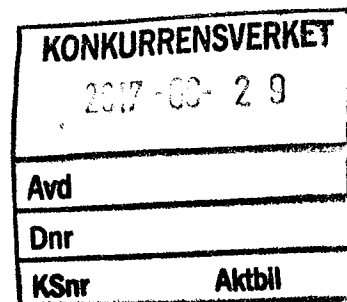




**SÖKANDE**

BCA Entreprenad AB, 556411-0848

Ombud: advokaten Stefan Gustavsson  
Advokatfirman Fylgia KB  
Box 55555  
102 04 Stockholm



**MOTPARTER**

1. Lunds kommun

Ombud: upphandlingsjuristen Delia Ander  
Box 41  
221 00 Lund

2. VBA SYD AB

Ombud: advokaten Mattias Wiklund  
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
Box 4501  
203 20 Malmö

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller BCA Entreprenad AB:s ansökan och förordnar att Lunds kommuns upphandling av ”Utförande av byggator, park med gång- och cykelvägar samt VA-arbeten inom exploateringsområdet Hasslanda III i södra Lund” får avslutas först sedan rättelse har skett genom förnyad anbudsvärdering. Vid den förnyad anbudsvärderingen får anbudet från VBA SYD AB inte beaktas.

---

## BAKGRUND

Lunds kommun genomför med ett förenklat en upphandling av ”Utförande av byggator, park med gång- och cykelvägar samt VA-arbeten inom exploateringsområdet Hasslanda III i södra Lund.”

Av tilldelningsbeslut den 10 maj 2017 framgår att Lunds kommun beslutat att anta anbudet från VBA SYD AB (VBA).

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNINGAR

**BCA Entreprenad AB** (BCA) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut och besluta om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från VBA inte tas upp till prövning.

Som grund för sin talan anför BCA bl.a. följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget för upphandlingen angett krav på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet vid kod AFB.52. Beträffande krav som ställs på företaget anges att referensuppdrag ska lämnas. Kravet lyder som följer.

*”Referensprojekt för företaget*

[Anbudsgivarens] organisation skall ha kompetens och erfarenhet av projekt som i innehåll, storlek och komplexitet är likvärdigt med det i förfrågningsunderlaget redovisade projektet.

[Anbudsgivaren] skall ha tidigare erfarenhet av ett liknande uppdrag som upphandlingen avser.

Med liknande uppdrag avses:

”Entreprenad omfattande mark- gatu- och va- arbete för exploatering som är avslutat och med godkänd slutbesiktning. Entreprenadens totalkostnad ska uppgå till minst 75 procent

av [Anbudsgivaren]s offererade anbudssumma och skall vara utfört under de senaste fem åren räknat från avgivandet av anbudet.”

Kommunen har således ställt krav på referensprojekt att det ska vara avslutat och med godkänd slutbesiktning. Entreprenadens totalkostnad ska uppgå till minst 75 procent av anbudsgivarens offererade anbudssumma.

För att ett referensuppdrag för anbud med den av VBA offererade anbudssumman ska uppfylla ställt krav ska referensuppdragets totalkostnad uppgå till minst 16 102 500 kr. VBA har i sitt anbud som referensprojekt för företaget angett ett projekt, ”SFI området Svedala” och angett entreprenadens totalkostnad till 17,9 Mkr. I beskrivning av uppdraget i VBA:s anbud anges kontraktssumman 16 MSEK. Totalkostnad för den av kommunen godtagna delen av den av VBA åberopade referensentreprenaden uppgår till 15 326 105 kr och anbudet ska därför förkastas.

**Lunds kommun** bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Lunds kommun uppfattning är att utvärderingen är korrekt. Kommunen har i beräkningen summerat kostnader för arbeten utförda t.o.m. den dag anbudet lämnades in (26 april 2017). Fakturerat enligt betalningsplan är 12 338 972 kr. Därtill adderas betalda ÄTA-arbeten enligt ÄTA-lista, dvs. 3 472 554 kr samt ÄTA-arbeten utförda före den 26 april men vid tidpunkten ännu inte betalda, dvs. 297 111 kr. Totalsumman blir 16 108 637, vilket utgör 75,03% av anbudssumman. Referensuppdragets totalkostnad motsvarar således kraven i förfrågningsunderlaget och därmed är VBA kvalificerat i utvärderingen.

**BCA** anför därefter bl.a. följande. Det framgår klart av den av kommunen ingivna betalningsplanen att det som av VBA åberopade referensprojektet innefattar arbeten, vars utförande sträcker sig långt efter anbudstidens utgång. Referensprojektet uppfyller således inte kravet på att vara avslutat. Det strider mot principerna om transparens och likabehandling att inte upp-

rätthålla det ställda kravet på att referensobjekt ska vara avslutade. Redan av det skälet ska VBA:s anbud rätteligen förkastas.

Lunds kommun anger att kommunen gjort bedömningen att de delar av referensuppdraget som är avslutade och slutbesiktigade inom uppdraget utgör en helt godtagbar referens.

Även med bortseende från det ställda kravet att referensuppdrag ska vara avslutade brister VBA:s anbud i kravuppfyllelse. Slutbesiktningar har utförts av delar av den av VBA åberopade entreprenaden. Vid slutbesiktning godkändes vissa utförda arbeten den 29 september 2016. Andra utförda arbeten bröts därvid ut och omfattades istället av en förbesiktning. Enligt uppgift från Svedala kommun (beställaren) har arbeten godkänts vid en slutbesiktning den 9 december 2016. Därefter har inga slutbesiktningar hållits fram till den 26 april 2017. Endast arbeten som är avslutats och godkänts vid slutbesiktning kan innefattas enligt ställda krav i upphandlingen. Kostnader för arbeten utförda efter den 9 september 2016 kan under alla förhållanden inte beaktas vid bedömning av totalkostnad för referensobjektet.

Den sammanställning över ÄTA-arbeten som kommunen i efterhand har inhämtat från VBA ("ÄTA-listan") omfattar fr.o.m. position 25 arbeten som VBA har anmält behov av under 2017. VBA har i sitt anbud angett att uppdraget utfördes under 2016. Arbeten utförda under 2017 innefattas inte i vad som i anbudet åberopats av VBA som referensuppdrag. Åberopande av referensuppdrag under 2017 utgör en otillåten komplettering av anbudet. Arbetena under 2017 omfattas inte heller av kravet på att vara godkända vid slutbesiktning och kan inte heller beaktas av det skälet. Det strider mot kravet på transparens och likabehandling att beakta positionerna 25-29 i ÄTA-listan vid bedömning av totalkostnad av uppdraget.

Position 28 och 29 i ÄTA-listan anges av kommunen avse ”upparbetat till den 26 april 2017”. Anmälningdatum är enligt listan 2017-05-11, således efter anbudstidens utgång. Det framgår inte heller av listan huruvida beställaren har godtagit att arbetena ska utföras som ÄTA-arbeten (och således medföra tillkommande ersättning till VBA). Det strider mot anbudsförutsättningarna enligt förfrågningsunderlaget och principerna om transparens och likabehandling att medge anbudsgivare att komplettera sitt anbud med referensuppdrag som uppkommit efter anbudstidens utgång. Arbetena är uppenbarligen inte heller vare sig avslutade eller godkända vid slutbesiktning innan anbudstidens utgång. Även med beaktande av endast den omständigheten att vad kommunen benämnt ”upparbetat till 26 april 2017” (297 111 kr) inte kan beaktas vid beräkning av totalkostnad för referensuppdraget uppgår den totalkostnad som kan beaktas rätteligen inte till minst 75 procent av anbudssumman (minst 16 102 500 kr i detta fall), vilket kommunen uppställt som obligatoriskt krav i upphandlingen.

Sammanfattningsvis innehåller VBA:s anbud inte referensuppdrag som är avslutat och därför ska förkastas. VBA:s beräkning av totalkostnaden för referensuppdraget innehåller därtill avgörande poster som inte kan beaktas med upprätthållande av principerna om likabehandling och transparens. Det av VBA åberopade referensuppdraget uppfyller vid en korrekt bedömning inte kravet på att totalkostnaden för referensuppdraget ska uppgå till minst 75 procent av den offererade anbudssumman och ska förkastas även av det skälet.

BCA:s anbud har placerat sig som näst mest fördelaktiga vid anbudsutvärderingen. Bolaget skulle således ha tilldelats kontrakt om inte upphandlingsfelet hade begåtts.

**Lunds kommun** anför därefter bl.a. följande. Kravet på att visa referenser syftar till att styrka företagets tekniska kapacitet att utföra uppdraget. Det

som är relevant är arbeten som de facto har utförts inom ramen för åberopat referensuppdrag. I och med att kostnaden för utförda arbeten uppgår till mer än 75 procent av anbudssumman saknas grund för att förkasta anbudet. Kommunen har gjort bedömningen att de delar som är avslutade och slutbesiktigade inom uppdraget utgör en helt godtagbar referens.

Bedömningen av vad som utgör liknande referenser görs i två steg.

Dels entreprenadens omfattning:

*"Entreprenad omfattande mark-, gatu- och va-arbete för exploatering som är avslutat och med godkänd slutbesiktning".*

Detta krav uppfylls med hänvisning till att de delar som slutbesiktigats innehåller mark- gatu- och va-arbeten.

Dels entreprenadens totalkostnad:

*"Entreprenadens totalkostnad ska uppgå till minst 75 % av anbudsgivarens offererade anbudssumma och skall vara utfört under de senaste fem åren räknat från avgivandet av anbudet."*

Detta krav uppfylls i och med att de utförda arbetena t o m anbudsdatum uppgår till 75,03 procent av angiven anbudssumma.

Kommunen har vid bedömningen av referenser utgått från uppgifterna som lämnades i anbudet. Dessa uppgifter har blivit ifrågasatta av BCA genom ansökan om överprövning och kommunen har i det sammanhanget gjort en fortsatt utredning av VBA:s inlämnade referenser där VBA Betalningsplan FSI Svedala 2016-10-14 och ÄTA-lista har lämnats in. Bilagorna utgör inte en komplettering av anbudet utan utgör en del av den utredning som initierats i samband med överprövningsprocessen. Kommunen har gjort bedömningen att de delar som är avslutade och slutbesiktigade är en helt godtagbar referens. Ansvarig bygglidare vid Svedala kommun har bekräftat att samtliga arbeten (16 108 637 kr) var utförda före den 26 april 2017 men dokumenterades efter påföljande byggmöte.

Sammanfattningsvis är referensprojektet utfört i all väsentlighet, med samtliga begärda arbetsmoment (mark-, gatu- och va-arbeten) och har slutbesiktigats. Anbudet kan därmed inte förkastas på den grunden. Totalkostnaden för referensuppdraget utgörs, vid anbudsämmandet, av de arbeten som entreprenören har utfört fram till den dag då anbudet lämnades. Denna kostnad uppgår till 16 108 637 kr vilket motsvarar 75,03 procent av angiven anbudssumma. Förutsättningar för ingripande enligt LOU finns därför inte. BCA:s ansökan om ingripande enligt LOU ska följaktligen avslås.

**VBA** bestrider BCA:s ansökan om överprövning av den aktuella upphandlingen och bl.a. följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget för upphandlingen ställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet för att säkerställa att de kvalificerade anbudsgivarna förfogar över sådana resurser och har en sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Kraven har i AFB.52 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget uttrycks som att anbudsgivarna ska ha kompetens och erfarenhet av projekt som i innehåll, storlek och komplexitet är likvärdigt med det i förfrågningsunderlaget redovisade projektet. Till förtydligande anges att anbudsgivarna ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag som upphandlingen avser samt vad som avses med liknande uppdrag. VBA har sådan erfarenhet som behövs för att fullgöra kontraktet enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Till styrkande av sin kapacitet uppgav VBA som referens ett projekt som bolaget genomfört under 2016-2017 för Svedala kommun, bestående av utförande av markarbeten för en SFI skola och en idrottsanläggning på totalentreprenad. Vid anbudstidpunkten, den 26 april 2017, hade VBA utfört mark- och VA-arbeten, vilka godkänkts vid besiktning den 29 september 2016 jämte ett antal ytterligare arbeten som godkänkts vid besiktning den 9 december 2016 samt ett antal s.k. ÄTA-arbeten som utförts och avslutats innan anbudstidpunkten. Som Lunds kommun kunnat konstatera vid kontak-

ter med Svedala kommun hade VBA utfört ÄTA-arbetena innan anbudstillfället. VBA har därefter anmält kostnaden för de utförda arbetena till Svedala kommun den 11 maj 2017. Det finns ingen information i målet som ens antyder att VBA inte skulle vara berättigat till ersättning för de nu aktuella ÄTA-arbetena eller att de presenterade kostnaderna på något sätt skulle vara stridiga mellan parterna. Värdet på de *de facto* utförda arbetena kan alltså inte bortses ifrån.

Vissa delar av uppdraget enligt totalentreprenadkontraktet mellan VBA och Svedala kommun hade dock ännu inte färdigställts vid anbudstillfället. Efter att VBA färdigställt de huvudsakliga mark-gatu- och VA-arbetena i projektet under 2016 har Svedala kommun påbörjat arbeten med uppförande av skola och idrottsanläggning. Innan dessa arbeten slutförts kan inte VBA utföra de arbeten som återstår enligt totalentreprenadkontraktet (framförallt ytterligare markarbeten i form av bärlager samt toppbeläggning jämte vissa planteringsarbeten). Som en del i VBA:s åtagande ska bolaget även ansvara för skötsel av markområdet t.o.m. år 2021.

I alla väsentliga avseenden är de återstående arbetena från ett tekniskt (och ekonomiskt) perspektiv klart avskiljbara arbeten som i princip hade kunnat utföras inom ramen för andra entreprenadkontrakt. Som Svedala kommun valt att upphandla arbetena åligger det dock VBA att återetablera på platsen under 2018 när kommunens arbeten avslutas för att utföra de återstående markarbetena. Enbart detta åtagandes existens kan inte innebära att de utförda arbetena inte kan anses avslutade i den mening som avses i förfrågningsunderlaget.

Vid anbudstillfället hade VBA utfört arbeten till ett sammanlagt värde om 16 108 637 kr, varav samtliga arbeten är avslutade samt av liknande natur som de arbeten som ska utföras för Lunds kommuns räkning. Det saknar därvid betydelse att VBA:s åtagande enligt totalentreprenadkontraktet mel-



Ian VBA och Svedala kommun innehåller ytterligare arbeten som VBA har att utföra vid ett senare tillfälle. BCA:s talan skulle i princip innebära att VBA inte har möjlighet att använda projektet som referensuppdrag innan VBA:s skötselåtaganden upphör under 2021 eftersom dessa ingår som en del i totalentreprenadkontraktet, vilket inte är en rimlig tolkning av förfrågningsunderlaget.

VBA ansluter sig till det som Lunds kommun har anfört i målet. Syftet med kravet på redovisning av referenser är att styrka företagets tekniska kapacitet att utföra uppdraget. Det som är relevant är arbeten som de facto har utförts inom ramen för åberopat referensuppdrag. BCA:s tolkning av det berörda kravet i upphandlingen är alldeles för långtgående och står inte i överensstämmelse med kravets syfte.

Det saknas anledning att ifrågasätta att VBA:s referensobjekt uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Vid anbudstillfället hade VBA utfört och avslutat (med godkänd slutbesiktning) arbeten som är relevanta till styrkande av bolagets erfarenhet av liknande uppdrag – nämligen utförande av mark-, gatu- och VA-arbeten. Värdet på referensprojektet, dvs. de arbeten som avslutats och slutbesiktigats jämte genomförda s.k. ÄTA-arbeten inom ramen för VBA:s uppdrag för Svedala kommun, uppgår till 75 procent av VBA:s anbudssumma i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget.

Referensprojektet uppfyller således kraven i AFB. 52 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget och Lunds kommun har således med rätta kvalificerat VBA:s anbud i upphandlingen.

VBA kan också konstatera att BCA:s påståenden om att Lunds kommun tillåtit någon form av otillåten komplettering från VBA är grundlösa. Kommunen har, sedan efter BCA:s grundlösa påståenden om brister i referens-

projektet, inhämtat ytterligare information till klargörande för referensprojektets omfattning, något som det stått kommunen fritt att göra.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

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

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

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

BCA gör i första hand gällande att VBA:s referensprojekt inte uppfyller kravet under kod AFB.52 i upphandlingsdokumenten på att referensprojektet/referensuppdraget ska vara avslutat.

Under kod AFB.52 i upphandlingsdokumenten anges att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av ett liknande uppdrag som upphandlingen avser och att referensprojektet ska anges i anbudsformuläret på visst sätt. Vidare preciseras liknande uppdrag som ”Entreprenad omfattande mark- gatu- och va-

arbete för exploatering som är avslutat och med godkänd slutbesiktning. Entreprenadens totalkostnad ska uppgå till minst 75 procent av [Anbudsgivaren]s offererade anbudssumma och skall vara utfört under de senaste fem åren räknat från avgivandet av anbudet.”

Kravet avseende referensuppdrag/referensprojekt i sig är inte ifrågasatt som oproportionerligt av sökanden och därmed inte något som omfattas av förvaltningsrättens prövning.

Det framgår tydligt av upphandlingsdokumenten att referensprojektet ska vara en entreprenad (omfattande vissa arbeten) som är avslutad med godkänd besiktning. Med entreprenad kan enligt förvaltningsrättens mening i det nu aktuella sammanhanget inte avses annat än en entreprenad som följer av ett kontrakt (jfr. Kammarrättens i Jönköping dom den 27 juni 2016 i mål nr 3262-15).

Det är ostridigt mellan parterna i målet att vissa delar av uppdraget enligt det totalentreprenadkontrakt mellan VBA och Svedala kommun som VBA åberopat som referensprojekt (SFI området Svedala) ännu inte hade färdigställts vid tidpunkten för anbudslämnandet. Entreprenaden ifråga var således inte avslutat med godkänd besiktning vid denna tidpunkt. VBA:s anbud uppfyller därmed inte ställda krav avseende referensprojekt. VBA:s anbud skulle således ha förkastats av Lunds kommun. Vad som anförts om att kostnaden för utförda arbeten uppgår till mer än 75 procent av anbudssumman och vad som övrigt anförts av kommunen och VBA förändrar inte denna bedömning.

Eftersom BCA:s anbud placerats som näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbud måste bolaget anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada till följd av att detta inte har skett. Grund för ett ingripande enligt LOU förelig-

ger därmed. Upphandlingen bör rättas genom att förnyad anbudsutvärdering genomförs, i vilken anbudet från VBA inte ska beaktas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Bertil Idarsson

Anna Aktermo har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.