



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-08-13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3524-13

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 1 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Bröderna Pettersson, 917001-8296
Ellegatan 3
753 16 Uppsala

Ombud: Advokat Hugo Norlén och Jur.kand. Lovisa Nordström Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Fortifikationsverket, 202100-4607
631 89 Eskilstuna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan och upphäver rättsens interimistiska beslut i målet.

Dok.Id 131656

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Fortifikationsverket genomför upphandling av ramavtal för vinterväghållning och väg-, mark- och parkskötsel vid Uppsala garnison (dnr 1368/2013). Upphandlingen genomförs som förenklad upphandling och anbudstiden gick ut den 15 maj 2013.

Bröderna Pettersson ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket bestrider att fel har begåtts vid upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

Förvaltningsrätten har den 16 maj 2013 på begäran av Bröderna Pettersson interimistiskt beslutat att Fortifikationsverket inte får ingå avtal och att beslutet gäller till dess förvaltningsrätten bestämmer något annat.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bröderna Pettersson

Fortifikationsverket har i upphandlingen ställt upp skallkrav om att leverantören ska uppvisa två referensobjekt som avslutats inom de senaste tre åren med avslutande statuskontroll/slutbesiktning som visar på godkänt resultat vid första slutbesiktningstillfället. Fortifikationsverket har även förbehållit sig rätten att använda tidigare utförda arbeten åt Fortifikationsverket som referensobjekt i första hand, oavsett om anbudsgivaren kan uppvisa andra referensobjekt. Förfrågningsunderlagets krav strider mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Bröderna Pettersson.

Kravet på godkänd slutbesiktning i punkt UF3.51 i förfrågningsunderlaget

Kravet på kvalitet strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Kravet står inte i rimlig proportion till de tjänster som ska utföras i upphandlingen, det vill säga skötsel av gräsytor och plantering av buskar m.m. Bröderna Pettersson uppfyller inte kravet i fråga och kan således inte avge anbud i upphandlingen. Detta till trots att de anmärkningar som framförts vid besiktningen varit av obetydlig art och Bröderna Pettersson har åtgärdat anmärkningarna vartefter entreprenaden godkänts.

Det är mer regel än undantag att besiktningsman har anmärkningar vid en besiktning av entreprenad av den aktuella storleken och omfattningen i tid. Entreprenören ges då en möjlighet att åtgärda bristerna och därefter kan entreprenaden godkännas. Det är inget anmärkningsvärt eller dramatiskt att få anmärkningar vid en entreprenad. Att anbudsgivare tidigare fått vissa anmärkningar avseende en tidigare utförd entreprenad innebär inte att anbudsgivaren saknar tillräcklig förmåga och erfarenhet för att utföra de upphandlade tjänsterna. Det gäller under alla omständigheter inte om anbudsgivaren åtgärdade anmärkningarna och sedan fått ett godkänt resultat.

Kravet i UF3.51 är således inte lämpligt eller nödvändigt för att säkerställa att den vinnande leverantören har tillräcklig förmåga och erfarenhet. Det går att tillförsäkra sig kompetens på annat sätt. Skallkravet är vidare alltför långtgående och oproportionerligt i förhållande till de tjänster som ska utföras samt i förhållande till att säkerställa att leverantörerna har tillräcklig kompetens. Kravet är för långtgående eftersom det utesluter alla anbudsgivare som har fått anmärkningar vid en första besiktning, utan beaktande av vilken typ av anmärkningar det är fråga om. Kravet leder till att Bröderna Pettersson och andra entreprenörer utesluts trots att de faktiskt besitter den kompetens och erfarenhet som krävs.

Fortifikationsverket har tillämpat ett olämpligt standardavtal, ABT 94, för den tidigare entreprenaden vid Uppsala garnison. I den nu aktuella upphandlingen kommer myndigheten tillämpa ABFF 04 istället. Det standardavtalet innebär inte att någon slutbesiktning genomförs utan istället utförs en avslutande statuskontroll som inte utmynnar i ett beslut om godkännande eller inte. Skallkravet på godkänt resultat vid första slutbesiktningstillfället kommer endast att beröra de fåtal anbudsgivare som av någon anledning tidigare haft ett liknande uppdrag där slutbesiktning genomförts. Fortifikationsverket har väl känt till dessa omständigheter vilket starkt talar för att det verkliga syftet med skallkravet varit att utesluta Bröderna Pettersson från att delta i upphandlingen.

Rätten att använda sig av egen referens

Fortifikationsverkets förbehåll i UF3.51 i förfrågningsunderlaget om rätt att använda tidigare utförda arbeten åt Fortifikationsverket som referensuppdrag strider också mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna. Kravet innebär att Bröderna Pettersson utesluts från upphandlingen trots att man kan uppvisa referenser från andra motsvarande entreprenader de senaste tre åren, med godkänt resultat vid första besiktningen. Som kravet är uppställt skulle Bröderna Petterssons anbud ändå förkastas, eftersom deras uppdrag åt Fortifikationsverket inte godkänkts vid första besiktningen. Förbehållet talar starkt för att det verkliga syftet med kravet inte är att säkerställa anbudsgivarnas kompetens och förmåga, utan att utesluta Bröderna Pettersson från möjligheten att delta i upphandlingen.

Kravet i UF3.51 i förfrågningsunderlaget innebär att Fortifikationsverket kringgår de restriktiva reglerna i 10 kap. 2 § p. 4 LOU om uteslutning av anbudsgivare på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta utgör i sig grund för att upphandlingen ska göras om.

Skada

Förfrågningsunderlaget innehåller allvarliga brister som omöjliggör för Bröderna Pettersson att avge anbud. Bröderna Pettersson riskerar därför att lida skada.

Fortifikationsverket

Kravet på godkänd slutbesiktning i punkt UF3.51 i förfrågningsunderlaget

Det uppdrag avseende mark- och parkskötsel som Bröderna Pettersson tidigare utfört åt Fortifikationsverket har genomförts med standardavtalet ABT 94 (Allmänna Bestämmelser för Totalentreprenader avseende byggnads, anläggnings- och installationsarbeten) som avtalsinnehåll. Av dessa bestämmelser framgår att slutbesiktning ska verkställas vid kontraktstidens utgång. Vid slutbesiktningen ska besiktningsmannen godkänna entreprenaden, om fel inte föreligger. I begränsad omfattning förekommande fel av mindre betydelse får dock inte utgöra hinder för godkännande. Det innebär att förekomsten av fel i sig inte innebär att entreprenaden ska underkännas vid slutbesiktningen. Det är tämligen vanligt förekommande att entreprenaden uppvisar felaktigheter som ska åtgärdas av entreprenören, men att felen inte är av den digniteten att entreprenaden ska underkännas. Om besiktningsmannen dock gör bedömningen att felen inte är av begränsad omfattning och av mindre betydelse, utan är av mer väsentlig karaktär, leder detta till att entreprenaden inte godkänns. Fortifikationsverket har inte ställt krav på att inga fel får förekomma vid slutbesiktningen av referensuppdragen. Beslut om underkännande vid slutbesiktning är mycket ovanligt förekommande i entreprenadsammanhang.

Kravet på godkänt resultat vid slutbesiktning utgör ett sätt för Fortifikationsverket att förvissa sig om att anbudsgivaren har kapacitet och kompetens för att kunna utföra referensuppdragen med tillräckligt god kvalitet.

Att ställa ett sådant krav är helt rimligt i nu aktuell upphandling och väl inom ramarna för proportionalitetsprincipen.

Rätten att använda sig av egen referens

Fortifikationsverket har i förfrågningsunderlaget angivit krav avseende referensobjekt. Kraven innebär bl.a. att om anbudsgivaren har genomfört uppdrag åt Fortifikationsverket som är relevanta för upphandlingen, förbehåller sig Fortifikationsverket rätten att använda dessa uppdrag som referensobjekt i första hand. Syftet med detta är att ge Fortifikationsverket möjlighet att beakta verkets egna erfarenheter av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt förutsättningar och krav avseende lämnade referensuppdrag. Någon skillnad avseende externa eller egna referenser föreligger inte utan kraven för dessa är liktydiga, liksom kriterierna för hur bedömningen av dessa kommer att ske. Kravet på egen referens är inte specifikt för just denna upphandling. Påståendet att syftet med detta krav skulle vara att utestänga Bröderna Pettersson från deltagande i upphandlingen är grundlöst och bestrids. Förfrågningsunderlagets krav i dessa delar strider inte mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av punkt UF3.51 (Krav på kvalitet) i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren ska kunna uppvisa två referensobjekt som avslutats under de senaste tre åren med avslutade statuskontroll/slutbesiktning som visar på godkänt resultat vid första slutbesiktningstillfället. I det fall entreprenören tidigare har utfört arbeten gentemot beställaren, förbehåller sig beställaren rätten att använda dessa som referensobjekt i första hand.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Prövningen i målet gäller utformningen av förfrågningsunderlaget. Det rör sig således inte om en prövning av en redan gjord anbudsutvärdering.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU.

Kravet på godkänd slutbesiktning i punkt UF3.51 i förfrågningsunderlaget

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav eller önskemål som väljs måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, d.v.s. att de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. De krav som ställs upp får dock inte strida mot bl.a. den s.k. proportionalitetsprincipen. Enligt EU-rättslig praxis innebär denna princip att bedömningen av vilken kravnivå som ställs i en enskild upphandling ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det andra steget i bedömningen tar sikte på huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och innefattar frågan om det finns något mindre ingripande alternativ. Det tredje steget omfattar en bedömning av om de negativa effekter som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten noterar att kravet på godkänd slutbesiktning gäller samma tjänster som avses i upphandlingen och rätten bedömer att ett krav

som gäller tidigare godkända prestationer måste anses vara både lämpligt och effektivt för att förvissa sig om att anbudsgivaren har kapacitet och kompetens för att kunna utföra uppdraget med tillräckligt god kvalitet. Den omständigheten att slutbesiktningen har fokus på förhållandena i en entreprenads slutskede föranleder inte annan bedömning. Åtgärden att kräva godkänt resultat vid första slutbesiktningstillfället är visserligen mer långtgående än det krav Fortifikationsverket använt tidigare i upphandlingen. Fortifikationsverket har dock uppgett, vilket inte bestridits av Bröderna Pettersson, att det är mycket ovanligt att slutbesiktningar inte godkänns i entreprenadsammanhang. Förvaltningsrätten finner vidare anledning att beakta det Fortifikationsverket uppgett om hur slutbesiktningar genomförs, bl.a. att fel, brister och anmärkningar vid besiktning kan bedömas vara på olika nivåer och att dessa nedslag inte med nödvändighet leder till att besiktningen inte godkänns. Förvaltningsrätten bedömer med hänsyn till detta att det inte kan anses framgå att kravet skulle vara omotiverat långtgående för att uppnå den kapacitet och kompetens som eftersöks. Bröderna Pettersson har visserligen uppgett att slutbesiktning utförs enligt ABT 94 men inte enligt standardavtalet ABFF 04 som är avsett för exempelvis skötsel av grönytor och att Fortifikationsverket kommer att använda sig av ABFF 04 för det aktuella uppdraget. Det framgår dock inte att användandet av ett krav på slutbesiktning endast skulle träffa sökanden och därigenom uppfattas vara diskriminerande.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Bröderna Pettersson inte förmått visa att skullkravet i punkt UF3.51 skulle strida mot proportionalitetsprincipen.

Rätten att använda sig av egen referens

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 10 juni 2011 (mål 862-11) uttalat att det inte kan finnas något hinder mot att en upphandlande myndighet använder sig av egna referenser i kvalificeringsfasen så länge som refe-

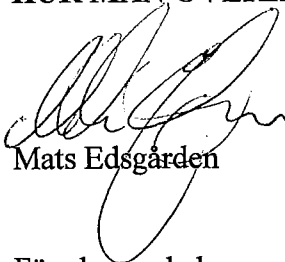
renstagningen sker på ett objektivt sätt och inte strider mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LOU. I domen uttalas vidare att det inte kan anses stå i strid med LOU att den upphandlande myndigheten, när det som i leverantörens fall funnits flera relevanta egenreferenser, haft möjlighet att välja vilken av dessa som man velat använda sig av.

Vad gäller rätten att använda sig av egen referens i första hand noterar förvaltningsrätten att det är en möjlighet som Fortifikationsverket förbehåller sig men att kravet inte är utformat så att myndigheten med nödvändighet också kommer att beakta egenreferens. Det finns inte stöd för att ifrågasätta Fortifikationsverkets uppgift om att externa och egna referenser kommer att behandlas lika såvitt gäller bedömningen av referenserna i sak. Det Bröderna Pettersson uppgett visar inte heller att användning av det aktuella skallkravet på annat sätt innebär överträdelse av de grundläggande principerna i LOU.

Bröderna Pettersson har inte uteslutits ur upphandlingen. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § p. 4 LOU om detta är därmed inte tillämpligt i målet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte har framkommit tillräckliga skäl för ingripande mot upphandlingen på av Bröderna Pettersson anförda grunder. Ansökan ska därmed avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 16 maj 2013 om att Fortifikationsverket inte får ingå avtal ska härmed upphävas.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.