



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-12-02
Meddelad i Härnösand

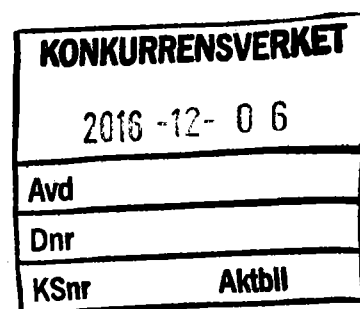
Mål nr
3295-16 E
3437-16 E
3438-16 E
3439-16 E
3440-16 E

SÖKANDE

LPS Projektteknik AB, 559018-6168
Storgatan 12 A
891 33 Örnköldsvik

MOTPARTER

1. Örnköldsviks kommun
891 88 Örnköldsvik
2. Örnköldsviks Hamn och Logistik AB
adress som ovan
3. AB Övikshem
adress som ovan
4. Övik Energi Aktiebolag
adress som ovan
5. Övik Energi Nät Aktiebolag
adress som ovan



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 116177

Postadress Box 314 871 27 Härnösand	Besöksadress Backgränd 9	Telefon 0611-46 06 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se	Telefax 0611-51 18 20	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
--	------------------------------------	--	---------------------------------	---

BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun, AB Övikshem, Övik Energi AB, Övik Energi Nät AB och Örnsköldsviks Hamn och Logistik AB (kommunen m.fl.) upphandlar ramavtal för Tekniska konsulttjänster Arkitekt: Byggnation, inredning och landskap inom bygg- och anläggningssektorn, A 16-002 F. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och utvärderingsgrunden lägsta pris. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 12 september 2016 erhöll LPS Projektteknik AB (LPS) kontraktet, men diskvalificerades därefter i ett nytt tilldelningsbeslut daterat den 20 september 2016, då kommunen m.fl. funnit att anbudet inte uppfyllde ska-kravet avseende en projektering av offentlig badanläggning med en total budget på 10 Mkr.

YRKANDEN M.M.

LPS ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att det första tilldelningsbeslutet ska gälla. De anger i huvudsak följande till stöd för sin talan. LPS har genom ett nytt tilldelningsbeslut diskvalificerats på grund av att de inte uppfyller ska-kravet gällande referens för badanläggning. Enligt det första tilldelningsbeslutet var de rangordnade som nummer ett. Den 20 september 2016 mottog de ett telefonsamtal från Örnsköldsviks kommuns upphandlingsenhet, som meddelade att utskickat tilldelningsbeslut inte längre gällde. Enligt upphandlingsenheten hade lämnad referensperson Peder Sjöström inte de kvalifikationer som krävdes på grund av att endast en timme hade fakturerats på angivet referensuppdrag. LPS anser att lämnad referens ska gälla eftersom engagemang i ett uppdrag inte alltid syns på en faktura. När i anbudet lämnat referensuppdrag utfördes var [REDACTED] grundare, ägare, chef, VD och styrelseordförande i Tecnicon Byggkonsult AB. Han var därmed ansvarig för alla projekt och anställda i företaget och väl insatt i de uppdrag som utfördes under denna tidsperiod. [REDACTED] lämnade företaget i juni 2015 och startade ett nytt byggkonsultföretag, LPS Projektteknik AB. Det innebär inte att hans kunskaper och erfarenheter försvunnit. Den upphandlande myndigheten kan inte diskvalificera dem då kravet på referensuppdrag är uppfyllt. Därutöver anser de att diskvalificeringen meddelats på felaktigt sätt.

Kommunen m.fl. bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Den 12 september 2016 tilldelades LPS Projektteknik AB ett ramavtal, rang 1 i aktuell upphandling och den 20 september 2016 fattade Örnsköldsviks kommun ett nytt tilldelningsbeslut, som skickades till samtliga anbudslämnare. I det nya beslutet framgick att det ersatte tidigare tilldelningsbeslut. I upphandlingen ställdes bl.a. följande krav på anbudsgivaren avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet: ”Anbudsgivaren ska ha erforderlig erfarenhet och kompetens för utförande av uppdraget och vara ett företag som har levererat offererade tjänster för liknande syften. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska under den senaste treårsperioden, räknat från mars 2013, enligt punkten 1.3 Krav, ha genomfört en projektering av offentlig badanläggning med en total budget på 10 Mkr. LPS Projektteknik AB lämnade under denna punkt ett referensuppdrag som utförts av Tecnicon Byggkonsult AB. Därav har LPS inte uppfyllt kravet. I enlighet med 11 kap. 2 § LOU har kraven ställts på anbudsgivaren, det vill säga företaget. Det nya tilldelningsbeslutet med ny avtalsspärr och nytt utvärderingsprotokoll har meddelats samtliga anbudsgivare. Tilldelningsbeslutet har meddelats på rätt sätt och på rätt grunder. Då LPS ej blivit kvalificerad och följaktligen inte kan lida skada, ska överprövningen avvisas och upphandlingen slutföras i enlighet med tilldelningsbeslut daterat den 20 september 2016.

LPS har slutligen anförts bl.a. följande. LOU:s principer om likabehandling och proportionalitet innebär att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar och att villkoren i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Att åsidosätta personlig erfarenhet och utbildning genom att säga att företaget ska ha erfarenheten och inte personerna bakom företaget, innebär att alla nystartade företag diskvalificeras. Detta kan inte ses som att alla leverantörer ges samma förutsättningar. Vidare är kravet på erfarenhet de närmaste tre åren irrelevant när det kommer till projekteringsrutiner och lösningar för badanläggning. De eventuella förändringar och den utveckling som kan ha skett ingår i byggnadsingenjörens roll. Det förefaller orimligt att ha ett ska-krav som är irrelevant för ett flertal av de upphand-

lande enheterna. LPS har lidit skada och yrkar i första hand att tilldelningsbeslut nummer ett ska gälla och i andra hand att upphandlingen ska göras om och genomföras med relevanta ska-krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kommer att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7-13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta (11 kap. 2 § LOU).

Utredningen i målet

Av **AUB.51 Prövning av anbudsgivare** framgår att prövning av konsulten sker genom kvalificeringsfasen och omfattar en formell prövning av konsultens lämplighet med avseende på dennes tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt uppfyllande av i förfrågan ställda ska-krav. Vidare står i **AUB.512 Kvalificeringskriterier Teknisk och yrkesmässig kapacitet** bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha erforderlig erfarenhet och kompetens för utförande av uppdraget och vara ett företag som har levererat offererade tjänster för liknande syften. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. An-

budsgivaren ska under den senaste treårsperioden, räknat från mars 2013, ha genomfört:

- 1 projektering av om- eller nybyggnation på ett uppdrag/projekt med en total budget på 10 Mkr
- 1 projektering av om- eller nybyggnation på ett uppdrag/projekt med en total budet på 25 Mkr
- 1 projektering av offentlig badanläggning med en total budget på 10 Mkr

Samtliga för uppdraget aktuella konsulter ska förutom ställda kompetenskrav i AUC.1, minst inneha nedanstående erfarenhet och kompetens för respektive nivå: Nivå 1 Arkitekt, Nivå 2 Uppdragsledare, Nivå 3 Kvalificerad utredare/projektör, Nivå 4 Biträdande utredare/projektör.

LPS har i sitt anbud under **Företagspresentation** angett vilken kompetens deras anställda har och under **Referensobjekt** listat 93 uppdrag år 2001-2016.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad LPS som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att kommunen m.fl. skickade ett tilldelningsbeslut till anbudslämnarna den 12 september 2016. När de därefter gjorde bedömningen att anbudet från LPS inte uppfyllde samtliga skrävkrav och därmed antagits på felaktig grund, fattades ett nytt tilldelningsbeslut som skickades till anbudslämnarna den 20 september 2016. Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet kan rätta eller

ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte slutits, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds för när (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10). Något formellt hinder mot att ompröva det första tilldelningsbeslutet finns således inte.

Frågan i målet är därefter om de upphandlande myndigheterna brutit mot LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna genom att diskvalificera anbudet från LPS på den grunden att det inte uppfyller samtliga ställda ska-krav.

Förvaltningsrätten konstaterar att det enligt domstolspraxis i och för sig är tillåtet för anbudsgivare som är nystartade att åberopa kompetens som innehas av personer som är knutna till anbudsgivaren även om dessa inte erhållit sin kompetens hos anbudsgivaren. I förfrågningsunderlaget anges också att angivna begrepp har följande betydelse. Med ”konsult” avses i dessa administrativa föreskrifter ”anbudsgivare” och ”leverantör”. Med ”konsult” avses också grupper av leverantörer och de hos leverantören för uppdragen aktuella personer. Med ”anbudsgivare” avses konsult under anbudsskedet. Det kan noteras att det i konsultupphandlingar oftast går att skilja på det anbudsgivande företaget i sig och den eller de konsulter som faktiskt ska utföra uppdraget samt att det i dessa situationer är klarlagt att eventuella referenser ska avse de aktuella konsulterna då även ett nyetablerat företag kan ha knutit till sig kompetent personal med erfarenhet inom området (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom 2008-09-28 i mål nr 1227-08). Förvaltningsrätten finner således av vad som anförts ovan att bolaget i och för sig haft rätt att åberopa den kompetens som [REDACTED] har.

Kravet på referensuppdrag avseende projektering av offentlig badanläggning under punkten AUB.512 har angetts som ett obligatoriskt kvalificeringskrav. Kravet i sig har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte anses vara oproportionerligt. Förvaltningsrätten konsta-

terar att det av ingivet anbud inte framgår på vilket sätt LPS uppfyller nämnda krav. Deras anbud har således rätteligen förkastats. Det saknas därmed skäl för förvaltningsrätten att ingripa med anledning av ansökan om överprövning. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Kristin Norling.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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.