



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-10-17
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3157-17

Sida 1 (6)

SÖKANDE

Processbygg Tjörn AB, 556790-9485

Ombud:

Advokaten Daniel Modéus
Modéus Advokatbyrå AB
Harebacken 3
443 32 Lerum

MOTPART

Ale kommun
449 80 Alafors

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-10-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen av ridanläggning Jennylund, dnr KS.2016.413, ska göras om.

Dok.Id 504221

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Ale kommun har genomfört en upphandling av en byggtreprenad avseende ridanläggning Jennylund, dnr KS.2016.413. Av tilldelningsbeslut den 8 mars 2017 framgår att Processbygg Tjörn AB inte har kvalificerat sig för utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Processbygg Tjörn AB (Processbygg) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Processbygg anför i huvudsak följande. Följande obligatoriskt krav angavs i förfrågningsunderlaget:

Anbudsgivaren ska beskriva två (2) utförda entreprenaduppdrag, varav en (1) ska vara tekniskt avancerad som motsvarar denna upphandling. Med ”motsvarande art” menas av vad som framgår av rambeskrivningen.

Referensuppdragen får inte vara äldre än fem (5) år och det ska framgå av referensuppdragen att dessa motsvarar en entreprenad som denna upphandling avser.

Processbygg lämnade in två uppdrag dels BMSS Lyckan som avsåg rivning av befintlig byggnad jämte nybyggnad av sju lägenheter och ett miljöhus, och dels Lilldalshemmet som avsåg ombyggnad av storkök och övriga ytor på ett äldreboende. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen inte ansåg att kravet var uppfyllt avseende referensuppdrag 2, Lilldalshemmet. Av kravet i förfrågningsunderlaget framgår dock att endast ett av de två referensuppdragen behöver vara av samma grad av teknisk komplexitet som den ridanläggning som upphandlingen avser. Kommunen har bara ifrågasatt

ett av referensuppdragen och har därmed godtagit det andra. Processbygg har därmed uppfyllt ställt krav. Efter tilldelningsbeslutet har kommunen hävdad att båda referensuppdragen ska ha varit av samma art som den aktuella upphandlingen och därvid hänvisat till tredje meningen i aktuellt krav. Detta är dock fel av två skäl. Dels framgår det tydligt med fetmarkerad text att det bara är det ena uppdraget som behöver vara tekniskt avancerat som motsvarar upphandlingen. Om kravet ska tolkas som kommunen hävdar blir texten i kravet motstridig och förfrågningsunderlaget är därmed inte klart och tydligt. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot principerna om öppenhet och förutsägbarhet. Processbygg anser dock att båda lämnade referensuppdrag uppfyller även det krav som kommunen menar anges i tredje meningen. Uppdraget vid Lilldalshemmet är mer tekniskt avancerat än ridanläggningen eftersom det även involverade ombyggnation av befintlig lokal. Kommunen har inte specificerat vad ”motsvarande” avser vilket utvidgat anbudsgivarnas tolkningsutrymme. Båda lämnade referensuppdrag utgörs av totalentreprenader som innefattat både projektering och utförande. Om Processbygg fått klar och tydlig information om vad som krävdes hade bolaget haft gott om andra uppdrag som kunnat åberopas t.ex. Varekils skola åt Orust kommun och Håлта skola åt Kungälv kommun. Eftersom bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om. Då Processbygg lämnat lägst anbudssumma skulle bolagets anbud ha vunnit upphandlingen vid en korrekt anbudsbedömning. Processbygg har eller kan därmed lida skada till följd av kommunens agerande. Processbygg har inte åberopat uppdragen för Kungälv och Orust kommun som referensuppdrag i upphandlingen. Dessa får således inte beaktas vid nu aktuell prövning.

Ale Kommun (kommunen) anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska lämna två referensuppdrag och att referensuppdragen ska motsvara en entreprenad som upphandlingen avser. Av rambeskrivningen framgår att det

är fråga om nybyggnation av ridhus, rivning av befintligt klubbhus och två baracker samt yttre arbeten med markplanering runt nybyggnationen. Processbygg har inte lämnat in två referenser som motsvarar detta. Kommunen anser inte att ombyggnation i befintlig lokal motsvarar aktuell upphandling. I ansökan om överprövning hänvisar Processbygg till ytterligare två uppdrag. Vid kontakt med företrädare för kommunerna har det framkommit att det var mycket stora brister i utförandet av dessa uppdrag. Det framkommer således att Processbygg inte har den tekniska personal och tekniska organisation som krävs för att genomföra entreprenaden.

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 brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

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 eller andra bestämmelser i

LOU. 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 Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

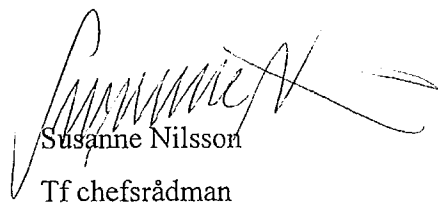
Den huvudsakliga frågan i målet är om Processbygg i och med de lämnade referensuppdragen har uppfyllt ställt krav i upphandlingen avseende teknisk kapacitet. Enligt förvaltningsrättens bedömning är en ombyggnation av ett storkök på ett äldreboende inte att anse som motsvarande till den nu aktuella upphandlingen som innefattar rivning av byggnader, nybyggnation av ett ridhus samt markarbeten i samband med nybyggnationen.

Frågan blir därmed om kravet anger att ett eller två referensuppdrag ska vara motsvarande den aktuella upphandlingen. Så som kravet är utformat framgår det enligt första meningen, som dessutom är skriven med fetstil, att endast ett uppdrag behöver vara tekniskt avancerat motsvarande aktuellt uppdrag. I tredje meningen anges dock att referensuppdragen ska motsvara en entreprenad som upphandlingen avser. Den tredje meningen får således enligt förvaltningsrättens mening tolkas som att båda referensuppdragen ska motsvara den aktuella upphandlingens omfattning.

Mot bakgrund av ovanstående är det aktuella kravet enligt förvaltningsrättens mening både otydligt och motsägelsefullt. Kravet är så otydligt att det enligt förvaltningsrättens bedömning inte går att avgöra om endast ett eller båda referensuppdragen ska motsvara det aktuella upphandlingsuppdraget. Då brister i förfrågningsunderlaget är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt med en rättelse utan upphandlingen ska göras om.

Vad kommunen har anfört om vad Kungälv och Orust kommun har angett i samband med andra uppdrag utförda av Processbygg påverkar inte denna bedömning eftersom Processbygg inte lämnat dessa uppdrag som referenser i nu aktuell upphandling.

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



Susanne Nilsson
Tf chefsrådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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