



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredragande
 Matilda Skogberg

DOM
 2019-09-30
 Meddelad i Falun

Mål nr
 4348-19

SÖKANDE

SMJ Entreprenad AB, 556786-1496
 Hedetorget 220
 462 93 Vänersborg

MOTPART

Vänersborgs kommun
 462 85 Vänersborg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-09-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 261850

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–12:00
 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Vänersborgs kommun (kommunen) gör en upphandling av Idrottshall (dnr SBN 2019.259). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. SMJ Entreprenad AB (SMJ) har lämnat ett anbud som enligt motivering från kommunen förkastats eftersom SMJ inte uppfyllt det obligatoriska kravet på referensuppdrag.

SMJ ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud. SMJ anför att kravet på referensuppdrag är utformat i strid med proportionalitetsprincipen samt att bolagets anbud felaktigt förkastats trots att bolagets referensuppdrag uppfyller kravet på komplexitet.

Kommunen bestrider bifall till SMJ:s yrkande och anför i huvudsak följande. SMJ uppfyller inte uppställt obligatoriskt kvalificeringskrav avseende referensuppdrag och kraven i upphandlingen strider vare sig mot LOU eller någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad SMJ anför är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att SMJ har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och

icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Upphandlingsdokumenten

Av punkt AFB.52 i upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande.

Referensuppdrag

Anbudsgivaren ska i anbudet ange två (2) referensuppdrag. Referensuppdragen ska ha utförts åt olika från anbudsgivaren externa uppdragsgivare. Referensuppdragen ska ha avsett entreprenad av motsvarande komplexitet som nu aktuellt uppdrag. Med "motsvarande komplexitet" avses byggnation av idrottshall eller annan likvärdig husbyggnation, såsom affärs- och industrilokaler eller lokaler för offentlig eller annan verksamhet, som innefattat större spännvidder och våtrum.

Referensuppdrag 1

Angivet referensuppdrag ska

- ha avsett en kontraktssumma om minst 20 000 000 kr exkl. mervärdesskatt,
- ha utförts i enlighet med för uppdraget avtalade villkor, samt
- ha påbörjats och avslutats inom fem (5) år från sista anbudsdag.

Referensuppdrag 2

Angivet referensuppdrag ska

- ha avsett en kontraktssumma om minst 10 000 000 kr exkl. mervärdesskatt,
- ha utförts i enlighet med för uppdraget avtalade villkor, samt
- ha påbörjats och avslutats inom fem (5) år från sista anbudsdag.

Strider AFB.52 mot proportionalitetsprincipen?

Vad SMJ anför

De kvalificeringskrav som ställs ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att genomföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska vara proportionerliga i förhållande till det som skall upphandlas. Kravet att referensuppdraget ska avse "idrottshall eller annan likvärdig husbyggnation" är inte adekvat eftersom det utesluter företag som besitter kapaciteten men inte har utfört just byggentreprenader i en viss ekonomisk storleksklass. Kravet är inte proportionerligt eftersom definitionen av motsvarande komplexitet vad gäller referensprojekt är alltför snäv och inte på ett relevant sätt säkerställer att anbudsgivaren har tillräcklig kapacitet för uppdraget. Det som eftersträvas i det aktuella kravet är kompetensen och kapaciteten avseende just komplexiteten. Kravet att kompetensen i företaget ska ha

manifesterats genom tidigare byggnation av "idrottshall eller annan likvärdig husbyggnation, såsom affärs- och industrilokaler eller lokaler för offentlig eller annan verksamhet, som innefattar större spännvidder och våtrum" är således varken nödvändig eller exklusivt ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet. Kravet är därmed inte relevant och strider således mot proportionalitetsprincipen.

Vad kommunen anför

Det uppställda kravet har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Upphandlingen avser ett uppdrag att projektera och utföra nybyggnation av en idrottshall. En idrottshall särskiljer sig i flera avseenden från sedvanlig husbyggnation i och med kombinationen av stora spännvidder och större ytor för våtrum. Kommunen har mot denna bakgrund formulerat kravet avseende referensuppdrag och även definierat vad som ska anses utgöra "motsvarande komplexitet". Omfattningen av entreprenaden och dess komplexitet framgår tydligt av upphandlingsdokumentens tekniska delar. Varje normalt omsorgsfull anbudsgivare inom branschen har därmed kunnat bilda sig en tydlig uppfattning om vilken teknisk och yrkesmässig kapacitet som krävs samt vilka referensobjekt som efterfrågas. Kravet är väl avvägt i förhållande till den byggentreprenad som upphandlas och värdet på referensuppdragen är anpassade till värdet på den entreprenad som ska utföras åt kommunen.

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132). En upphandlande myndighet har stor frihet att själv välja vilka krav som ställs

på den vara eller den tjänst som upphandlas så länge kraven inte strider mot de grundläggande principerna och övriga bestämmelser i LOU.

SMJ har gjort gällande att kravet på att referensuppdragen ska avse idrottshall eller annan likvärdig husbyggnation är oproportionerligt och att det medför att företag som besitter kapaciteten men inte har utfört just byggtreprenader i en viss ekonomisk storleksklass utestängs. Kommunen har redogjort för hur bygget av en idrottshall skiljer sig från en vanlig husbyggnation. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att kravet har en tydlig koppling till vad som upphandlas. Vidare framgår kravet tydligt av upphandlingsdokumenten. Förvaltningsrätten anser inte att SMJ har visat att den specifika erfarenhet som kommunen efterfrågar kan styrkas på något annat, mindre omfattande sätt. Det faktum att referensuppdrag som inte utgörs av byggtreprenader av motsvarande komplexitet och storlek inte kan anses uppfylla kravet medför inte att kravet är utformat i strid med proportionalitetsprincipen. SMJ har således inte visat att kravet på referensuppdrag är oproportionerligt.

Har SMJ:s anbud felaktigt förkastats?

Vad SMJ anför

Bolagets referensuppdrag ett, utbyte av rörbro under riksväg 44 i Uddevalla, gäller ett komplext arbete innefattande markarbeten, rörarbeten, betongarbeten, hållfasthetsberäkningar med mera och är ett mycket komplext arbete. Komplexitetsgraden är i vart fall lika hög som i byggtreprenader av det slag som den aktuella upphandlingen gäller, vilket kommunen inte heller verkar förneka. Bolagets anbud uppfyller således de villkor som ställts.

Vad kommunen anför

SMJ har som referensuppdrag ett angett utbyte av rörbro under väg 44 i Uddevalla. Referensuppdraget uppfyller inte kravet på teknisk och

yrkesmässig kapacitet såsom detta tydligt redovisats för under AFB.52. Referensuppdraget visar inte att SMJ har teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra den typ av byggentreprenad som nu är fallet, dvs. uppförande av en idrottshall. Referensuppdraget gäller istället en markentreprenad.

Förvaltningsrättens bedömning

SMJ har gjort gällande att bolagets referensuppdrag ett uppfyller de krav som ställts i upphandlingsdokumenten avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen har gjort gällande att bolagets anbud rätteligen förkastats eftersom referensuppdraget, som gäller en markentreprenad, inte visar att bolaget har erfarenhet av entreprenad av motsvarande komplexitet som nu aktuellt uppdrag. Förvaltningsrätten anser inte att det har framkommit skäl att ifrågasätta kommunens bedömning av SMJ:s anbud. SMJ har inte heller visat att bolagets anbud uppfyller det aktuella kravet. Det har således varit korrekt av kommunen att förkasta SMJ:s anbud.

Sammanfattning

SMJ har inte anfört omständigheter som visar att kommunen utformat upphandlingsdokumenten i strid med de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU. SMJ har inte heller visat att kommunen agerat i strid med upphandlingsdokumenten, de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU när kommunen förkastat bolagets anbud. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Hanna Berglund
rådman



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 avisar 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.