



SÖKANDE

BCA Entreprenad AB, 556411-0848
Bernstorpsvägen 7
232 91 Arlöv

Ombud: Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

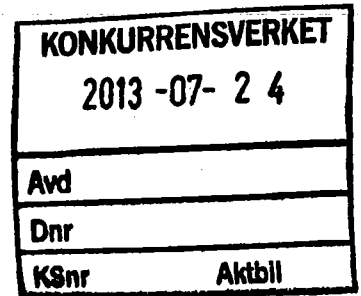
Ombud: Biträdande jurist Annika Andersson och
Advokat Johan Tollgerdt
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BCA Entreprenad AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Malmö stad genomför en upphandling av ombyggnad av yttre VA till duplikatsystem på Bergaskolan. Malmö stad beslutade den 23 maj 2013 att tilldela Futura Bygg & Anläggning totalentreprenaden.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

BCA Entreprenad AB (BCA) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen rättas på så vis att en ny utvärdering görs där anbudet från Futura Bygg & Anläggning inte beaktas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad bestrider bifall till BCA:s ansökan.

PARTERNAS ARGUMENTATION

BCA

Av anbudsöppningsprotokoll framgår att det sammanlagt inkommit sju anbud, att samtliga anbud kvalificerats till utvärdering, att Futura Bygg lämnat den lägsta anbudssumman om 1 290 000 kr samt att BCA varit näst lägst med 1 760 000 kr. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter har upptagits de krav som inlämnade anbud ska uppfylla för att kvalificeras till utvärderingen. I punkten AFB.512 har Malmö stad bl.a. som ett kvalificeringskrav angett följande. "Anbudsgivare skall i anbud ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. (...) Projektet ska ha omfattat objekt i samma storleksordning som detta." De referensobjekt som Futura Bygg har hänvisat till i sitt anbud är följande.

Referensobjekt 1 – genomfört under 2006

Referensobjekt 2 – genomfört under 2002 – 2008

Referensobjekt 3 – genomfört under 2012

Referensobjekt 4 – genomfört under 2006 – 2008

Enligt registreringsbevis för Futura Bygg har firman registrerats den 16 februari 2009. Det framstår därmed som uppenbart att det inte är Futura Bygg som utfört de referensobjekt som angetts i anbudet. Denna slutsats vinner även stöd av att innehavaren av Futura Bygg, Jimmie Andersson, inte haft någon inkomst från näringsverksamhet för tiden innan registrering av sin enskilda firma. Detta har framgått vid kontakter med Skatteverket. Det kan starkt ifrågasättas att referenser angetts i anbud som inte genomförts av den för anbudet aktuella anbudsgivaren. Även för det fall de angivna referenserna skulle vara arbeten som Jimmie Andersson gjort i egenkap av anställd hos annan eller på annat sätt ansvarat för, kan dessa inte läggas till grund för kvalificering av anbudsgivaren Futura Bygg. Inte bara skulle sådan tillämpning av kvalificeringsfasen strida mot LOU, utan även mot lydelsen i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är anbudsgivaren som har att uppfylla kvalificeringskraven. Redan av denna anledning föreligger hinder mot att åberopa referenser utförda av annan. BCA har ingett ett anbud med beaktande av samtliga efterfrågade krav i förfrågningsunderlaget. Det framgår av anbudsöppningsprotokollet att BCA kvalificerats till utvärdering. BCA har lidit skada eftersom en korrekt utförd upphandling skulle resulterat i att BCA tilldelats kontraktet.

– När det gäller andrahandsyrkandet har Malmö stad i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att anbudgivarna som bevis på teknisk kapacitet ska ange fyra referenser avseende genomförda projekt av likartad karaktär. Enligt 11 kap. 11 § andra stycket 1 LOU måste ett referensobjekt vara slutfört under de senaste fem åren för att få tjäna som bevis på teknisk kapacitet. Trots att LOU inte medger avvikelser från detta krav har Malmö stad beaktat minst en referens hos Futura Bygg som slutförts mer än fem år sedan. Även av denna anledning borde anbudet från Futura Bygg inte ha kvalificerats. Begränsningen om fem år framgår emellertid inte av förfråg-

ningsunderlaget, varför detta kan uppfattas som otydligt och därmed Futura Byggs referensangivelse som ursäktlig. Skulle förvaltningsrätten finna orsaken till sådan otydlighet vara förfrågningsunderlaget och att rättelse inte bör ske, bör upphandlingen i stället göras om. Av de referensobjekt som Futura Bygg hänvisat till är endast referensobjekt 3 sådant att Malmö stad får beakta det. Referensobjekten 2 och 4 är tveksamma och borde föranlett Malmö stad att närmare efterfråga när de slutförts. Referensobjekt 1 är klart för gammalt. Med anledning av att referensobjekten utgör äldre uppdrag uppfyller inte Futuras anbud vad som enligt lag krävs. Om förvaltningsrätten inte anser att det är möjligt att rätta upphandlingen ska rätten förordna att upphandlingen ska göras om. – Malmö stad har vidgått att det vid kontroll framgått att de refererade referensobjekten inte utförts av anbudsgivaren. Malmö stads motiv för att kvalificera anbudet för utvärdering har angetts vara att Jimmie Andersson och Ingvar Migjec kommer att ha ”framträdande roller” i projektorganisationen. Det är således ostridigt att det inte är anbudsgivaren som sådan som genomfört de aktuella projekten. Redan av denna grund finns anledning att bifalla föreliggande ansökan. Malmö stad refererar endast att de namngivna personerna ”utfört arbete” i de aktuella referensobjekten, men inte vilket arbete eller i övrigt vilken roll de aktuella personerna haft i de referensobjekt som lagts till grund för kvalificeringen. Även om frågan inte är avgörande för målet, torde det vara stor skillnad om personerna i fråga haft en liknande framträdande roll som de nu aktuella eller om de såsom anställda utfört vissa rutinmässiga arbetsmoment utan eget ansvar för det slutliga resultatet. Malmö stad synes nu i efterhand försöka justera förfrågningsunderlaget till att avse personerna i stället för anbudsgivaren. Möjlighet att genomföra sådan justering föreligger inte. Den tolkning som Malmö stad ger uttryck för står i direkt strid med hur kravet formulerats i förfrågningsunderlaget. Justeringen skulle därmed strida mot de grundläggande principerna om att upphandlingar ska genomföras med beaktande av krav på öppenhet och transparens. – Av 16 kap. 4 § LOU framgår att det inte uppställs krav på att en

leverantör ska ha lidit faktisk skada utan att det är tillräckligt att leverantören "anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada". Den skada som BCA redan drabbats av till följd av Malmö stads felaktiga kvalificeringsbedömning är begränsad till kostnaderna för framtagande av anbudet. Den kommande skadan motsvarar den vinst BCA skulle ha haft i den aktuella entreprenaden. Mot bakgrund av skaderekvisitets utformning framgår att det i vart fall är klarlagt att BCA riskerat lida skada till följd av den felaktiga kvalificeringen av Futura Bygg. Malmö stads påstående om motsatsen bör därför lämnas utan avseende.

Malmö stad

BCA har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad. Anbudsprövning har genomförts i enlighet med vad som angetts i punkt AFB.5 och därtill underordnade koder i de i förfrågningsunderlaget ingående administrativa föreskrifterna. Malmö stad har i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att referenser ska redovisas i anbud. Referenstagning får anses syfta till att säkerställa att Malmö stad handlar upp en leverantör som har erforderlig kompetens och erfarenhet för den aktuella typen av projekt. I förfrågningsunderlaget har inte närmare preciserats om referenserna ska avse anbudsgivaren som sådan eller anbudsgivarens personal. Det ligger dock i sakens natur att om den personal som finns hos anbudsgivaren har viss erfarenhet, denna erfarenhet också finns hos själva anbudsgivaren, under förutsättning att det är den personal som lämnat referenser som kommer att utföra de aktuella arbetena. Det kan vidare noteras att det i förfrågningsunderlaget inte uppställs några krav på när i tiden de aktuella referensobjekten ska ha varit utförda, vilken omfattning de ska ha eller närmare om hur de ska beskrivas. Det framgår endast att referensprojekten ska vara av likartad karaktär samt i samma storleksordning som det nu aktuella projektet. Det ligger i sakens natur att mer eller mindre nystartade anbudsgivare måste ha

en möjlighet att styrka tidigare erfarenhet genom att redovisa referenser som personal anställd hos arbetsgivaren har sedan tidigare, särskilt när det som i förevarande fall inte uppställts något krav på att referenserna måste avse arbete utfört av arbetsgivaren som sådan. Det skulle dessutom strida mot likabehandlingsprincipen att tillämpa det aktuella kravet på ett sådant sätt att nystartade anbudsgivare sätts i ett sämre läge än anbudsgivare som inte är nystartade. Det framgår av Futuras anbud att Jimmie Andersson och Ingvar Migjec kommer att ha framträdande roller i projektorganisationen. Jimmie Andersson är Futuras ombud och kommer att vara ansvarig på plats som platschef, tillståndsansvarig och byggplatssamordnare för utförande. Ingvar Migjec kommer att vara arbetschef, kvalitets- och miljöansvarig samt byggplatssamordnare för projektering och planering. De lämnade referenserna anger att det är Jimmie Andersson och Ingvar Migjec som utfört arbete i de aktuella referensprojekten. Det är således klart att lämnade referenser avser de personer hos anbudsgivaren som kommer att utföra arbetet i det aktuella projektet. Malmö stad har kontaktat två av de av Futura lämnade referenserna. Referenspersonerna har dels bekräftat att det är Ingvar Migjec respektive Jimmie Andersson som har genomfört arbete i de aktuella referensprojekten, dels besvarat frågorna på ett sådant sätt att det framgår att referenspersonerna är nöjda med det utförda arbetet. Mot denna bakgrund har Malmö stad rätteligen bedömt att Futura uppfyller uppställt krav avseende referenser och därvid kvalificerat Futuras anbud för utvärdering. Efter att tilldelningsbeslutet skickats kontaktades Malmö stad av BCA som ifrågasatte Futuras referenser. Med anledning av detta har Malmö stad även kontaktat övriga referenser som Futura angivit i anbudet. Även dessa två referenser har intygat att det är angivna personer (Ingvar Migjec i detta fall) som har utfört de aktuella arbetena och att referenspersonen varit nöjd med utfört arbete. Malmö stad har mot denna bakgrund inte funnit anledning att revidera tidigare fattat beslut då det även efter denna kontroll kunnat konstateras att Futura uppfyller uppställt krav på referenser. Malmö stad har bedömt att Futuras anbud uppfyller samtliga

i förfrågningsunderlaget ställda krav och att det även i övrigt avgivits i enlighet med förfrågningsunderlaget. Malmö stad har därefter rätteligen kvalificerat Futuras anbud för utvärdering. Eftersom Futura lämnat anbud med lägst pris har Futura tilldelats kontrakt i upphandlingen. Sammanfattningsvis kan konstateras att Malmö stad har genomfört upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget och i enlighet med LOU. För att en leverantör ska kunna vinna framgång med en ansökan om överprövning krävs att leverantören visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av den upphandlande myndighetens förfarande. Malmö stads förfarande i upphandlingen har inte medfört att BCA lidit eller kan komma att lida skada. BCA:s ansökan om överprövning ska därför lämnas utan bifall. – BCA hänvisar i yttrande att Malmö stad godkänt ett bevis som, enligt bolagets påstående, inte är förenligt med 11 kap. 11 § andra stycket 1 LOU. Den aktuella upphandlingen genomförs som förenklat förfarande med tillämpning av de regler som gäller för upphandlingar under tillämpat tröskelvärde. Kapitel 11 i LOU är, om inget annat särskilt anges, endast tillämplig för upphandlingar som görs över tillämpligt tröskelvärde. Det saknas således betydelse för målet vad som anges i den aktuella bestämmelsen. Oaktat detta kan konstateras att bestämmelsen förbjuder en upphandlande myndighet att begära in bevis avseende referensobjekt som är äldre än fem år, bestämmelsen reglerar dock inte en anbudsgivares möjlighet att ändå åberopa ett sådant äldre bevis. – BCA anger i yttrande att det ”i Malmö stads kontroll framkommit att de refererade referensobjekten inte utförts av anbudsgivaren”. Detta påstående är inte korrekt. Malmö stad har endast kontrollerat att det är de offererade personerna som utfört de aktuella arbetena. Malmö stad har härvid redan efter denna kontroll kunnat konstatera att det inte funnits grund för att förkasta Futuras anbud. Sammanfattningsvis har BCA således inte lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av Malmö stads förfarande i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § 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. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Av 16 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet måste vid upphandlingar bl.a. beakta principen om proportionalitet. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas.

I kvalificeringskraven för den aktuella upphandlingen anges att anbudsgivare i anbud ska ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär.

När det gäller referenstagning i kvalificeringsstadiet får denna antas ha sin grund i att den upphandlande enheten härigenom försäkras om att det hos anbudsgivare finns sådan kompetens som erfarenhet av liknande projekt – med tillfredsställande resultat – garanterar. Man måste rimligen kunna anta att en anbudsgivares kompetens och erfarenhet främst innehas

av de personer som är verksamma hos anbudsgivaren. De referenser som Futura Bygg & Anläggning lämnat i sitt anbud avser objekt där personer, som kommer att vara ansvariga i det nu upphandlade projektet, har utfört arbetena. Det förhållandet att de aktuella personerna utfört verksamheten i referensobjekten för annan än Futura Bygg & Anläggnings räkning, kan enligt rättens mening inte innebära att objekten inte får åberopas som referenser i anbudet. Förfrågningssunderlaget ger inte stöd för en tolkning att åberopade referensobjekt måste vara utförda av anbudsgivaren. BCA:s yrkande om rättelse, med uteslutande av Futura Bygg & Anläggning från utvärderingen, kan därför inte vinna bifall.

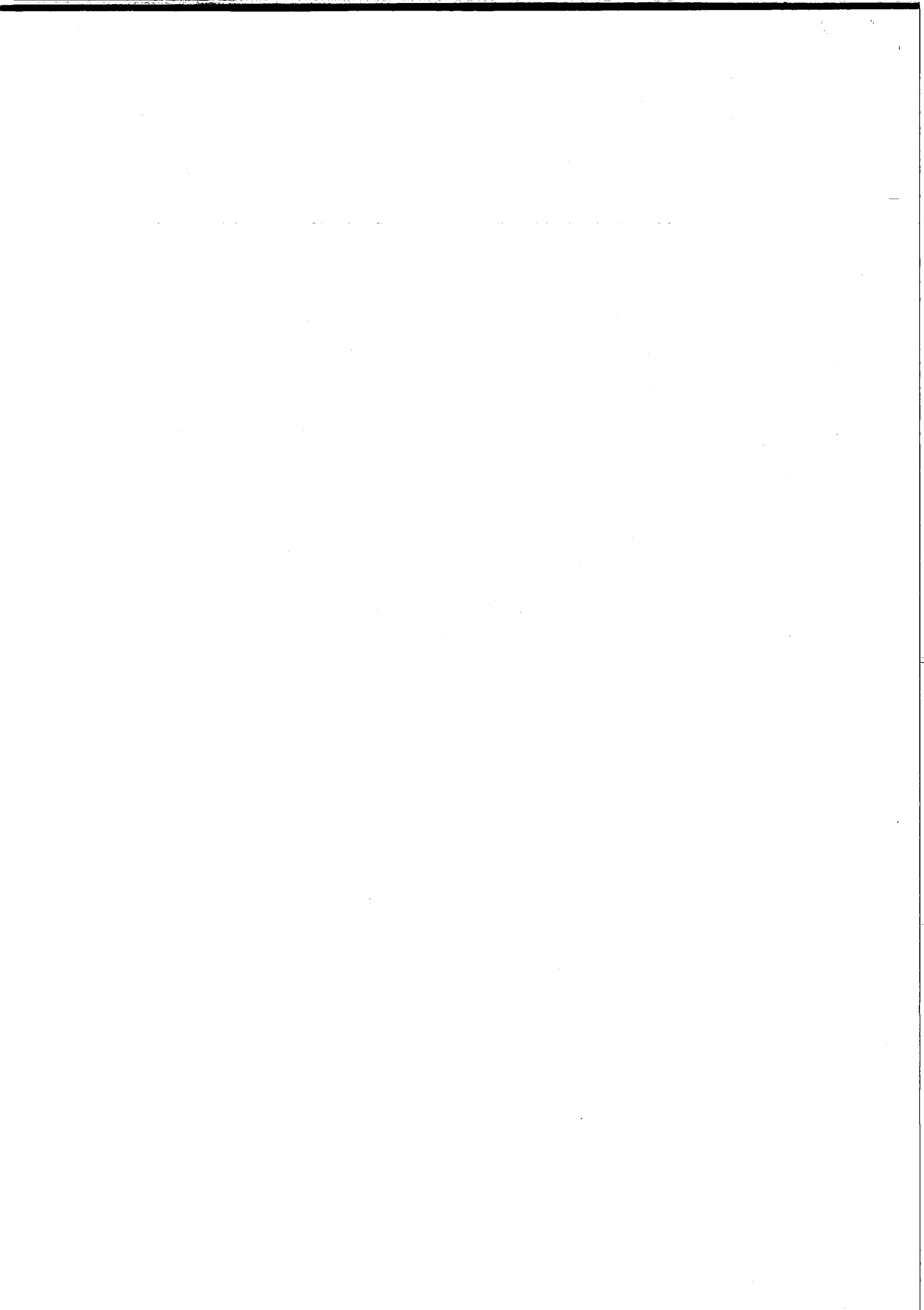
Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande med tillämpning av reglerna för upphandlingar under tröskelvärdet. Bestämmelsen i 11 kap. 11 § LOU om när åberopade referensobjekt ska vara slutförda är därmed inte tillämplig. Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget innehåller någon sådan otydlighet beträffande referenser att det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. BCA Entreprenad AB:s yrkande om ingripande enligt LOU kan därför inte vinna bifall.

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



Eskil Hinn

Mats Ljunggren har fördragit målet.





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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 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.

