



KLAGANDE

BCA Entreprenad AB, 556411-0848

Ombud: Advokat Ola Jönsson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Trelleborgs kommun, 212000-1199
Rådhuset
231 83 Trelleborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 27 november 2015
i mål nr 9985-15

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KONKURRENSVERKET	
2016 -01- 0 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

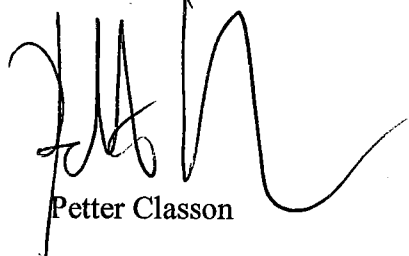
- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 9).



Petter Classon



Silja Klint
referent



SÖKANDE

BCA Entreprenad AB, 556411-0848
Bernstorpsvägen 7
232 91 Arlöv

Ombud: Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Trelleborgs kommun
Rådhuset
231 83 Trelleborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BCA Entreprenad AB:s yrkande om ingripande enligt LOU

BAKGRUND

Trelleborgs kommun (Kommunen) genomför en upphandling av ”VA-sanering Ripatorget-norrut. Av meddelande om tilldelningsbeslut den 14 september 2015 framgår att Trelleborgs kommun tilldelat VA Gruppen AB kontraktet samt att BCA Entreprenad AB (BCA) inte gått vidare till utvärdering i upphandlingen med motiveringen att anbudet inte uppfyller kravet på att huvuddelen av entreprenadarbetet ska vara sanering inom tätbebyggt område.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

BCA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på sätt att en ny utvärdering av inkomna anbud ska ske med beaktande av anbudet från BCA och anför bl.a. följande.

BCA har felaktigt diskvalificerats i upphandlingen. Kommunen har underkänt referensobjekt som lämnats för utsedd platschef. Det relevanta kravet, som anges under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget, är utformat enligt följande.

”E’s utsedda platschef för projektet skall ha väl dokumenterad kompetens för aktuella arbeten. E’s platschef skall ha minst 5 års erfarenhet i rollen som platschef för anläggningsentreprenader samt ha erfarenhet från minst två anläggningsentreprenader större än 5 Mkr, där huvuddelen av entreprenadarbetet har varit sanering av va-system inom tätbebyggt område. Anbudsgivare visar att kravet är uppfyllt genom att till anbudet bifoga personuppgifter för platschef samt referensuppdrag med kontaktuppgifter till uppdragsgivaren. B kan komma att kontakta referenterna (tidigare uppdragsgivare) för att få

ovanstående bekräftat. Anbudsgivaren skall ha kontaktat referenter innan anbudsgivning."

Kommunen har tidigare uppgett att referensobjektet "VA, gator Glasbruket, Limhamn" inte faller inom rekvisitet "inom tätbebyggt område". Det aktuella referensobjektet återfinns på Glasbrukskajen i Limhamn. Området faller klart inom definitionen av tätbebyggt område som fastställdes i ett nordiskt samarbete 1960. BCA uppfattar att kommunen numera vitsordar att referensobjekten ligger inom tätbebyggt område.

Kommunen anför att det inte av BCA:s anbud går att utläsa att de angivna referensobjekten 1 och 2 huvudsakligen avsett va-sanering. Något krav på att lämna en beskrivning av referensobjekten återfinns inte i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget är tydligt i relevant hänseende då detta utöver att ange vilka krav som ska uppfyllas även beskriver på vilket sätt kraven ska uppfyllas, dvs. genom att bifoga personuppgifter för platschef samt referensuppdrag med kontaktuppgifter till uppdragstagare. Kravet innebär endast att referensobjekt ska anges, inte att dessa ska beskrivas. Eftersom det inte i förfrågningsunderlaget återfinns något krav på beskrivning av referensobjekten har BCA inte haft anledning att utforma beskrivning på särskilt sätt. Information om vad respektive referensobjekt innehållit för olika arbetsmoment har inte efterfrågats och har därför inte heller tagits med. Det vitsordas att referensobjekt 3 har en kontraktssumma understigande den efterfrågade. Kravet omfattar dock endast två referensobjekt.

Förfrågningsunderlaget uppställer som tillkommande krav på referensobjekten att dessa till "huvuddelen" ska ha bestått av sanering av va-system. Rekvisitet "huvuddelen" ska tolkas utifrån kravet med syftet, dvs. att visa att anbudsgivare har kapacitet att utföra sanering av va-system av viss storlek. Rekvisitet ska vidare ställas i relation till och tolkas utifrån förfrågningsunderlagets uppgifter om minimistorlek på referensobjekt. Enligt förfråg-

ningsunderlaget får endast entreprenader om minst 5 miljoner kronor beaktas. Referensobjekten ska mot denna bakgrund ha omfattat arbeten med sanering av va-system överstigande 2,5 miljoner kronor för att få lov att beaktas. En tolkning av villkoret "huvuddelen" på sätt att varje referensobjekt till största delen skulle innehålla arbete med va-sanering, skulle få oönskade och icke ändamålsenliga konsekvenser. BCA:s referensobjekt 1 avser en entreprenad om 65 miljoner kronor. Arbetena med sanering av va-system skulle för att uppfylla "huvuddelen" då ha omfattat mer än 32,5 miljoner kronor. En sådan tolkning leder fel och saknar relevans i förhållande till att det för aktuell upphandling aktuella kontraktet. Det skulle vidare strida mot proportionalitetsprincipen vid beaktande av minimikravet vad gäller kontraktssumma om 5 miljoner kronor.

BCA:s angivna referensobjekt 1 och 2 uppfyller ställda krav. Som framgår ovan har referensobjekt 1 omfattat en kontraktssumma om 65 miljoner kronor varav 34 avsett va-sanering. Referensobjekt 2 har omfattat en kontraktssumma om 44 miljoner kronor varav 4 miljoner avsett va-sanering.

Kommunen har utvärderat anbudet efter utvärderingsmodellen lägsta pris. BCA har lämnat lägsta pris. En korrekt kvalificering av BCA:s anbud skulle i en utvärdering medföra att BCA tilldelats kontraktet. Kommunens agerande att felaktigt diskvalificera BCA:s anbud har därmed medfört att BCA lidit – eller i vart fall riskerat att lida – skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har krävt att anbudsgivare ska styrka att personal i nyckelpositioner har teknisk och yrkesmässig kapacitet att genomföra projektet. Det är anbudsgivaren som ska visa att kraven på kapacitet som ställts i upphandlingen är uppfyllda. Kommunen har jämfört uppgifterna i inlämnade anbud med

de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget och även kontaktat de av anbudsgivarna angivna kontaktpersonerna. BCA:s referensobjekt för platschefen är:

1. VA, Gator Glasbruket Limhamn
2. Schaktarbeten Malmö Life
3. Färdigställande av Långåkravägen, Eslöv

Referensbeskrivningen av objekten framgår av BCA:s inlämnade referenslista för platschefen. Referensobjekt 1 beskriver inte att det är huvudsakligen va-sanering som utförts. Vid kontakt med VA-syds projektledare vidimerar hon att det inte har varit huvudsakligen va-sanering i detta projekt. Referensobjekt 2 beskriver inte att det är va-sanering som har utförts överhuvudtaget, utan det är stora schaktarbeten för bassänger och övriga schaktarbeten inom området. Referensobjekt 3 är under kontraktssumman 5 miljoner kronor.

BCA anför att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att beskrivning av referensobjekten ska anges. En huvudregel i LOU är att det ankommer på anbudsgivaren att visa att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Det finns inget stöd för att upphandlande myndighet är skyldig att kontrollera att uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställts på föremålet är riktiga.

Kommunen har inte haft anledning att ifrågasätta att de av BCA lämnade uppgifterna, av vilka det inte framgår att huvuddelen av arbetena varit sanering inom tätbebyggt område. BCA anför en egen tolkning av begreppet "huvuddelen" som saknar relevans i målet. BCA har inte kunnat visa att den av företaget utsedde platschefen har något referensobjekt som uppfyller de obligatoriska kraven.

BCA har inlämnat nya beskrivningar till tidigare angivna referensobjekt. De nya beskrivningarna innehåller nya och ändrade uppgifter som inte överensstämmer med de uppgifter som har bifogats i samband med anbudets avlämnande. Tidigare lämnade uppgifter får inte ändras eller ersättas av nya enligt LOU. Att låta en anbudsgivare förtydliga sitt anbud genom att i efterhand komplettera med uppgifter som enligt de obligatoriska kraven skulle ha lämnats tillsammans med anbudet är inte en sådan rättelse som avses i LOU.

Ett tätbebyggt område enligt Trafikförordningen definieras som stads- eller bykaraktär. Det kan mycket väl vara så att de objekt som BCA hänvisar till genom sina referensobjekt ligger inom tätbebyggt område. Det är dock inte belägenheten som diskvalificerat BCA, utan att referensobjekten inte kunnat styrka att det är huvudsakligen va-sanering som utförts.

Sammanfattningsvis vidhåller Kommunen att BCA inte har kunnat styrka att den av företaget utsedde platschefen har kunnat visa två referensobjekt som uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § 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 16 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förfrågningsunderlaget

Under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget anges följande.

”E’s utsedda platschef för projektet skall ha väl dokumenterad kompetens för aktuella arbeten. E’s platschef skall ha minst 5 års erfarenhet i rollen som platschef för anläggningsentreprenader samt ha erfarenhet från minst två anläggningsentreprenader större än 5 Mkr, där huvuddelen av entreprenadarbetet har varit sanering av va-system inom tätbebyggt område. Anbudsgivare visar att kravet är uppfyllt genom att med anbudet bifoga personuppgifter för platschef samt referensuppdrag med kontaktuppgifter till uppdragsgivaren. B kan komma att kontakta referenterna (tidigare uppdragsgivare) för att få ovanstående bekräftat. Anbudsgivaren skall ha kontaktat referenter innan anbudsgivning.”

Förvaltningsrättens bedömning

Ett anbud som inte uppfyller samtliga i ett förfrågningsunderlag uppställda krav ska i regel förkastas. Frågan i målet är om Kommunen haft fog för att förkasta anbudet från BCA i samband med leverantörskvalificeringen.

Utgångspunkten vid offentlig upphandling är att anbudsgivare i samband med sitt anbudslämnande ska visa att samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav är uppfyllda. I nu aktuell del av förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare visar att kravet avseende platschefens erfarenhet är uppfyllt genom att bifoga personuppgifter för denne samt referensuppdrag med kontaktuppgifter till uppdragsgivaren. Med lämnade uppgifter ska anbudsgiva-

ren visa bl.a. att kravet avseende utsedd platschefs erfarenhet av viss typ av anläggningsentreprenad är uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning måste det för en normalt omsorgsfull anbudsgivare stå klart att en kortfattad beskrivning av referensuppdragen, som ger stöd för att efterfrågad erfarenhet finns, måste lämnas med anbudet för att kravet ska kunna anses uppfyllt. Detsamma gäller beträffande att efterfrågad erfarenhet av rollen som platschef måste framgå av bifogade personuppgifter, även om detta inte uttryckligen anges. Att Kommunen i förfrågningsunderlaget anger att Kommunen kan komma att kontakta referenterna för att få erfarenheten av viss typ av anläggningsentreprenad bekräftad föranleder inte någon annan bedömning. BCA har lämnat en kortfattat beskrivning av respektive tre lämnade referensuppdrag. Av dessa kan inte utläsas att de två referensuppdrag som är tillräcklig omfattning huvudsakligen avsett sanering av va-system inom tätbebyggt område. När det gäller referensuppdrag 2 framgår inte att det är va-sanering som har utförts överhuvudtaget. Eftersom BCA därmed inte visat att bolaget uppfyller aktuellt krav i upphandlingen har Kommunen haft fog för sitt beslut att diskvalificera anbudet från BCA.

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


Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.