



SÖKANDE

Byggmästar'n i Skåne AB, 556463-5273
Testvägen 16
232 37 Arlöv

MOTPART

Burlövs kommun
Box 53
232 21 Arlöv

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Byggmästar'n i Skåne AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Burlövs kommun genomför en upphandling av ny skola, Svenshögskolan i Arlöv. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbudet från AB Byggcompagniet i Malmö. Anbudet från Byggmästar'n i Skåne AB har diskvalificerats från utvärdering.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Byggmästar'n i Skåne AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och anför som grund följande. Tilldelningen är felaktig med hänsyn till kraven om anbudets form och innehåll. Den vinnande anbudsgivaren uppfyller inte kravet vad gäller att anbud ska lämnas i digital kopia. När det gäller kvalificeringsprocessen är denna bristfällig. Det ska råda tydlighet redan när man väljer att räkna på ett projekt och lämna anbud. Det är i detta fall osäkert för en anbudsgivare om man är kvalificerad eller inte i anbudsskedet. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att referenser kommer att inhämtas för att kommunen ska kunna bedöma anbudsgivarens förmåga att fullgöra uppdraget ifråga om bl.a. yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Därför ska anbudsgivare till anbudet bifoga fyra avslutade referensuppdrag. Om anbudsgivaren tidigare har utfört uppdrag för kommunen ska kommunen anges som referent för minst ett referensuppdrag. Referenterna kommer att få två veckor på sig att svara på frågorna kort efter anbudstidens utgång. Vidare anges att det fordras att samtliga referenspersoner besvarar samtliga ställda frågor jakande för att anbudsgivaren ska anses kunna kvalificera sig i upphandlingen. Enligt bolaget råder det ingen tydlighet eller öppenhet avseende när referenterna får tillgång till frågorna och när de svarat. Anbudsgivarna har därmed ingen påverkan på att anbudet blir komplett. Vidare blir det en särbehandling då det är krav på att de anbudsgivare som utfört arbeten åt den upphandlade

myndigheten måste använda en referens avseende sådant genomfört arbete. Entreprenörer som inte tidigare har gjort jobb åt den aktuella upphandlande myndigheten har i denna upphandling kunnat välja fritt avseende referenser. Vidare krävs det att referensgivaren förstår syftet med frågorna och konsekvenserna av svaren. I bolagets fall har en referens fått frågorna via e-post utan att förtydligande kring syftet med frågorna fanns med. Referenten vet inte heller vilket projekt han är referent till vilket skapar en otydlighet och kan äventyra kvalificeringen. Bolaget ifrågasätter starkt kvalificeringen och bedömer att kommunikationen varit otydlig, vilket har fått stora konsekvenser för bolaget. Med tanke på att referenser är oerhört viktiga i kvalificeringen anser bolaget att det brister avseende förutsebarhet och öppenhet, samt proportionalitet. Dessutom råder särbehandling. Bolaget kan inte bedöma den skada som bolaget har lidit.

Burlövs kommun yrkar att bolagets ansökan ska avslås och anför följande. Bolaget har inte anfört något som skulle medföra att de för upphandling grundläggande kraven på objektivitet, likabehandling och ickediskriminering inte har följts. Bolaget har för övrigt inte heller anfört eller klargjort att eller på vilket sätt det lidit skada. Ansökan från bolaget är därför ogrundad och det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att pröva ansökan. Det är riktigt att det fanns krav i förfrågningsunderlaget på digital kopia av anbudet. Den vinnande anbudsgivaren har lämnat en digitalkopia i form av en cd-skiva. Vidare syftar inte kravet till att kvalificera en anbudslämnare. I förfrågningsunderlaget redovisas vidare klart och tydligt hur referenshämtningen skulle göras. Det möjliggjorde för anbudsgivarna att i förväg se referensfrågorna, själva välja sina referenspersoner och också kontakta referenserna och med valfri information förbereda dessa på referenstagningen. Anbudsgivarna har därmed möjlighet att påverka referenstagningen och svaren. Även om det inte är referenstagningens syfte att kunna manipulera fram endast ensidigt positiva referenser så kan anbudsgivare göra just det. Det är upp till anbudsgivarna att förbereda sina referen-

ser i den utsträckning de anser vara nödvändigt och exempelvis lämna uppgifter ur förfrågningsunderlaget som förklaringar etc. Bolagets invändning att en av bolaget redovisade referenter inte skulle ha fått information om syftet eller vilket projekt denne var referent till stämmer inte. Dessutom hade bolaget endast utfört ett arbete för denne referensperson. Bolagets invändning mot kravet att anbudsgivare som tidigare utfört uppdrag för beställaren ska ange beställaren som referens är inte heller gångbart, då sådana krav är vedertagna och godtagbara i praxis. Det finns därför ingen särbehandling som strider mot LOU. Det ligger i sakens natur att det självfallet är vitalt för en upphandlande myndighet att kunna beakta egna erfarenheter av utförare för att få fram en rättvisande bild av om anbudslämnaren visat bra förmåga i fråga om att hålla tider, kvalitet m.m. Referenskraven utgör således viktiga kvalifikationskrav i upphandlingen. När en anbudsgivare får underkänt av tidigare kund som är referens i en upphandling kan det inte anses annat än korrekt att diskvalificera den anbudsgivaren på denna grund.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Vidare är det den sökande leverantören som ska visa att han har lidit eller riskerat att lida skada (se HFD 2013 ref 53).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i underlaget. Vidare ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i underlaget kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

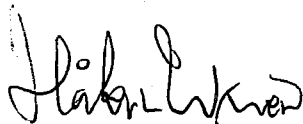
När det först gäller vad bolaget anfört om kravet i förfrågningsunderlaget under punkten AFB.31, gällande anbudets form och innehåll, är det i målet inte är visat annat än att den vinnande anbudsgivarens anbud är lämnat skriftligt i original och i digital kopia. Anbudet uppfyller således aktuellt krav och skäl för ingripande enligt LOU på denna av bolaget anförda grunden föreligger därför inte.

Bolaget har i målet vidare anfört invändningar mot vad som anges i förfrågningsunderlaget avseende referenstagning och kommunens förfarande vid kvalificeringsprocessen. När det gäller bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra en byggentreprenad anges i 11 kap. 13 § LOU att särskild vikt får fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Förvaltningsrätten finner därvid att en upphandlande myndighet, såsom i nu aktuell upphandling, inte är förhindrad att använda referenser, även egna, vid prövning av anbudsgivares förmåga i kvalificeringsfasen. En sådan referenstagning måste dock ske på ett objektiva sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte träds för när (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

I det nu aktuella förfrågningsunderlaget anges under punkten AFB.52 att referenser kommer att inhämtas för att kunna bedöma anbudsgivares förmåga att fullgöra uppdraget ifråga om bl.a. yrkeskunskande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Vidare anges att anbudsgivare därför ska förteckna och till anbudet bifoga fyra avslutade referensuppdrag samt ange referenspersoner. Har anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag för kommunen ska kommunen anges som referent för minst ett sådant referensuppdrag. Vidare redogörs för vilka frågor som kommer att ställas till referenspersonerna, vilken tid de har på sig att svara, vad de förväntas ha en uppfattning om och ta ställning till samt att det fordras att samtliga referenspersoner besvarar samtliga ställda frågor jakande för att anbudsgivaren ska anses kvalificerad i upphandlingen. Vidare anges att det är anbudsgivaren som ansvarar för att referenterna är nåbara, tillfrågade och har godkänt att uppdraget åberopas.

Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget inte förmått visa att nu aktuellt förfrågningsunderlag eller kommunens förfarande vid kvalificeringsprocessen har sådana brister att det kan anses strida mot de gemenskapsrättsliga principerna eller mot bestämmelserna i LOU. Inte heller har bolaget förmått visa att, eller på vilket sätt, bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Håkan Wirén

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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. 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.

