



SÖKANDE

Svenska RegMaster AB, 556376-6285
Erik Segersälls väg 34
126 50 Hägersten

MOTPART

Sigtuna kommun
195 85 Märsta

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 -C1- 2 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sigtuna kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd "Sti per skola etapp 3", dnr UH-2018-136. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Byggnadsfirma J. Kjellander AB.

Svenska RegMaster AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas så att vinnande anbud förkastas alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Det obligatoriska kravet på platsbesök under vecka 35 är oproportionerligt. Vid proportionalitetsbedömning ska prövning göras i tre steg och det aktuella kravet uppfyller inte dessa steg. Kravet leder inte till det avsedda ändamålet eftersom inte bestämmelserna om vad som ska förutsättas enligt AB 04 kap. 1 § 7 eller rätten till ÄTA enligt kap. 2 § 4 har ändrats på ett sådant sätt som skulle krävas. Kravet är inte nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet. Både bestämmelsen i AFB.17 och reglerna i AB 04 förutsätter att generalentreprenören har gjort ett platsbesök. Generalentreprenören står själv risken om denne väljer att inte göra ett sådant besök. Ett krav på att platsbesöket ska ske just vecka 35 är inte nödvändigt.

Bolaget har besökt platsen tidigare. För att det ska vara rimligt att kräva att besöka platsen igen krävs att förutsättningarna har förändrats i en inte obetydlig omfattning från tidigare. Fördelen med kravet står inte i rimlig proportion till skadan för anbudsgivarna. Kravet på platsbesök under vecka 35 försvårar anbudsarbetet avsevärt utan att leda till någon fördel för upphandlande myndighet. Exakt samma sak hade kunnat uppnås utan att uppställa ett skall-krav på platsbesök under vecka 35 (se AB kap. 1 § 7 och kap. 2 § 4). Kravet på platsbesök under en specifik vecka innebär en uppenbar negativ effekt för potentiella anbudsgivare, särskilt för mindre leverantörer.

En mindre leverantör har kanske inte möjlighet att avsätta en person en hel dag under vecka 35, som dessutom infaller strax efter sommarsemestrarna då arbetsbelastningen ofta är särskilt hög.

Det ska också påpekas att kravet på att platsbesök skulle genomföras just vecka 35 inte angavs i någon av de högre ”rankade” handlingarna.

Det är mycket ovanligt att vid en upphandling av en entreprenad, oavsett vad entreprenaden avser, kräva att anbudsgivaren genomför ett platsbesök. Under de senaste 18 år som kan överblickas har bolaget lämnat ett stort antal anbud i såväl offentliga upphandlingar som i upphandlingar av privata beställare. Inte någon annan gång har någon annan beställare än kommunen krävt att anbudsgivare ska genomföra ett platsbesök.

Vinnande anbudsgivare har inte uppfyllt krav på referensuppdrag. Ett av referensuppdragen som har angetts avser nyproduktion och inte renovering. I det andra godkända anbudet har likaså angetts ett referensuppdrag som avser nyproduktion och inte renovering. I detta fall är det inte heller fråga om en utförandeentreprenad. Av den antagne leverantörens redovisning av referensuppdraget framgår inte renoveringsuppdragets omfattning. Det är fråga om helt nya uppgifter jämfört med vad som anges i anbudet och utgör en otillåten komplettering av anbudet.

Inget av de godkända anbuden har uppfyllt kravet på att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga "Avsiktsförklaring - Branschregler Säker Vatteninstallation". En upphandlande enhet får i en offentlig upphandling inte ställa krav som man vare sig har för avsikt eller möjlighet att kontrollera, vilket motsäger kommunens tolkning av kravet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Bolaget har inte visat att kommunen handlat i strid med LOU eller att upphandlingen på annat sätt skulle strida mot LOU. Kravet på platsbesök är förenligt med proportionalitetsprincipen, vinnande leverantör har inkommit med två godkända referensprojekt och det åligger inte anbudsgivarna att inkomma med "Avsiktsförklaring - Branschregler Säker Vatteninstallation" i sitt anbud till kommunen. Bolaget har inte visat att det lidit, eller riskerar lida, den skada som föreskrivs i 20 kap. 6 § LOU.

Det framgår tydligt och klart av upphandlingsdokumenten att en förutsättning för anbudet är att platsbesök genomförts.

I enlighet med likabehandlingsprincipen får en upphandlande enhet inte ändra, efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumenten. Ett anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav kan således inte beaktas vid utvärderingen. Av upphandlingsdokumenten framgår att kommunen uppställt krav på platsbesök under vecka 35. Det är ostridigt att bolaget inte genomfört ett platsbesök under vecka 35 och kommunen har därmed agerat korrekt genom att utsluta bolagets anbud. Bolaget har således inte lidit någon skada som berättigar att domstolen ska ingripa mot upphandlingen.

En upphandlande myndighet har ett betydande utrymme i fråga om vilka krav och kriterier som den vill ange i upphandlingsdokumenten, förutsatt att dessa följer de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Att kräva platsbesök är inte ovanligt vid upphandling av entreprenader, särskilt när de omfattar ombyggnation eller renovering som denna upphandling omfattar. Bestämmelserna som anges i AB 04 ska inte sammanblandas med det förfarande som kommunen är ålagd att genomföra enligt LOU. Att det för upp-

draget som upphandlingen omfattar ligger ett standardavtal i grunden ändrar inte kommunens möjlighet att ställa krav i upphandlingen.

Kravet är i linje med de grundläggande principerna enligt 4 kap. 1 § LOU, särskilt proportionalitetsprincipen. Kommunen har för att anbudsgivaren ska förvissa sig om exakt omfattning av arbetet och få en bättre helhetsbild över uppdraget ställt upp platsbesök som ett obligatoriskt krav för att anbud ska tas upp till utvärdering. Enligt kommunens erfarenhet minskar platsbesök antalet missförstånd och oklarheter som kan uppstå senare i avtalsförhållandet vilket leder till färre ÄTA-arbeten och anbud som är bättre underbyggda. Platsbesök är det effektivaste och mest lämpliga tillvägagångsättet att uppnå eftersträvat syfte. Det anges tydligt i underlaget att platsbesök ska genomföras och att det är en förutsättning för att anbudet ska godtas.

Kommunen anser att kravet på platsbesök är i högst grad relevant då alla faktorer som påverkar entreprenaden inte kan utläsas från ritningarna. Det är en trygghet för både kommunen och övriga anbudsgivare att platsbesök har genomförts och samtliga anbudsgivare är införstådda med projektets beskaffenhet. Kommunen anser att det är nödvändigt med platsbesök för att säkerställa det eftersträvade syftet. Platsbesöken skulle genomföras under vecka 35. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att genomföra platsbesöken på egen hand, utan tjänsteman från kommunen har varit tvungen att närvara vid platsbesöken för att kunna ge anbudsgivaren tillträde till samtliga ytor som entreprenaden omfattar då skolan är låst och besök måste anmälas. Kommunen ställde hela vecka 35 till förfogande. Kommunen anser att anbudsgivare har beretts god tid för planering och inte heller har det inkommit några frågor för platsbesök annan tid än den angivna. Kommunen ska inte läggas till last att bolaget översett kravet på platsbesök som tydligt angivits i upphandlingsunderlaget. Att bolaget har besökt platsen tidigare förändrar inte bedömningen. Kommunen är ålagd att behandla samtliga potentiella anbudsgivare lika.

Bolaget gör gällande att antagen leverantörs andra referensprojekt inte ska godkännas då projektet är en nybyggnation. Det bolaget har anfört är inte korrekt. Vid kontroll av referenserna tillfrågades referenspersonen om referensuppdraget och dess beskaffenhet. Referenspersonen bekräftade att uppdraget omfattade renovering. Anbudsgivaren hade genomfört renovering av ca 700 kvm, däribland renovering av kontorslokaler. Värdet av den delen av uppdraget överstiger kravet på minst 6 Mkr. Kommunen har som krav på referenser angivit att uppdraget ska ha omfattat renovering. Kravet begränsar inte anbudsgivare till att endast lämna in referensobjekt som uteslutande omfattat renovering. Uppdraget uppfyller de krav som kommunen angivit i skall-krav 1.6. Kommunen har vidare tillämpat begränsad kontroll enligt 19 kap. 20 § LOU. Då en av de godkända anbudsgivarna inte varit i vinnande läge har kommunen inte kontrollerat de av anbudsgivaren inskickade referensprojekten.

Kommunen har vid kontroll av angivna referenser säkerställt med referenspersonen att referensprojektet uppfyller ställda krav i upphandlingen. Det är inte att se som en otillåten komplettering då leverantören inte inkommer med några nya uppgifter till anbudet, utan referenspersonen förtydligar vad som redan finns angivet i anbudet. Bolaget har inte visat att de har lidit eller riskerar att lida den skada som föreskrivs i 20 kap. 6 § LOU. Bolaget kan inte lida skada då bolagets anbud rätteligen förkastades och inte hade någon möjlighet att tilldelas kontraktet. Kommunen upphandlar i den nu överprövade upphandlingen en generalentreprenör vilket innebär att vinnande anbudsgivare i ett senare skede kommer att kontraktera underentreprenörer för att genomföra delar av arbetet. Kommunen har föreskrivit att i det anbud som underentreprenören (rörentreprenören) tillhandahåller generalentreprenören ska bifogas en "Avsiktsförklaring - Branschregler Säker Vatteninstallation". Det anges tydligt i underlaget att det är rörentreprenörens anbud som ska innehålla denna avsiktsförklaring, inte generalentreprenörens anbud till kommunen. Det ankommer därför inte på kommunen att förkasta vin-

nande leverantör på denna grund. Kommunen har både möjlighet och har för avsikt att kontrollera att antagen entreprenör inhämtar "Avsiktsförklaring - Branschregler Säker Vatteninstallation" i det anbud som rörentreprenören ska inkomma med. Då kommunen anser att det är av vikt att avsiktsförklaringen bifogas rörentreprenörens anbud har kommunen angett kravet i underlaget så att kommunen i ett senare tillfälle, när anbud infordras, kan kontrollera att kravet uppfylls.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Av EU-domstolens praxis angående proportionalitetsprincipen (se t.ex. mål C-234/03 Contse m.fl.) framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se även bl.a. NOU:s yttrande den 11 maj 2005, dnr 2005/0088-29, Konkurrensverkets yttrande den 15 juli

2008 i Kammarrätten i Stockholms dom den 30 december 2008, mål nr 4283-08, och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009, mål nr 3477-09).

Bolaget har gjort gällande att kommunens krav på att anbudsgivare ska genomföra platsbesök under vecka 35 är oproportionerligt och att fördelen med kravet inte står i rimlig proportion till skadan för anbudsgivarna.

Kommunen har anfört att platsbesök enligt kommunens erfarenhet säkerställer att anbudsgivaren har en god helhetsbild, att det bidrar till väl underbyggda anbud och minskar antalet missförstånd i framtiden, vilket bl.a. bidrar till minskade kostnader i form av ÄTA-arbeten.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framstår kravet som proportionerligt och den olägenhet som består i att under viss tid under anbudstiden avsätta en heldag för anställd person, får anses vara begränsad och överkomlig. Kravet får således utifrån vad kommunen uppgett anses som lämpligt och effektivt, nödvändigt mot bakgrund av kommunens syfte och inte oproportionerligt med hänsyn till den negativa effekten. Vad bolaget anfört om regelverket i AB 04 ändrar inte bedömningen. Det bör i detta sammanhang också noteras att den upphandlande myndigheten har stor frihet att utforma upphandlingen. En utgångspunkt är här den upphandlande myndighetens behov, såsom den upphandlande myndigheten förstår det.

Bolaget har inte uppfyllt det obligatoriska kravet på att genomföra ett platsbesök under vecka 35. Kommunen hade därmed fog för att förkasta bolagets anbud. Att bolaget vid ett tidigare tillfälle gjort platsbesök kan med hänsyn till likabehandlingsprincipen inte beaktas.

Bolaget har vidare anfört att övriga anbudsgivare inte uppfyllt referenskrav och krav på att tillhandahålla en avsiktsförklaring.

När det gäller uppfyllnad av referenskravet har kommunen uppgett att vinnande anbudsgivares åberopade referens uppfyller kravet och att övrigt godkänt anbud inte kontrollerats då begränsad kontroll enligt 19 kap. 20 § LOU tillämpats. Det kan konstateras att vinnande anbudsgivare vid angivande av referens lämnat hänvisning till referensperson och att det i kravet inte närmare angivits vad beskrivningen av referensuppdraget ska innehålla, endast vad uppdraget faktiskt ska omfatta. Det har därför inte framkommit annat än att vinnande anbudsgivare i sitt anbud uppfyllt det obligatoriska kravet. De uppgifter som kommunen inhämtat har därmed inte utgjort någon otillåten komplettering.

När det gäller kravet på att tillhandahålla en avsiktsförklaring har det i målet framgått att det avser en annan entreprenör i ett senare steg. Det ska således inte anses som ett krav på vad anbudet ska innehålla. Skrivningen i upphandlingsunderlaget får närmast anses precisera vilka skyldigheter som föreligger i ett senare skede. Det har alltså inte när det gäller detta krav heller framkommit något som ger förvaltningsrätten anledning att ingripa mot upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte har framgått att det i upphandlingen förelegat något fel, som bolaget har kunnat lida skada av. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lina Törnqvist
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



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 avvisar 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.

