 kap. 10 § LOU ska en upphandlande myndighet innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten. Med detta avses exempelvis minimikrav och andra villkor som ställts upp och som alla anbud måste uppfylla för att komma i fråga för att bli antagna (se prop. 2015/16:195 s. 979). I enlighet med likabehandlingsprincipen får en upphandlande myndighet inte anta anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven (jfr HFD 2016 ref. 37 I-II).

VBA har inte angett datum för slutbesiktning för det aktuella referensprojektet vilket enligt punkten AFB.52 ska redovisas i anbudet. Enligt förvaltningsrätten framgår det därmed inte av anbudet att samtliga uppställda krav gällande teknisk och yrkesmässig kapacitet är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser inte heller att det framgår av VBA:s anbud eller bilagor att offererad BAS-U har arbetat som BAS-U i likvärdig entreprenad tidigare. Att samma underlag godtagits i en annan av kommunens upphandlingar föranleder inte en annan bedömning. Någon utredningsskyldighet för en upphandlande myndighet föreligger inte när sådana obligatoriskt krav inte är uppfyllda. Lunds kommun har således haft fog för att förkasta anbudet från VBA.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att de omständigheter VBA åberopat i målet inte visar att Lunds kommun har agerat i strid med bestämmelserna i LOU eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte. VBA:s ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Marie Nilsson 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 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 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 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.