



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-09-15
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1559-16 E

SÖKANDE

Turebergs Åkeri AB, 556659-9311
Box 430
191 24 Sollentuna

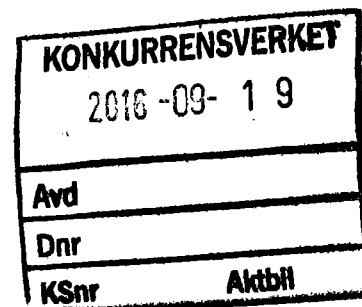
Ombud: Advokaterna Hampus Ek och John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Uppsala kommun genomför en upphandling gällande upprustning av Flogstaparken (GSN-2015-2670). Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från bland annat Turebergs Åkeri AB (förkortad bolaget) och Uppsala kommuns produktionsförvaltning Teknik och service (förkortad Teknik och service eller enheten).

I en handling benämnd tilldelningsbeslut meddelade Uppsala kommun den 16 mars 2016 att man antagit anbudet från Teknik och service och att upphandlingen därför kommer att avbrytas för att träffa överenskommelse med den egna regin. Bolagets anbud förkastades med motiveringen att dess två referensprojekt inte bedömdes uppfylla det uppställda kravet på att vara liknande arbeten som park- och lekplats-anläggningen i Flogstaparken.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att Uppsala kommuns beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas, upphandlingen återupptas och att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Uppsala kommun vid ny anbudsutvärdering beaktar bolagets anbud, samt antar anbudet som varande det mest fördelaktiga anbudet.

I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Med tanke på skrivningen i de administrativa föreskrifterna i AFB.52 att referensprojekten ska "avse mark- och anläggningsarbete såsom lekplatser och parkmiljö" har kommunen inte lagligen kunnat förkasta bolagets anbud vars referenser avsett mark- och anläggningsarbeten men inte specifikt lekplatser eller parkmiljö. Språkligt innebär ett sådant begrepp "såsom" en exemplifiering som därmed inte är uttömmande. Av C-19/00 SIAC

Construction framgår att transparensprincipen innebär att en rimligt in-
formerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som
efterfrågas. Kommunen har därmed inte vid sin prövning och i efterhand
kunnat skärpa skrivningen i uppställda krav. Om kommunen velat att an-
budsgivande företag skulle ha erfarenhet från just lekplatser och parkmiljö
hade kommunen kunnat skriva detta istället för att ange att det skulle röra
sig om mark- och anläggningsarbeten generellt för att därefter exemplifiera
dessa med ordvalet ”såsom”.

Det vinnande anbudet från Teknik och service skulle rätteligen ha förkastats
eftersom det innehåller brister i förhållande till uppställda skall-krav. Det
registreringsbevis som bifogats anbudet är från 2012 och uppfyller inte det i
AFB.31 uppställda kravet att registreringsbevis inte får vara äldre än en
månad från utgången av anbudstiden. Anbudet saknar referensprojekt enligt
AFB.52. Anbudet saknar även bevis avseende kvalitets- och miljöledning
enligt AFB.31 och AFB.52 E. Teknik och service har inte heller lämnat in
efterfrågad bevisning kring det uppställda kravet på omsättning enligt
AFB.31 och AFB.52 C.1. Mängdförteckningen är inte ifylld enligt kravet i
AFB.31. Avsteg från detta krav innebär att anbudet inte går att jämföra med
andra anbud. Kommunen har därmed trätt likabehandlingsprincipen för när
då man trots bristen tagit upp anbudet till utvärdering.

För det fall förvaltningsrätten inte finner att rättelse ska ske gör bolaget gäl-
lande att kvalificeringskravet rörande referensprojekt i vart fall varit alldeles
för otydligt och upprättat i strid med transparensprincipen såsom denna
kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. I denna del anför bolaget i huvudsak
följande.

Bolaget har inte fått del av något formellt avbrytandebeslut. Det kan därför
ifrågasättas om upphandlingen ens formellt har avbrutits när detta inte har
kommunicerats med anbudsgivarna enligt 9 kap. LOU. Kammarrätten i

Stockholm har i ett avgörande den 24 mars 2004 i mål nr 139-04 uttryckt att det inte finns hinder mot att avbryta en upphandling om den upphandlande myndighetens egen verksamhet efter en objektiv utvärdering mot av i förfrågningsunderlaget angivna, klart definierade och mätbara krav, visat sig vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Så är emellertid inte fallet nu. Anbudet från Teknik och service har inte uppfyllt ställda krav och har därför inte ens kunnat tas upp till prövning. Kommunen kan inte se mellan fingrarna gällande nämnda krav av skäl att anbudet kommer från en egen förvaltning.

Kommunen har agerat i strid med såväl likabehandlingsprincipen som principen om öppenhet och förutsebarhet (transparensprincipen). Om bolagets anbud tagits upp till utvärdering skulle det ha varit det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och bolaget hade därmed tilldelats kontraktet. Bolaget har med anledning härav lidit eller kommer att lida skada.

Uppsala kommun motsätter sig ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling utan kan avbryta den om sakligt godtagbara skäl föreligger. I detta fall har kommunen avbrutit upphandlingen eftersom anbudet med lägst utvärderingssumma lämnades av en enhet inom kommunen, produktionsförvaltningen Teknik och service, det vill säga inom samma juridiska person med samma organisationsnummer.

Uppsala kommun består för närvarande av en beställar–utförarorganisation inom områdena teknik och service, samt vård och omsorg. Dessa produktionsförvaltningar utför uppdrag åt beställarförvaltningarna inom respektive område och verkar inte på den kommersiella marknaden. Det är således inte fråga om en upphandling utan om egen regiverksamhet när produktionsförvaltningarna får uppdrag.

Produktionsförvaltningarna är därmed inte heller att betrakta som leverantörer i LOU:s bemärkelse i förhållande till kommunens beställarsida och kan därför inte bedömas utifrån likabehandlingsprincipen på sätt som påstås. De aktuella kraven på handlingar som ställs i förfrågningsunderlaget och som avser att styrka anbudsgivarens lämplighet saknar därför relevans när ett avbrytande sker för egen regiverksamhet i stället för när tilldelning sker av ett kontrakt till en utomstående leverantör som leder till ett kontraktsrättsligt förhållande mellan två juridiska personer. Vidare hade kommunen kunnat välja att avstå från att konkurrensutsätta uppdraget och ge den egna regin uppdraget direkt. Att enheten skulle lämna anbud just i detta ärende saknade beställarsidan självfallet kännedom om vid utformandet av förfrågningsunderlaget.

Kommunen har inte handlat i strid med LOU eftersom bolagets anbud rätteligen har förkastats då det inte uppfyllde skall-kravet avseende referensuppdrag. Ordalydelsen i förfrågningsunderlaget är tydlig och det råder ingen tvekan om vad som avses med kravet. Vidare ska kravet sättas i sitt sammanhang och ses mot bakgrund av vilket objekt det är frågan om. För att vara av samma karaktär avses självfallet arbete i en parkmiljö eller annan bostadsnära grön miljö, innefatta någon form av anläggning av lekplats med lekredskap och fallskyddsytor, sport- och aktivitetsytor, samt plantering av buskage och perennarabatter.

Bolagets referensobjekt avser inte anläggningsarbeten av den typen som berörs i den kommande entreprenaden. En sluttäckning av en deponi och upprustning av en kaj är inte samma sak som en lekplats och en parkanläggning. Sådana objekt har en mycket lägre detaljeringsgrad och berör varken komplexa planteringar eller lekmiljöer med de reglerade krav på säkerhet som råder i sådana miljöer. De har inte heller ett arbetsområde som ligger mitt i pågående parkverksamhet, vilket innebär att där redan är fullt av parkbesökare och inte minst av lekande barn. Vid bedömningen av

referenser anses en upphandlande myndighet dessutom ha betydande utrymme att bedöma om en leverantör kan anses uppfylla krav på erfarenhet (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 13 oktober 2014 i mål nr 1011-14).

Kommunen har på objektiva grunder jämfört anbudspriser utifrån mängdförteckningarna och har avbrutit upphandlingen på grunden att egen regi lämnat lägst utvärderingssumma, vilket enligt praxis är ett godtagbart skäl för ett avbrytandebeslut (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 18 mars 2014 i mål nr 7224-13). Påståendet att anbudet från Teknik och service innehåller avsteg från mängdförteckningen och att det inte har gått att jämföra anbudet med andra anbud bestrids.

Oaktat om upphandlingen hade avbrutits skulle bolagets anbud ändå ha förkastats då det inte uppfyllde skall-kraven. Bolaget har inte kunnat visa att det lidit eller kommer att lida skada på grund av avbrytandebeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta anbud som inte uppfyller skall-kraven (EU-domstolens dom i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, p. 37 och RÅ 2009 ref. 69).

Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. En leverantör ska med utgångspunkt i underlaget kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (RÅ 2002 ref. 50).

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen (RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser entreprenad gällande upprustning av Flogstaparken som omfattar cirka 10 000 kvm och innefattar nybyggnation av parkdelar inklusive lektytor. Arbetena omfattar bland annat markarbeten såsom schakt och fyllning, montering av park- och lekutrustning, plantering av växter, snickeriarbeten och beläggningsarbeten. Vissa arbeten ska utföras av sidoentreprenör.

I de administrativa föreskrifterna (AFB.52) anges, såvitt nu är av intresse, följande.

D.2 Erfarenhet

Anbudsgivare ska ha utfört objekt av samma karaktär som Flogstaparken. Detta ska styrkas genom minst två referensobjekt som båda ska anges med namn, plats beställare, starttid och slutförandetid, entreprenadsumma och avse mark- och anläggningsarbete såsom lekplatser och parkmiljö.

I de administrativa föreskrifterna (AFB.31) anges, såvitt nu är av intresse, följande.

Anbudet ska innehålla:

1. Pris inklusive à-prislista och timkostnadslista.

[...] Den i förfrågan bifogade mängdförteckningen ska prissättas och summeras, summan utgör anbudssumman.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om referensuppdrag

Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget rörande kravet på referensuppdrag framgår att det uppställts ett obligatoriskt krav på att referensuppdragen ska avse objekt av samma karaktär som Flogstaparken. Även om skrivningen ”mark- och anläggningsarbeten såsom lekplatser och parkmiljö” i fjärde meningen öppnar upp för referensuppdrag som bestått av andra typer av mark- och anläggningsarbeten utöver lekplatser och parkmiljö framstår det som klart att det ska röra sig om att styrka erfarenhet av sådana likvärdiga objekt som är föremålet för den aktuella upphandlingen.

Enligt kommunen är de av bolaget angivna referensuppdragen - sluttäckning av en deponi och upprustning av en kaj - inte av samma karaktär som föremålet för den nu aktuella upphandlingen. Bolaget har inte påstått att de lämnade referensuppdragens karaktär motsvarar föremålet för upphandlingen i annat avseende än att det rört sig om mark- och anläggningsarbeten. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att bolaget inte har visat att de referensuppdrag som lämnats av bolaget uppfyller det uppställda kravet avseende erfarenhet gällande ”objekt av samma karaktär som Flogstaparken”.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning är formuleringen av kravet på referensuppdrag tillräckligt tydligt för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som efterfrågas. Även om ordet ”såsom” skulle kunna ge den upphandlande myndigheten ett något större utrymme i bedömningen av referensuppdrag, innebär det utifrån det

angivna syftet med uttrycket, inte att kravets utformning skulle öppna upp för någon godtycklig bedömning. Förvaltningsrätten finner att varken kravets utformning eller kommunens tillämpning medför att principen om transparens kan anses ha överträtts.

Förvaltningsrätten finner att Uppsala kommun har haft fog för att förkasta bolagets anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller skall-kravet gällande referensuppdrag. Bolaget har därmed inte lidit skada med anledning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås redan av denna anledning.

Förvaltningsrätten finner dock skäl att även pröva frågan om det förelegat sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Frågan om att avbryta upphandlingen

Ett beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43). Enligt Kammarrätten i Göteborgs avgörandet den 18 mars 2014 i mål nr 7224-13 utgör ett kommunalt beslut att avbryta en upphandling, till följd av att priset för drift i egen regi varit lägre, sakligt godtagbara skäl när kommunen lämnat prisuppgiften om drift i egen regi innan kommunen kände till prisuppgifterna för övriga lämnade anbud.

Av tilldelningsbeslutet framgår att en utvärdering av anbuden föregått beslutet att upphandlingen ska avbrytas. Bolaget har gjort gällande att denna utvärdering inte är objektiv då anbudet från enheten inte uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställts, däribland att referensprojekt saknas och att mängdförteckningen inte är korrekt redovisad. Kommunen å sin sida gör gällande att de krav som avser kontroll av leverantörerna inte är relevanta. Vidare gör kommunen gällande att enhetens förteckningar inte innehåller

brister och att kommunen på objektiva grunder har jämfört anbudspriserna utifrån mängdförteckningarna.

Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att enhetens prisuppgift om utförande i egen regi lämnats i anbudet som öppnades tillsammans med övriga anbud. Kommunen har således inte haft kännedom om prisuppgifterna i övriga lämnade anbud. Förvaltningsrätten har tagit del av den mängdförteckning som finns bifogat anbudet och kan inte se att de felaktigheter som bolaget gör gällande beträffande enhetens mängdförteckning skulle föreligga. Det framgår inte heller att de påstådda felaktigheterna skulle påverka utvärderingen av anbudet eller bedömningen att den av enheten lämnade anbudssumman och utvärderingssumman är lägst av de anbud som uppfyllde kraven för att gå vidare till utvärdering.

Teknik och service är en enhet inom samma juridiska person som den upphandlande myndigheten. Den aktuella produktionsförvaltningen är varken formellt eller faktiskt ett så självständigt organ i förhållande till Uppsala kommun att den är att anses som leverantör i LOU:s mening. Det förhållandet att prisuppgift om utförande i egen regi lämnats i form av ett anbud påverkar inte bedömningen av enhetens status som potentiell leverantör i sig. Kravet på likabehandling i 1 kap. 9 § LOU avser likvärdig behandling av leverantörer.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning har det vid utvärderingen av enhetens anbud inte funnits anledning att kontrollera lämpligheten hos den egna regin på motsvarande sätt som för anbudslämnande leverantörer. Annat har således inte framkommit än att kommunen genomfört en objektiv granskning av den egna regins prisuppgifter.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att de skäl som kommunen anfört för att avbryta upphandlingen är sakligt godtagbara och inte kan anses godtyckliga. Det kan därför inte anses vara i strid med någon av de grund-

läggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling att avbryta upphandlingen under rådande omständigheter. Inte heller vad bolaget i övrigt anfört i frågan om kommunens beslut att avbryta upphandlingen utgör skäl för att ingripa i upphandlingen.

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



Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Peter Wilén.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.