



SÖKANDE

Markbygg Anläggning Väst AB, 556581-2491

Ombud:

Advokaten Helena Royson och jur. kand. Sofia Sandholm

MOTPART

Bengtsfors kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF

KONKURRENSVERKET	
20190904	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Bengtsfors kommuns upphandling av Omförläggning VA Övre Terrassgatan Billingsfors, dnr UH-2019-49, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering. Vid den nya anbudsutvärderingen ska anbuden från KS Mark Sverige AB, Västfrakt ekonomisk förening och KS Sverige Construction AB inte beaktas.

BAKGRUND

Bengtsfors kommun (kommunen) genomför en upphandling av Omförläggning VA Övre Terrassgatan Billingsfors, dnr UH-2019-49. Av tilldelningsbeslut den 11 juni 2019 framgår att Västfrakt ekonomisk förening (Västfrakt) har vunnit upphandlingen.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder Markbygg Anläggning Väst AB (Markbygg) har anfört.

YRKANDEN M.M.

Markbygg ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbud från KS Mark Sverige AB (KS Mark), Västfrakt och KS Sverige Construction AB (KS Sverige Construction) inte ska ingå i utvärderingen. *Markbygg* anför bl.a. följande. *Markbygg* placerade sig som nummer fyra av fyra anbud vid utvärderingen. I de tre övriga anbuden finns sådana brister att anbuden rätteligen skulle ha diskvalificerats från utvärderingen. *Markbygg* har till följd av kommunens agerande lidit eller riskerat att lida skada. Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivare måste uppfylla samtliga ska-krav för att antas. Tilldelningsbeslutet saknar även motivering.

Avseende KS Sverige Construction anför *Markbygg* följande. KS Sverige Construction försattes i konkurs den 20 juli 2018. Ensam [REDACTED] i bolaget var [REDACTED] som även är [REDACTED] i [REDACTED]. *Markbygg* har bett kommunen att skicka över KS Sverige Constructions anbudshandlingar och har då fått handlingar identiska med anbudshandlingarna från KS Mark och kommunen har uppgett att dessa också har inlämnats

som E-avrop av KS Mark. Markbygg har alltså inte fått del av några handlingar från KS Sverige Construction. Kommunen tycks ha antecknat KS Sverige Construction som anbudsgivare utan att bolaget har lämnat något egentligt anbud. Detta förfarande strider mot de grundläggande avtalsrättsliga, förvaltningsrättsliga och upphandlingsrättsliga principerna. Om KS Sverige Construction ska anses ha lämnat in ett anbud genom handlingarna från KS Mark innehåller anbudet sådana omfattande brister att anbudet inte skulle ha tagits upp i utvärderingen.

Angående KS Mark anför Markbygg bl.a. följande. Av inlämnade handlingar framgår att bolaget bildades i november 2016 och att det tidigare hette First View AB respektive Argentum i Sverige AB. Bolagets verksamhet var att importera och exportera ädelmetaller och därmed förenlig verksamhet. Bolaget har under räkenskapsåret 2016–2017 redovisat en omsättning på 0 kr och bolaget har under denna period varit vilande och inte haft några anställda. Med start i juli 2018 har bolaget betalat arbetsgivaravgifter och bolagets verksamhet ändrades i juni 2018 till mark- och anläggningsarbete.

██████████ registrerades som ██████████ i mars 2018. Bolaget registrerades som arbetsgivare i maj 2018 och det har funnits anställda i bolaget sedan april 2018. Bolaget blev vidare godkänt för F-skatt och registrerat för moms från och med december 2017. I inlämnat anbud anger KS Mark bl.a. följande: ██████████

██████████ och ”Under dessa 18 år har företaget varit verksamhet inom skog och mark, trädgårdsanläggning, sten och plattsättning och även golfbaneanläggning, dräneringar, avlopp VA, parkeringsytor, asfaltytor, elarbeten, gräsytor, samt planteringsytor osv.”. Den beskrivning som KS Mark lämnat om sin organisation i sitt anbud är således inte riktig. KS Mark har vidare lämnat referenser som inte uppfyller ska-kraven i upphandlingsdokumenten. De flesta av referensuppdragen hänför sig till tiden innan dess att bolaget var bildat eller bedrev verksamhet varför uppdragen inte kan ha

utförts av bolaget. Endast ett av uppdragen tycks vara färdigställt av KS Mark. Det finns ingen beskrivning av objekten, vilken roll KS Mark har haft i entreprenaderna eller liknande och det finns ingen beskrivning av KS Marks projektorganisation i entreprenaderna. KS Mark har inte genom sin beskrivning av referensprojekt visat att bolaget har tidigare erfarenhet och teknisk kapacitet gällande totalåtagande för byggande av VA-ledningar. KS Mark har inte heller åberopat annat bolags kapacitet i sitt anbud. Mot bakgrund av nämnda brister borde KS Marks anbud ha diskvalificerats från utvärderingen.

Markbygg anför bl.a. följande angående Västfrakt. De referenser Västfrakt har lämnat i sitt anbud är mycket kortfattade; ”Va Gustavsfors Bengtsfors kommun”, ”Va kinadalen Bengtsfors kommun”, och ”Samt många både stora och mindre jobb”. Referenserna uppfyller inte ställda ska-krav. Det saknas beskrivning av tre entreprenader med Västfrakts roll och ansvarsområde, det saknas uppgift om årtal för färdigställande, det saknas kontaktuppgifter och det saknas uppgifter om Västfrakts projektorganisation i entreprenaderna. Västfrakt har således inte uppfyllt ställda ska-krav och har genom lämnade referenser inte visat att man har tidigare erfarenhet och teknisk kapacitet gällande totalåtagande för byggande av VA-ledningar. Kommunen har inte kommunicerat några handlingar avseende kompletteringar med Markbygg. Västfrakts anbud borde därmed rätteligen ha diskvalificerats.

Bengtsfors kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I upphandlingsdokumenten anges att anbud som inte är kompletta *kan* komma att förkastas, inte att de *ska* förkastas. Kommunen har begärt att en leverantör, Västfrakt, ska komplettera sitt anbud med korrekta referenser enligt ställt ska-krav. Dessa kompletteringar har Markbygg fått del av via mejl den 12 juni 2019. Kompletteringen gjordes för att ge samtliga anbudslämnare samma möjlighet till utvärdering och skapa en effektivare

konkurrens. Referenserna ska anges med kortfattad beskrivning och de VA-arbeten som angetts som tidigare uppdrag är sedvana av vad som innefattas av begreppet. Markbygg har i sin ansökan om överprövning endast refererat till vad som angavs i de ursprungliga handlingarna och Västfrakt har vid kompletteringen utvecklat referenserna med årtal för färdigställande, projektledare, arbetsledare, föreningen roll samt beställare. När det gäller KS Sverige Construction har kommunen valt att diskvalificera anbudet då bolaget har försatts i konkurs. KS Mark har lämnat anbud. Kommunen gör numera bedömningen att bolaget inte återopar annat bolags kapacitet. Det finns ingen praxis som anger att leverantörer inte får lämna parallella anbud. Ett felaktigt tilldelningsbeslut skickades ut den 5 juni 2019 där motivering saknades. Ett korrekt tilldelningsbeslut med motivering skickades dock ut den 11 juni 2019. Kommunen vidhåller att skillnaderna i de bedömningsgrundande kriterierna gör att avtal korrekt har tilldelats Västfrakt. Kommunen anser inte att Markbygg har lidit skada.

Västfrakt har getts möjlighet att yttra sig i målet men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska 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 (4 kap. 1 § LUF).

En upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en fel-skrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av

leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärderna ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 8 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan.

Vad förvaltningsrätten ska pröva

Frågan i målet är om Markbygg har visat att den aktuella upphandlingen har sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den.

Anbudet från KS Sverige Construction

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att parterna numera är överens om att anbudet från KS Sverige Construction ska diskvalificeras från upphandlingen då bolaget är försatt i konkurs. Det saknas därmed skäl för förvaltningsrätten att närmare pröva de invändningar Markbygg har anfört gentemot detta bolag.

Anbudet från KS Mark

När det därefter gäller anbudet från KS Mark har Markbygg i huvudsak anfört att bolagets anbud inte uppfyller ställda ska-krav då majoriteten av de angivna referensuppdragen inte kan vara utförda av bolaget. Kommunen har i denna del först invänt att KS Mark har åberopat annat bolags kapacitet – en invändning som kommunen sedan har återtagit. Parterna är numera överens om att KS Mark inte har åberopat annat bolags kapacitet och det saknas skäl för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i denna del.

Enligt upphandlingsdokumenten ska leverantörerna lämna en kortfattad beskrivning av tre liknande entreprenader utförda under de senaste fem åren och därtill ange vissa närmare preciserade uppgifter. Enligt den referenslista som KS Mark har fogat till sitt anbud är endast ett uppdrag utfört under den tid då bolaget har varit verksamt inom den aktuella branschen eller verksamt överhuvudtaget. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att KS Marks anbud inte uppfyller samtliga ställda ska-krav och därmed inte borde ha tagits upp till utvärdering.

Anbudet från Västfrakt

Förvaltningsrätten ska slutligen ta ställning till om anbudet från Västfrakt uppfyller ställda ska-krav och därmed rätteligen har tagits upp till utvärdering av kommunen.

Avser referenser från liknande entreprenader ett ska-krav?

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen i sitt förfrågningsunderlag under punkten AFB.53 har angett ”Vid anbudsprövningen kommer den anbudsgivare att antas som uppfyller alla skall-krav och har det anbud som

bedöms som det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter.”

Under punkten AFB.52 har angetts att ”Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet och teknisk kapacitet gällande totalåtagande för byggande av VA-ledningar. TE ska visa att han uppfyller ovanstående krav genom att bifoga referenser enligt AFB.31.”.

Vidare framgår bl.a. följande av punkten AFB.31:

”Anbud ska innehålla:

...

4. Referenser från liknande entreprenader, under de senaste 5 åren.
 - Kortfattad beskrivning av tre entreprenader med TE:s roll och ansvarsområde
 - Årtal för färdigställande
 - Beställares namn och kontaktuppgifter
 - Projektorganisation från TE (projektledare och arbetsledare/platschef)”.

Förvaltningsrätten anser att det som anges under ovan nämnda punkter i kommunens förfrågningsunderlag är att anse som ett ska-krav och att det måste uppfyllas för att ett anbud ska antas i kommunens utvärdering.

Har Västfrakt uppfyllt ska-kravet gällande referenser från liknande entreprenader?

I bilaga 4 till av Västfrakt inlämnat anbudsformulär med rubriken

”Referenser” har Västfrakt angett följande:

- ”Va Gustavsfors Bengtsfors kommun
- Va kinadalen Bengtsfors kommun
- Samt många både stora och mindre jobb”.

Förvaltningsrätt anser i likhet med Markbygg att de referenser som Västfrakt lämnat i anbudsformuläret inte på något sätt når upp till de ska-krav som kommunen ställt i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har anfört att man har gett Västfrakt möjlighet att komplettera sina referenser, vilket enligt kommunen också har gjorts. Markbygg uppger att någon sådan komplettering inte har kommit dem tillhanda.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet finns ett dokument med Västfrakts logotyp som saknar bilagenumerering och huvudrubrik men som är paginerat 1(2) och 2(2). Under rubriken ”Entreprenader under dom senaste 5 åren:” framgår följande:

- ”Va ledning Gustavsfors Bengtsfors kommun 2018
- Va ledning Kinadalen Bengtsfors kommun 2018
- Va-ledning Billingsfors EFT/Bengtsfors Kommun 2016 UE åt ETF
- Va-Ledning Södra Vägen Bengtsfors Kommun 2015
- Va-ledning sidan Södra Bengtsfors Kommun 2015
- Projektledare [REDACTED]”

Även om det inte klart framgår av t. ex. en rubrik gör förvaltningsrätten bedömningen att detta dokument bör utgöra den komplettering som kommunen uppger att Västfrakt har kommit in med. Förvaltningsrätten konstaterar dock att de referenser som Västfrakt i och med kompletteringen har lämnat i målet fortfarande inte uppfyller de ska-krav som kommunen har ställt eftersom det saknas beskrivning av entreprenaderna och kontaktuppgifter till beställaren.

Har kommunen haft möjlighet enligt 4 kap. 8 § LUF att begära en komplettering av Västfrakts referenser?

Oavsett om Västfrakt i och med kompletteringen skulle uppnå ska-kraven vad gäller referenser eller inte kan det konstateras att möjligheten för den upphandlande enheten att begära in kompletteringar i enlighet med 4 kap. 8 § LUF inte gäller ställda ska-krav. Eftersom uppgifterna om efterfrågade referenser är ett ska-krav i upphandlingen kan en eventuell brist i bolagets anbud inte läkas genom en komplettering då detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen (jfr bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens dom HFD 2016 ref. 37, Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 maj 2012 i mål nr 6248-11, Kammarrätten i Sundsvalls dom den 14 juni 2012 i mål nr 802-12 och Kammarrätten i Stockholms dom den 1 april 2009 i mål nr 8441-08). Kommunens syfte med en begäran om komplettering saknar därvid betydelse.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att anbudet från Västfrakt inte uppfyller samtliga ställda ska-krav och därmed inte skulle ha tagits upp till utvärdering.

Slutsats

Sammantaget anser förvaltningsrätten att anbuden från KS Mark, Västfrakt och KS Sverige Construction inte skulle ha tagits upp till utvärdering. Eftersom Markbygg till följd av kommunens felaktiga agerande har lidit eller riskerat att lida skada finns det skäl att ingripa mot upphandlingen. Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av anbuden från KS Mark, Västfrakt och KS Sverige Construction.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Martina Palmgren
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



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 nyårsafton, 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.

