



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2018-01-17
Meddelad i Malmö

Sida 1 (8)

Mål nr 12656-17

KONKURRENSVERKET

2018-01-17

Avd

Dnr

KSnr Aktbil

SÖKANDE
VBA Syd AB, 559003-8823

Ombud: advokaten Mattias Wiklund och jur. kand. My Becher
Setterwalls Advokatbyrå
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART
Lunds kommun

Ombud: advokaten Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Fanny Herbe
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lunds kommuns yrkande om att VBA Syd AB:s förstahandsyrkande ska avvisas.

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

Dok.Id 410426

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Lunds kommun genomför upphandling avseende ”Utförande av byggator, park och VA-anläggningar, Exploateringsområde Hasslanda III”. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 10 maj 2017 skulle kontrakt tilldelas VBA Syd AB. Efter ansökan om överprövning av annan anbudsgivare har förvaltningsrätten i dom den 28 september 2017 i mål nr 5413-17 förordnat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom förnyad anbudsvärdering, i vilken anbudet från VBA SYD AB inte får beaktas. Lunds kommun har den 25 oktober 2017 fattat ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket BCA Entreprenad AB:s anbud antas.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

VBA Syd AB

VBA Syd AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska få avslutas först sedan rättelse skett på sådant sätt att ny anbudsvärdering genomförs, i vilken VBA Syd AB:s anbud ska vara kvalificerat att delta. I andra hand yrkar VBA Syd AB att upphandlingen ska göras om. Till grund för talan anför bolaget följande.

VBA Syd AB gör i första hand gällande att upphandlingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen genom att kommunen felaktigt har diskvalificerat bolagets anbud trots att detta uppfyller samtliga obligatoriska krav. Detta har lett till att bolaget lidit skada.

VBA Syd AB gör i andra hand gällande att kravet i AFB.52 på teknisk och yrkesmässig kapacitet och definitionen däri av vad som anses utgöra ett liknande uppdrag inte är ändamålsenligt utformat och därmed oproportioner-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

ligt. Kravet är inte ägnat att säkerställa att anbudsgivarna har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra kontraktet och går därmed längre än nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet på totalkostnad för referensobjektet saknar naturligt samband med syftet bakom kravet och är mer ingripande än vad som krävs för att uppnå detta syfte. Kommunen hade kunnat nöja sig med att kräva att återopade referensuppdrag skulle innefatta mark-, gatu- och VA-arbeten för exploatering utan att sätta upp krav för kostnaderna för referensuppdraget. Kopplingen till referensuppdragets totalkostnad närmar sig ett krav på att styrka ekonomisk stabilitet snarare än teknisk kompetens. Den relativa kravställningen tillåter att anbudsgivare manipulerar sitt anbudspris för att kvalificeras med återopande av uppdrag som inte är jämförbara med det upphandlade. Det grundläggande problemet med kravställningen är att den inte utgår från någon objektiv måttstock, utan det blir upp till varje anbudsgivare att avgöra vad som är tillräcklig erfarenhet genom prissättningen av sitt anbud. Med anledning av hur kravet på referensobjekt är uppbyggt har anbudsgivarna inte kunnat veta vilket värde referensobjektet behövt ha innan anbudssumman fastställs, vilket är väldigt sent i processen efter att en omfattande och vanligtvis kostsam anbudskalkyl genomförts. Detta innebär en förutsebarhetsproblematik för anbudsgivarna. Kraven i upphandlingen har vidare inte varit så klart och tydligt formulerade att anbudsgivarna kunnat avgöra vad kommunen tillmätt betydelse vid upphandlingen.

Upphandlingsfelen i förfrågningsunderlaget har påverkat VBA Syd AB:s möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Lunds kommun

Lunds kommun yrkar att VBA Syd AB:s förstahandsyrkande om att upphandlingen ska rättas ska avvisas. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att yrkandet inte ska avvisas anser kommunen att yrkandet ska avslås.

Kommunen anser även att VBA Syd AB:s yrkande att upphandlingen ska göras om ska avslås. Kommunen anför följande.

Bolagets yrkande om rättelse grundas på samma sak som redan tidigare har prövats av förvaltningsrätten. Bolaget har inte överklagat domen och den har således vunnit laga kraft. Förvaltningsrättens dom medför att det föreligger negativ rättskraft beträffande saken och domstolen är därför förhindrad att pröva samma sak igen.

För det fallet att rätten inte skulle finna att yrkandet ska avvisas ska det avslås. Bolagets referensobjekt har inte uppfyllt de obligatoriska krav som kommunen ställt. Eftersom bolagets anbud inte har varit kvalificerat att gå vidare till utvärdering riskerar bolaget inte att lida skada.

Vad gäller bolagets yrkande att upphandlingen ska göras om kan konstateras att kommunens krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet är lämpliga, proportionerliga och transparenta. Kommunen har valt att utforma referenskravet så att det räcker att anbudsgivare utfört *ett* projekt som uppgår till 75 % av *det offererade anbudet*. Kravet är högst rimligt eftersom det inte går utöver vad en anbudsgivare åtar sig att utföra för kommunen. Kommunen har genom formuleringen av sitt krav säkerställt att det uppställda kravet är anpassat efter och står i omedelbar relation till och är proportionerligt i förhållande till det aktuella upphandlingsföremålet. Storlekskravet är mätbart och förutsägbart och har utformats för att säkerställa en tydlig koppling till upphandlingen genom att det kopplats till anbudssumman. På så vis finns ingen risk att den begärda storleken på referensobjektet går utöver vad som kan motiveras utifrån upphandlingen utan kravet står helt i proportion till det framtida kontraktet.

Storlekskravet är helt transparent eftersom anbudsgivare vid tiden för anbudet helt säkert vet om man uppfyller kravet. Det finns inget utrymme för den

upphandlande myndigheten att bedöma kravet på ett godtyckligt sätt och likabehandlingsprincipen riskerar inte att åsidosättas. Kravet leder inte heller till någon snedvriden konkurrens. Det är upp till varje anbudsgivare att avgöra vilket anbud man vill lämna och bedöma affärsmässigheten i detta. VBA Syd AB:s påstående att storlekskravet brister i förutsägbarhet på grund av att en anbudsgivare måste göra en anbudskalkyl är felaktigt. Transparensprincipen syftar till att anbudsgivare ska veta vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i en upphandling och till att möjliggöra kontroll av att den upphandlande myndigheten beaktar likabehandlingsprincipen vid tilldelning av kontrakt. Kommunen fick i upphandlingen in fem anbud, vilket är helt normalt. Det finns således inget som tyder på att leverantörerna på marknaden bedömt kravet som allt för betungande.

VBA Syd AB riskerar inte att lida skada till följd av hur kommunen utformat kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

VBA Syd AB

VBA Syd AB genmäler följande.

En dom i upphandlingsmål vinner inte negativ rättskraft. Ansökan om överprövning ska således inte avvisas.

Om referenskravet hade formulerats på ett förutsägbart sätt hade VBA Syd AB t.ex. kunnat säkerställa och åberopa extern kapacitet.

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

Förfrågningsunderlaget i relevant del

I AFB.52 anges bl.a. följande.

Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet

Referensprojekt för företaget

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

- A 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 % av Es offererade anbudssumma och skall vara utfört under de senaste fem åren räknat från avgivandet av anbudet."

Hur kravet ska verifieras

Referensprojektet ska anges i anbudsformuläret med namn, beställare, Bs kontaktperson med namn, telefonnummer, epost. Verifiering att uppdraget är likvärdigt enligt ovan, totalkostnad och vilket år som uppdraget genomfördes, samt beskrivning av det genomförda uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Lunds kommun anser att VBA Syd AB:s yrkande att upphandlingen ska rättas ska avvisas med hänvisning till att förvaltningsrättens tidigare dom medför att det föreligger negativ rättskraft beträffande saken. Förvaltningsrätten finner emellertid inte skäl att avvisa VBA Syd AB:s ansökan i någon del. En förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål anses inte vinna negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36).

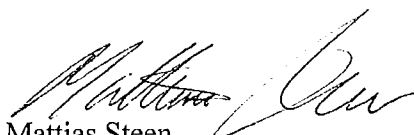
VBA Syd AB yrkar i första hand att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse skett på sådant sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, i vilken VBA Syd AB:s anbud ska vara kvalificerat att delta. Förvaltningsrätten har i dom den 28 september 2017 i mål nr 5413-17 funnit att VBA Syd AB:s anbud rätteligen skulle ha förkastats av Lunds kommun eftersom VBA Syd AB inte uppfyllt ställda krav avseende referensobjekt då åberopat referensobjekt inte var färdigställt vid tiden för anbudslämnandet. Förvaltningsrätten har med anledning härav förordnat att den aktuella upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom förnyad anbudsutvärdering, i vilken anbudet från VBA Syd AB inte får beaktas. Domen har vunnit laga kraft. Skäl för förvaltningsrätten att nu gör en annan bedömning avseende VBA Syd AB:s kravuppfyllelse och rätt att delta i anbudsutvärdering i upphandlingen har inte framkommit.

VBA Syd AB yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om på den grunden att kravet i AFB.52 på teknisk och yrkesmässig kapacitet och definitionen däri av vad som anses utgöra ett liknande uppdrag inte är ändamålsenligt utformat. VBA Syd AB gör gällande att kravet på referensobjekt är oproportionerligt och oförutsägbart.

Denna fråga har inte prövats av förvaltningsrätten i tidigare nämnt avgörande. Enligt förvaltningsrättens mening visar dock inte att vad VBA Syd AB anfört att kravet utformats på ett sätt som strider mot LOU:s krav på proportionalitet och transparens. Förvaltningsrätten anser inte heller att VBA Syd AB, vars anbud har förkastats på den grunden att det åberopade referensobjektet inte var färdigställt, förmått visa att bolaget lidit eller riskerat lida skada på grund av det uppställda storlekskravet avseende referensuppdrag.

Vid nu angivna förhållanden och då VBA Syd AB inte heller i övrigt anfört något som visar att Lunds kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada, saknas grund för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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


Mattias Steen

Lena Palmér 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-post-adress, 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.