



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-04-18
Meddelad i Linköping

Mål nr
139-18

KONKURRENSVERKET	
2018-04-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	AKBII

SÖKANDE

Wilzéns Mark & Betongteknik AB, 556841-0095
Idögatan 31
582 72 Linköping

Ombud: Advokaterna Martin Levinsohn och Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud: Advokaten Christian Wahlström
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 317841

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun genomför upphandlingen Nybyggnation av Kimstad förskola, markentreprenad, med dnr UH-2017-122. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen har den 28 december 2018 fattat tilldelningsbeslut enligt vilket Markmästarna i Östergötland AB (Markmästarna) har tilldelats kontraktet. Wilzéns Mark & Betongteknik AB:s (Wilzéns) anbud rangordnades som tvåa.

Wilzéns ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske i form av ny anbudsprövning varvid Markmästarnas anbud ska förkastas.

Norrköpings kommun bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Wilzéns

Av upphandlingsdokumentet, AFB.52 med underrubrik referensentreprenader, framgår att anbudsgivaren ska ha slutfört minst tre entreprenader under de fem senaste åren och att detta ska styrkas med intyg om att entreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt. Samtliga de referensintyg som Markmästarna lämnat har utfärdats och undertecknats av Markmästarna självt. Det kan därmed inte anses som ett godtagbart underlag för att styrka lämpligheten då själva syftet med kravet på redovisning förfelas om anbudsgivarna på egen hand kan utfärda denna typ av handling. Under samma punkt i upphandlingsdokumentet tillåts anbudsgivarna explicit att själva

intyga uppgift gällande kvalitets- respektive miljöledningssystem, vilket tydliggör att andra krav omfattas av huvudregeln om att intygen ska ha utfärdats av relevant tredje man. Detta är den enda rimliga tolkningen om kravet ska kunna tjäna till att säkerställa att anbudsgivarna har den kompetens som efterfrågas. Vid kontroll med angiven kontaktperson på Markmästarnas referensuppdrag nummer två framkom även att det inte stämmer såsom kommunen anfört, att uppgifterna i intyget bekräftats vid kontakt med angivna kontaktpersoner. Därutöver har Markmästarna i övriga redovisade referensuppdrag hänvisat till personer som strikt talat inte är representanter för beställaren. Denna brist kan inte läkas genom att kommunen genomför en intern referenstagning. Vad kommunen senare har anfört om referenstagningen ändrar inte Wilzés ståndpunkt. Snarare visar yttrandet att det finns brister och oklarheter i kommunens anbudsprövning. Därutöver kan bristen på dokumentation ifrågasättas utifrån kommunens skyldighet att säkerställa att upphandlingen genomförts på ett öppet sätt enligt 4 kap. 1 § LOU samt kommunens dokumentationsskyldighet enligt 12 kap. 14 § LOU.

Då Markmästarnas anbud inte uppfyller obligatoriska krav på anbudsgivarnas lämplighet enligt AFB.52 strider det mot principen om likabehandling att anta Markmästarnas anbud. Det framgår av praxis från EU-domstolen att upphandlande myndighet strängt ska följa de kriterier som den själv har fastställt. Upphandlingsfelet har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är den mest lämpliga åtgärden.

Norrköpings kommun

Markmästarnas anbud uppfyller de krav på referensuppdrag som fastslagits i upphandlingsdokumentet. Av 15 kap. 11 § LOU framgår att myndigheten får begära att anbudsgivaren inkommer med intyg om att de viktigaste byggenreparaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt, under förutsättning att projekten inte är äldre än fem år. I lagtexten finns inget krav på att vem

som ska utfärda ett sådant intyg eller att intyget ska uppfylla vissa formkrav. Det viktigaste torde dock vara att den upphandlande myndigheten kan få uppgifterna verifierade från representant för beställaren och det räcker således med angivande av kontaktuppgifter. Kommunen har härvid tagit kontakt med referenspersoner som bekräftat riktigheten i de lämnade uppgifterna. Kommunen var dessutom själv beställare i två av tre återopade referensuppdrag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumentet ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 2691-15).

Av upphandlingsdokumentet AFB.52 framgår bl.a. följande under rubriken referensentreprenader. *Anbudslämnarna ska ha slutfört minst tre entreprenader under de senaste fem åren och detta ska styrkas genom intyg om att entreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt, plats för entreprenaderna samt att de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt. Som referensentreprenader räknas skola, förskola eller liknande byggnadstyp.*

Wilzéns har i målet gjort gällande att anbudet från Markmästarna inte uppfyller kravet avseende intyg eftersom Markmästarna självt utfärdat intygen och att det ligger i sakens natur att ett intyg ska vara utfärdat av en tredje part för att ha ett värde. Kommunen har i sin tur invänt att det saknas formkrav för hur ett intyg ska vara utfärdat samt att kommunen bedömt det som tillräckligt att riktigheten i uppgifterna kunnat kontrolleras.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av det aktuella kravets lydelse klart och tydligt framgår att det är fråga om ett sådant obligatoriskt krav som en anbudsgivare måste uppfylla för att kvalificeras för upphandlingen. Frågan är då om Markmästarna har uppfyllt det aktuella kravet genom de uppgifter som lämnats i anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumentet inte innehåller någon beskrivning av vem som ska ha utfärdat de aktuella intygen. Med intyg avses normalt handlingar som är utfärdade av någon annan än anbudsgivaren själv (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 30 mars 2017 i mål nr 188-17). Leverantörens eget intygande om att entreprenaden slutförts på ett tillfredsställande sätt torde inte kunna användas som bevis. Det finns dock inget som hindrar att den upphandlande myndigheten utifrån en referensförteckning själv inhämtar uppgifterna från den eller de personer som är beställarens kontaktpersoner. Vid en tolkning av kravets innebörd bör enligt

förvaltningsrättens mening den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde. Ett sådant tolkningsföreträde måste dock tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen. Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att det utifrån kravets ordalydelse och syfte inte föreligger något vägande skäl att tolka det ställda kravet på ett strängare sätt än vad kommunen framfört i målet. Att en upphandlande myndighet avseende ett kvalificeringskrav av denna typ ger utrymme för anbudsgivaren att välja hur ett intyg ska vara utformat kan inte heller anses vara i strid med LOU och dess allmänna principer. I och med detta är det förvaltningsrättens uppfattning att de intyg som Markmästarna i aktuellt avseende har lämnat tillsammans med sitt anbud utifrån upphandlingsdokumentet i tillräcklig mån uppfyller syftet med det uppställda kravet på bevisning. Kommunen har i målet också redogjort för de kontakter som har tagits med representanter för beställarna av de olika referensobjekten. Wilzéns har således inte förmått visa att tilldelningen av kontraktet till Markmästarna varit felaktig. Något skäl att besluta om ingripande i upphandlingen föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Föredragande har varit juristen Louise Danielsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.