



SÖKANDE

Processbygg Tjöm AB, 556790-9485
Nordviksberg 46
471 95 Skärhamn

MOTPART

AB Eidar, Trollhättans bostadsbolag, 556049-7611
Box 928
461 29 Trollhättan

Ombud: Advokat Eilert Andersson
Jur.kand. Karin Benumar
Wistrand Advokatbyrå Göteborg KB
Box 11920
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2015-10-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

AB Eidar, Trollhättans bostadsbolag (nedan AB Eidar) genomför en upphandling avseende nyproduktion av radhus, projektnummer 6273, områdesnummer 044. Av utvärderingsprotokollet framgår att Processbygg Tjörn AB (nedan Processbygg) har uteslutits från utvärderingen eftersom företaget inte har angett referensprojekt från anbudsgivare och kraven i AFB.51 har därför inte uppfyllts.

YRKANDEN M.M.

Processbygg yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Processbygg anför i huvudsak följande. I AFB.31 anges, utan en närmare definition av projekten, att anbudsgivarna ska ange tre referensprojekt. Det framgår inte av den bifogade mallen vilken typ av projekt som ska anges, vilka krav som ställs på projekten eller att det är referenser hänförliga till anbudsgivaren som efterfrågas. Mallen innehåller inte heller någon hänvisning till 11 kap. 11 § LOU eller något annat lagrum. För det fall AB Eidar avsett att ange referensprojekt enbart skulle avse anbudsgivaren skulle det ha varit enkelt att ange detta med en hänvisning till ett visst lagrum i LOU eller genom att i vart fall använda sig av terminologin i LOU, dvs. efterfråga uppgifter om slutförda byggtreprenader. Så har dock inte skett. Det kan dessutom inte finnas någon skyldighet för en anbudsgivare att vara insatt i LOU på den detaljnivå som krävs för att, utifrån det synnerligen bristfälliga förfrågningsunderlaget, inse att skrivningen under AFB.31 syftar på 11 kap. 11 § LOU. I enlighet med avtalsrättsliga principer och principen om transparens är det istället upphandlande myndighets ansvar att se till att undvika oklarheter.

Syftet med angivande av referenser är att visa att anbudsgivaren förfogar över nödvändiga resurser vid utförandet av kontraktet. Referensprojekt hänförliga till den offererade organisationen är ett betydligt bättre bevis på anbudsgivarens nuvarande kapacitet och kompetens än en historisk sammanställning av företagets projekt. Processbygg har valt ut referensprojekt som visar att det i företaget finns en betydande kompetens och kapacitet att utföra liknande projekt som upphandlingen avser, trots att förfrågningsunderlaget är så bristfälligt utformat att det i praktiken skulle ha varit möjligt att ange uppförande av lekstugor som referensprojekt. De angivna referensprojekten avser entreprenader där Fredrik Andersson har medverkat. Han har offererats som ombud, platschef samt kvalitets- och miljöansvarig för den aktuella entreprenaden och har numerä enbart engagemang i Processbygg. Det får sammanfattningsvis anses visat att Processbygg kommer att förfoga över nödvändig kompetens och erfarenhet vid utförandet av kontraktet. Skallkravet avseende referensprojekt har därmed uppfyllts. AB Eidars beslut är följaktligen felaktigt och strider mot principerna om transparens och likabehandling. För det fall Processbyggs anbud inte anses uppfylla det ställda skallkravet bör upphandlingen göras om på grund av att förfrågningsunderlagets utformning strider mot principen om transparens. Processbygg har lämnat ett lägre anbud än vinnande leverantör och har därför lidit skada av att AB Eidar har agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

AB Eidar anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Av 11 kap. 11 § andra stycket 1 LOU framgår att upphandlande myndighet får infordra förteckning över slutförda byggentreprenader under de senaste fem åren. AB Eidar har i enlighet med LOU och AFB.51 ställt krav i AFB.31 på ingivande av referenser för anbudsgivaren, dvs. företaget som lämnar anbudet. Syftet har varit att kunna kontrollera och bedöma företagets tekniska och yrkesmässiga kapacitet att genomföra byggentreprenadprojekt av motsvarande omfattning. I begreppet teknisk och yrkesmässig kapacitet

ryms inte endast personalens yrkeskvalifikationer, yrkeskunnande eller erfarenhet. Det krävs även att företaget förfogar över såväl personalresurser som materiella resurser i den omfattning som krävs för att genomföra en byggentreprenad. Genom en förteckning över slutförda byggentreprenader under de senaste fem åren kan upphandlande myndigheter säkerställa att leverantören, i vart fall historiskt, har förfogat över exempelvis den organisation som krävs för att driva och slutföra den typ av större projekt som en byggentreprenad utgör. Att begreppet teknisk och yrkesmässig kapacitet är avsett att innefatta mer än endast yrkeskunnande och erfarenhet för enstaka personer i personalen framgår numera av artikel 58 punkt 4 i det nya EU-direktivet om offentlig upphandling (se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG). I direktivet anges beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet att den upphandlande myndigheten får ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard.

Att referenskravet avser företagets slutförda byggentreprenader enligt 11 kap. 11 § andra stycket i LOU framgår av förtydligandet i AFB.31 att referenserna inte får vara äldre än 5 år från slutbesiktningsdatum. Processbygg bör därvid i egenskap av etablerad byggentreprenadfirma ha kunskap om de regler i LOU som särskilt berör byggentreprenader. Det finns vidare inget i de administrativa föreskrifterna eller i mallen för referensprojekt som antyder att kravet på angivande av referenser för anbudsgivaren kan uppfyllas genom angivande av personliga referenser för platschefen. Om syftet hade varit att inhämta personliga referenser skulle AB Eidar ha specificerat i mallen vilka personers referenser som efterfrågats samt, i syfte att kunna verifiera lämnade uppgifter, efterfrågat och lämnat plats för att ange vilket företag personen ifråga arbetat på vid utförande av referensprojektet. Det skulle även ha medfört att anbudsgivare skulle ha fått ge in en separat bilaga för

varje offererad person. Genom att AB Eidar istället har utformat mallen för referensprojekt på aktuellt sätt samt valt att kräva in CV och lista över referensprojekt i angivna bilagor framgår det att kravet inte kan avse annat än referenser hänförliga till företaget. En annan tolkning skulle bl.a. innebära att samma uppgifter begärts in två gånger. Kravet på angivande av referenser hänförliga till företaget är sammanfattningsvis tillräckligt tydligt formulerat för att en normalt omsorgsfull leverantör på marknaden ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som avses med det uppställda kvalificeringskravet. I detta sammanhang kan framhållas att övriga anbudsgivare i upphandlingen har varit klara över att referenstagningen har avsett företaget enligt 11 kap. 11 § andra stycket 1 LOU. Av rättspraxis följer dessutom att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att rättsreglerna på upphandlingsområdet inte åsidosätts (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

Kravet ifråga får vidare anses vara proportionerligt. Processbygg har inte i övrigt framfört något skäl till varför det skulle vara oproportionerligt eller annars i strid med LOU att hålla fast vid det uppställda kravet på angivande av tre referensprojekt hänförliga till företaget och inte till någon av företagets anställda. I detta avseende kan särskilt noteras att Processbygg inte är ett nystartat företag. Det finns därmed inte heller av annan anledning skäl att betrakta kravet som diskriminerande eller oproportionerligt i något avseende.

Förhållandet att Processbyggs platschef är kompetent och har erfarenhet av arbetet som platschef i tidigare byggprojekt där ett annat företag har varit utförare medför inte att det är styrkt att Processbygg har den organisation samt de personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som är nödvändig för att genomföra byggentreprenaden. Processbygg har följaktligen inte uppfyllt ett obligatoriskt kvalificeringskrav och det har därför varit korrekt att utesluta bolaget från upphandlingen. AB Eidar skulle annars ha från-

fallit ett obligatoriskt krav i förhållande till en av anbudsgivarna, vilket står i strid med principerna om likabehandling och transparens. Eftersom AB Eidar inte har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i samma lag kan Processbygg inte anses ha lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 (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 kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

AFB.31 Anbudets form och innehåll

Anbud ska lämnas i enlighet med förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret.

[...]

Anbudet skall innehålla följande uppgifter:

[...]

- CV för: (anbudsformulär punkt 5)

- Ombud (bilaga 5a)
- Platschef (bilaga 5 b)
- Namnge ansvarig för: (anbudsformulär punkt 5)
 - Kvalitetsansvarig
 - Miljöansvarig
 - Tillståndsansvarig
 - Byggarbetsmiljösamordnare Bas-P och Bas-U
- 3 stycken referensprojekt (anbudsformulär punkt 6). Referenserna får inte vara äldre än 5 år från slutbesiktningsdatum. Uppgifter enligt Mall för referensprojekt som skall användas (bilaga 6). Eidar kommer eventuellt att kontakta respektive angiven kontaktperson.

[...]

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

[...]

Kvalificering

[...]

2. Anbudsgivare skall ha en sådan teknisk och yrkesmässig kapacitet att anbudsgivaren kan genomföra uppdraget. Skallkrav enligt AFB.31 skall vara redovisade i anbudet. Om ställda kvalificeringskrav ej uppfylls kommer anbudet att förkastas.

Av mallen för referensprojekt framgår att anbudsgivaren ska ange referensprojektets namn, datum för slutbesiktning, typ av projekt, storlek (Mkr), beställare, kontaktperson hos beställaren samt telefonnummer och e-postadress till kontaktpersonen.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten

har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

AB Eidar har uppställt krav på att anbudet ska innehålla tre referensprojekt för att styrka teknisk och yrkesmässig kapacitet. Frågan i målet är om kravet är tillräckligt tydligt utformat och om Processbygg i så fall har uppfyllt kravet.

Begreppet teknisk och yrkesmässig kapacitet har inte definierats närmare i LOU. Vägledning kan dock fås av 11 kap. 11 § LOU som gäller upphandlingar över tröskelvärdena. Av bestämmelsens ordalydelse framgår att det är leverantörens kapacitet som avses och att det finns ett flertal olika sätt att visa teknisk kapacitet. Flera av de möjliga bevisen för teknisk kapacitet avser endast vissa delar av den totala kapaciteten, exempelvis uppgifter om teknisk utrustning eller yrkeskvalifikationer. Förhållandet att begreppet teknisk kapacitet omfattar mer än en anställds erfarenhet och kompetens kan följaktligen inte leda till slutsatsen att varje enskilt bevis måste utgöra fullständig bevisning för teknisk och yrkesmässig kapacitet eller att bevisen måste vara hänförliga till företaget som helhet och inte till någon av företagets anställda. Genom att utgångspunkten är att det är leverantörens kapacitet som avses och AB Eidar inte har lämnat plats i mallen för att ange vem som har utfört referensprojekten anser förvaltningsrätten dock att det tillräckligt tydligt framgår att det är referensprojekt hänförliga till företaget som helhet som har efterfrågats i den aktuella upphandlingen. Processbygg har följaktligen inte uppfyllt skullkravet i denna del. Eftersom Processbygg inte heller har visat att företaget lider skada av övriga anförda brister ska ansökan om överprövning avslås.

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



Marianne Lindén

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



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 kapitler i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.