



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2017-07-14

Meddelad i Göteborg

Mål nr

2868-17

PARTER

Sökande

Otto Jacobssons Maskiner i Romelanda AB, 556773-6227

Honeröd 140

442 92 Romelanda

Motpart

Lilla Edets kommun

46380 Lilla Edet

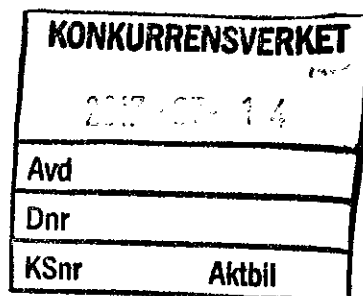
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten avslår Otto Jacobssons Maskiner i Romelanda AB:s begäran om edition.



Dok.Id 484771

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Lilla Edets kommun (kommunen) genomför en upphandling av Rivning av fem fastigheter, dnr. 2016/KS0397. Av tilldelningsbeslut den 7 mars 2017 framgår att Proab i Västra Götaland AB (Proab) vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Otto Jacobssons maskiner i Romelanda AB (bolaget) ansöker om överprövning och begär att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Bolagets anbud har uteslutits på felaktiga grunder. Skälet till att bolagets anbud inte kvalificerats har angetts vara att det inte uppfyllde kravet i förfrågningsunderlagets punkt AFB.523 "För att komma ifråga som leverantör ska anbudsgivaren som totalentreprenör ha genomfört minst 2 rivningsentreprenader om minst 1 miljoner SEK vardera". Det är inte tillåtet att skriva belopp i offentliga upphandlingar som exkluderar ett antal anbudsgivare. I detta fall är ett flertal anbud understigande just 1 miljon kronor. Bolaget borde ha tilldelats kontrakt eftersom bolaget lämnat ett lägre anbud än Proab.

Bolaget har därtill begärt att få del av vilka kvalificeringsprojekt Proab har angett i sitt anbud.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har agerat korrekt och i enlighet med de grundläggande principerna i LOU. Kommunen har i upphandlingen uppställt ett antal tydligt formulerade krav som inte träder principerna om proportionalitet, transparens, eller några andra av de grundläggande principerna, förnär. Den bedömning av bolagets anbud som ägt rum är korrekt. Skäl till ingripande föreligger därmed inte i denna upphandling.

Det är riktigt att kravet på referensuppdrag är utformat såsom bolaget beskriver i sin inlägga. Kontraktet som upphandlingen avser omfattar rivning av byggnader på totalt fem olika fastigheter. Enbart de byggnader som omfattas av rivningen uppgår till nästan 700 kvm byggnadsyta. Därtill kommer rivning av asfaltsyta (450 kvm), stödmurar, lekstuga samt omhändertagande av diverse skrot etc. Entreprenaden är till sin storlek därmed inte obetydlig.

Inför upphandlingen gjorde kommunen en kvalificerad bedömning av värdet på den tjänst som nu upphandlas. Enligt den uppskattade beräkningen förväntades värdet uppgå till 1 miljon kronor.

Syftet med kravet på att respektive referensuppdrag till sitt värde ska ha uppgått till 1 miljon kronor var att säkerställa att anbudsgivaren har den kapacitet och erfarenhet som krävs för att kunna fullfölja uppdraget att leverera den efterfrågade entreprenaden till den kvalitet och inom den tidsram som anges i förfrågningsunderlaget. Entreprenaden är, såsom beskrivs ovan, av en inte obetydlig omfattning och tidplanen är förhållandevis snäv. Det är därför av yttersta vikt för kommunen att den leverantör som kontrakteras har den kapacitet och erfarenhet som bedöms nödvändig. Mot denna bakgrund är kravet på erfarenhet av uppdrag av samma volym och karaktär ändamålsenligt och proportionellt.

Det utgör inte ett brott mot LOU att kräva att anbudsgivare har motsvarande erfarenhet till volym och karaktär samt att definiera detta till ett visst belopp. Tvärtom ligger en tydligt formulerad beloppsnivå helt i linje med principen om transparens. Kravet i förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att anbudsgivaren ska kunna bilda sig en uppfattning om vilka krav som ställs och vad som krävs av anbudsgivaren för att kunna komma ifråga för uppdraget.

Samtliga krav och förutsättningar i upphandlingen har varit klara och tydliga. De angivna kraven på referensuppdragen är klart relevanta för bedömningen om anbudsgivare kan anses visa att de har tillräcklig kompetens och erfarenhet för att klara av uppdraget som upphandlas, och kan inte i sig bedömas oproportionerliga.

Kommunen är bestämd i sin uppfattning att bolagets anbud inte uppfyller de krav som har ställts på referensuppdrag och att det hade stridit mot likabehandlingsprincipen att beakta bolagets anbud. Kommunen har därmed haft fog för att diskvalificera bolagets anbud. Det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter 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 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen 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 LOU).

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. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna som förvaltningsrätten inledningsvis ska pröva är dels om kravet i punkten AFB.523, såvitt avser att anbudsgivaren ska ha genomfört minst två rivningsentreprenader om minst 1 miljon kronor vardera, strider mot LOU och dels om bolagets anbud felaktigt uteslutits till följd av detta. Därefter ska förvaltningsrätten pröva bolagets begäran om att få del av handlingar.

Strider kravet i AFB.523 mot LOU?

De kvalificeringskrav som en upphandlande myndighet ställer upp i en upphandling ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har bland annat den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som anskaffas och stå i proportion till detta (14 kap 1 § andra stycket LOU).

Ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard (14 kap 5 § LOU).

Det av bolaget ifrågasatta kravet tar sikte på den tekniska och yrkesmässiga kvaliteten. Det finns inget som i och för sig hindrar att en upphandlande myndighet anger en beloppsgräns för efterfrågade referensuppdrag. Kravet måste dock, i enlighet med bestämmelserna ovan, stå i proportion till det som anskaffas och syfta till att säkerställa att kontraktet ska kunna fullgöras enligt ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Av handlingarna framgår att det är fråga om förhållandevis omfattande arbeten som ska utföras. Det har inte framkommit något som talar för att den bedömning av tjänstens värde som kommunen gjort inför upphandlingen saknar relevans. Kravet måste enligt förvaltningsrättens mening mot denna bakgrund anses ha anknytning till och stå i proportion till det som anskaffas. Vidare får kravet, eftersom det ger en indikation på ett bolags tidigare kapacitet, även anses syfta till att säkerställa att kontraktet kan fullgöras enligt ändamålsenlig kvalitetsstandard. Av anbudsprotokollet framgår vidare att inkomna anbud haft en stor beloppsmässig spridning, även överstigande 1 miljon kronor. Enligt förvaltningsrättens mening framstår det därför inte som oproportionerligt att det i referenskravet efterfrågats en högre summa än vad vinnande leverantör lämnat anbud på. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att kravet i AFB.523 får anses vara proportionerligt och likabehandlande. Det strider alltså inte mot LOU av de skäl som bolaget anfört.

Var det rätt av kommunen att utesluta bolagets anbud?

Bolaget har inte påstått att de referensuppdrag som lämnats uppfyller det obligatoriska kravet i AFB.523. Såvitt framgår av handlingarna som bolaget gett in är så inte heller fallet. Kommunen har därför gjort rätt när bolagets anbud uteslutits. Det saknas därmed skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen av de skäl som bolaget gjort gällande. Vad sedan gäller bolagets begäran att få ta del av vilka kvalificeringsprojekt Proab angett i sitt anbud gör förvaltningsrätten följande överväganden.

Domstolens utredningsskyldighet

Av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, framgår att rätten ska se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar. I upphandlingsmål ska officialprincipen, dvs. domstolens utredningsskyldighet, tillämpas med försiktighet. Det är som huvudregel upp till den part som vill göra gällande att en upphandling är felaktig att klart ange på vilka omständigheter parten grundar sin talan. Bolaget har inte påstått att Proabs referensuppdrag inte uppfyller kraven eller att de begärda handlingarna skulle utgöra bevis för det. Bolaget har inte heller påstått att det gjort vad som skäligen kan krävas av bolaget för att få del av handlingarna från upphandlande myndighet (jfr HFD 2015 ref 55). Någon skyldighet för domstolen, i syfte att fullgöra sin utredningsskyldighet, att begära in uppgifterna föreligger därför inte.

Begäran om edition

Enligt 20 § FPL gäller i fråga om skriftlig handling som åberopas som bevis bestämmelserna i 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalken, RB, i tillämpliga delar. Av 38 kap. 8 § första stycket RB framgår att rätten får besluta att en allmän handling *som kan antas ha betydelse som bevis* ska tillhandahållas.

Av handlingarna i målet framkommer att ytterligare två leverantörer utöver Proab kvalificerat sig i upphandlingen. Det saknas därför skäl att anta att upphandlingen skulle göras om även om Proabs anbud inte uppfyller referenskravet. Oavsett vad som framgår av det begärda materialet har bolaget, eftersom upphandlande myndighet gjort rätt som uteslutit bolagets anbud, alltså inte lidit skada. Handlingarna kan därför inte antas ha betydelse som bevis och begäran om edition avslås.

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

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Anna Carlson.



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.