



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2014-04-16
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1788-14

SÖKANDE

Metsjö Förvaltning AB, 556863-2078
Stora Metsjö, Skärpa
585 92 Linköping

Ombud: Advokaten Richard Holm
Berntö Advokatbyrå AB
Torggatan 4
582 19 Linköping

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: Kommunjuristen Jan-Erik Nilsson
Linköpings kommun
Juridikgruppen
581 81 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 159922

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Nybyggnad av stadsdelslekplats i Garnisonen, diarienummer UH-2014-6. Vid upphandlingen tillämpas förenklat förfarande och tilldelning av kontrakt sker till anbud med lägst pris. Av tilldelningsbeslut den 5 mars 2014 framgår att kommunen beslutat att anta Markmiljö i Jönköping AB som leverantör i upphandlingen. Av upphandlingsrapporten, som bifogades tilldelningsbeslutet, framgår att anbudet från Metsjö Förvaltning AB (bolaget) förkastades med hänvisning till att en av tre lämnade referenser inte uppfyller kravet avseende att inom de tre senaste åren ha genomfört liknande uppdrag, både avseende storlek och karaktär, som upphandlingen avser.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget tilldelas kontrakt.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT*Bolaget*

Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudsgivarna ska styrka sin tekniska förmåga, kapacitet och yrkeskunnande m.m. bl.a. genom att lämna tre referenser från liknande entreprenader. Bolaget har i anbudshandlingen lämnat tre referenser och bolagets referens nummer två, avseende anläggning av en magnolialund i Trädgårdsföreningen i Linkö-

pings kommun, har bedömts inte vara relevant för upphandlingen och för det ställda kravet.

Bolagets erfarenhet och kompetens har bedömts utifrån ett antagande om att angivande av en viss referens skulle tala för att bolaget saknade den efterfrågade erfarenheten. Det är en slutsats som inte kan dras utifrån anbudsunderlagets utformning och däri angivna krav på referenser. Bedömningen av om en referens är relevant och därmed uppfyller ställda krav ska göras med utgångspunkt i upphandlingsobjektet i dess helhet, i varje upphandling för sig, men också utifrån en relevant bedömning av om den angivna referensen objektivt kan anses motsvara ställt krav. Endast om det finns sakligt godtagbara skäl för att underkänna en referens, får ett anbud förkastas av den anledningen. Det har inte kommunen haft i detta fall. Referensuppdraget är en ”liknande entreprenad” och bolaget har i vart fall haft goda grunder för att utgå ifrån att referensen skulle anses vara relevant. Referensen avser mark- och anläggningsarbete, vilket är relevant för att bedöma bolagets tekniska förmåga och kapacitet m.m. Delmomenten i och omfattningen av referensuppdrag två framgår av en á-prislista, vilken anger de åtgärder som skulle och har utförts i entreprenaden. Påståendet att uppdraget endast avsåg plantering av träd är mot bakgrund av denna uppenbart oriktigt.

Kommunens inställning kan inte förstås på annat sätt än att endast entreprenörer som har uttrycklig erfarenhet av att genomföra entreprenader avseende just lekplatser av viss omfattning och aktualitet skulle komma ifråga. Alla andra entreprenörer som har formell kompetens och gedigen och relevant erfarenhet av markentreprenader eller liknande skulle därmed vara förhindrade att kunna antas till kommunens entreprenader avseende anläggande av lekplatser, vilket torde stå i strid med LOU. Därtill torde det

vara så att en entreprenör med verksamhet omfattande markarbeten med installationer för offentlig utomhusmiljö också känner till att det ställs särskilda krav på lekplatser, såväl som på andra installationer.

Begreppet ”liknande entreprenader” kräver en tolkning och värdering av dess innebörd. Även om kommunen anser sig ha en etablerad förståelse för vad ”liknande entreprenader” innebär är det inte kommunens definition av begreppet som är av intresse. Det avgörande är hur en anbudsgivare rimligen kan uppfatta hur ett sådant begrepp ska förstås och tolkas och hur det angivna kravet uppfylls vid avgivande av anbudet. I detta fall innebär det att bolagets referenser ska anses uppfylla de i anbudsunderlaget angivna kraven och kommunen har därför inte haft sakligt godtagbara skäl för att förkasta bolagets anbud utifrån de lämnade referenserna. Anser kommunen att entreprenader avseende anläggande av lekplatser kräver en specifik kompetens kunde kommunen ha specificerat att referenserna skulle avse ”lekplats-entreprenader”, eller uttryckligen hänvisat till entreprenader utförda i enlighet med dessa regelverk. Då detta inte gjorts brister anbudsunderlaget i tydlighet och förutsebarhet eftersom det tyckts förutsätta en förkunskap om vad kommunen anser vara ”liknande entreprenader” som inte framgår av anbudsunderlaget. Kommunen borde således ha preciserat kravet för att kunna underkänna bolagets referens.

Även om bolagets referens två skulle vara möjlig att underkänna avser dock referens nummer tre, anläggande av närlekplatser, två olika uppdrag, vilket också framgår av anbudshandlingen och kontrakten för uppdragen. Eftersom bolaget inte kunnat veta att dess referens två senare inte skulle anses vara en ”liknande entreprenad” vore det inte rimligt om annan angiven referens inte kunde användas till styrkande av att man uppfyllt kommunens krav i upphandlingen. Det anges inte heller något hinder mot att

ange fler än tre referenser. Bolaget har angett referenserna på det sätt som referenslistan är utformad och i enlighet med hur man uppfattat kommunens förfrågningsunderlag.

Bolaget uppfyller således kraven i upphandlingen och kommunen har därmed inte haft rätt att utesluta bolagets anbud. Kommunens agerande strider mot 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling och förutsebarhet. Om kravet skulle avse referenser enbart från uppdrag som rör just lekplatser skulle ett sådant krav inte stå i proportion till det av kommunen avsedda ändamålet och därför inte få tillämpas på det sätt som kommunen har gjort. Eftersom bolagets anbud uppfyller kraven och hade det lägsta anbudspriset skulle bolagets anbud rätteligen ha antagits. Bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada, varför skäl för ingripande föreligger.

Kommunen

Anbudet från bolaget förkastades på sakliga skäl eftersom det inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. Det har bl.a. uppställts krav på erfarenhet av liknande entreprenader, både avseende storlek och karaktär, som upphandlingen avser. Till styrkande av att kravet var uppfyllt skulle tre tidigare uppdrag med angivande av kontaktperson redovisas i anbudsformuläret. Bolaget har redovisat uppdrag som avser ny aktivitetspark i Vasaparken i Norrköpings kommun, ny magnolialund i Trädgårdsföreningen i Linköpings kommun och byggande av två närlekplatser i Linköpings kommun. Kommunen gjorde bedömningen att referensuppdrag två inte kan anses vara jämförbar med nybyggnad av en lekplats. För att försäkra sig om att bedömningen var riktig tog kommunen kontakt med den person som bolaget angett som kontakt för detta referensuppdrag. Kontaktpersonen uppgav, såsom svar på frågan vad uppdraget innebar, att det

rörde sig om plantering av träd. Plantering av träd kan svårligen anses vara av samma karaktär som nybyggnad av lekplats, särskilt med hänsyn tagen till att anläggande av allmänna lekplatser underordnas ett omfattande regelsystem vad gäller säkerhet. Det är också en avsevärd skillnad mellan det som upptas i den av bolaget åberopade å-prislistan och att anlägga en lekplats, även om det rent tekniskt kan finnas vissa beröringspunkter. Därtill beskriver å-prislistan enbart en prissättning av olika tänkbara åtgärder, d.v.s. även ändrings- och tilläggsarbeten, och inte vad som faktiskt har utförts.

Uttrycket ”liknande entreprenader” är vedertaget och används regelmässigt i entreprenadupphandlingar. Därtill har en upphandlande myndighet en långtgående frihet att bestämma förfrågningsunderlagets utformning under förutsättning att det inte strider mot det upphandlingsrättsliga regelverket. Förfrågningsunderlaget brister således inte i transparens. Att i detalj beskriva ett uppdrag av detta slag låter sig inte göras. Konsekvenserna för det fall den upphandlande myndigheten försöker göra det är antingen att kraven blir oproportionerliga eller att inga anbud kommer in. Bedömningen huruvida ett angivet referensuppdrag är att anse som likvärdigt ska ske utifrån uppdragets faktiska innehåll. Företrädare för anbudsgivare får härvidlag använda sitt sunda förnuft vid bedömning av om bolagets tidigare erfarenheter överensstämmer med efterfrågade färdigheter.

Påståendet att referensuppdrag tre ska anses utgöra två referenser synes vara en efterhandskonstruktion i syfte att läka bristen på referenser. Bolaget har i sitt anbud angett byggande av två närlekplatser som ett referensuppdrag. Det framgår inte på något sätt i beskrivningen av referensuppdraget att byggandet av dessa två närlekplatser skulle utgöra två skilda uppdrag. Det spelar därvid ingen roll om det rent faktiskt kan ha varit två olika

uppdrag som utfördes. Bolaget har haft möjlighet att vid anbudslämnandet ange lekplatsuppdragen såsom två olika referensuppdrag och samtidigt underlåta att uppta anläggandet av ny magnolialund. Det har inte bolaget gjort. Bolagets utformning av sitt anbud har därigenom medfört att aktuella skall-krav inte är uppfyllda. Kommunen är, i enlighet med likabehandlingsprincipen, skyldig att förkasta ett anbud som inte innehåller uppgifter som efterfrågats i ett skall-krav. Det är således inte vilka uppgifter anbudsgivaren kunde ha gett in som är avgörande utan de uppgifter som faktiskt lämnades. Om kommunen hade handlat annorlunda hade detta inverkat menligt på övriga anbudsgivares rätt, vilket i så fall inneburit att kommunen brutit mot bestämmelserna i LOU. Kommunen har i aktuell upphandling inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och ansökan bör därför avslås.

UTREDNINGEN

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges bl.a. följande under punkten AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet och avsnittet Anbudsgivarens tekniska förmåga, kapacitet och yrkeskunnande m.m.

Företaget och föreslagen organisation för uppdraget (inkl. arbetsledning) ska ha god erfarenhet av och inom de fem (5) senaste åren ha genomfört liknande entreprenader, både avseende storlek och karaktär, som denna upphandling avser.

Anbudsgivare ska till styrkande av att kravet enligt ovan är uppfyllt fylla i referenslista på anbudsformulär med referenspersoner från tidigare projekt. Anbudsgivare ska redovisa tre (3) tidigare uppdrag med angivande av beställare, kort beskrivning av uppdraget, kontaktperson med kontaktuppgifter (telefon och e-post) samt uppdragets omfattning. Beställaren kommer, via e-post, kontakta angivna referenser i enlighet med vad som anges i Bilaga A (frågeformulär). Om anbudsgivare tidigare har utfört liknande arbete för beställaren kommer en av angivna referenser att ersättas med beställaren, s.k. egenreferens, beställa-

ren ersätter angiven referens nummer 3. Om beställaren redan angivits som referens kommer ingen ytterligare egenreferens att inhämtas.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Vid offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU gäller enligt 15 kap. 2 § LOU bl.a. bestämmelserna i 1 kap. och 16 kap. LOU.

I 16 kap. 4 § 1 LOU anges att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har förkastat bolagets anbud med hänvisning till att en av tre lämnade referenser inte uppfyller kraven uppställda i förfrågningsunderlagets punkt AFB.52 avseende att ha genomfört liknande entreprenader, både

avseende storlek och karaktär, som upphandlingen avser. Bolaget gör gällande att begreppet ”liknande entreprenader” är otydligt och att kommunens användning av detta innebär att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och förutsebarhet.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av det kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. En upphandlande myndighet har dock en långtgående frihet att bestämma förfrågningsunderlagets utformning under förutsättning att det inte strider mot det upphandlingsrättsliga regelverket (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och innebär att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner, med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning, att bedömningen av kravets uppfyllelse ska göras i förhållande till upphandlingsobjektet i dess helhet. Mot bakgrund av det aktuella kravets ordalydelse får en subjektiv bedömning härvid anses ofrånkomlig. En redogörelse för vad kommunen lägger vikt vid i denna bedömning hade tydliggjort kravet och minskat det subjektiva inslaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock inte förfrågningsunderlaget i denna del anses vara så oklart eller otydligt att det kan anses utgöra grund för ingripande enligt LOU. Frågan som härmed uppkommer är om kommunen har haft rätt att förkasta bolagets anbud på angivet skäl. Bolagets aktuella referensuppdrag avser anläggning av en magnolialund. Oaktat vilken vikt man bör lägga vid det underlag bolaget gett in får det anses visat att uppdraget innehöll flerta-

let olika moment, som åtminstone till viss del, kan överensstämma med anläggning av en lekplats. Vid en jämförelse mellan upphandlingsobjektet och referensuppdraget, samt med beaktande av vad som i övrigt har framkommit i målet, finner emellertid inte förvaltningsrätten skäl att ifrågasätta kommunens bedömning att referensuppdraget inte är att bedöma som en entreprenad liknande den som upphandlingen avser, i vart fall inte avseende karaktär.

Bolaget har vidare anfört att aktuellt skall-krav och kommunens tillämpning av det innebär att det endast är entreprenörer som har erfarenhet av att anlägga just lekplatser som skulle kunna antas och att detta inte står i proportion till ändamålet. Utifrån skall-kravets utformning gör förvaltningsrätten bedömningen att syftet med det har varit att säkerställa att den leverantör med vilken kontrakt tecknas kommer ha den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten för att kunna genomföra uppdraget. Kravet får därmed anses vara ändamålsenligt och ha ett samband med upphandlingsobjektet. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att skall-kravet inte strider mot upphandlingsrätten på sätt som bolaget påstår.

Förvaltningsrätten finner således, mot bakgrund av vad bolaget har anfört, att det aktuella skall-kravet inte strider mot det upphandlingsrättsliga regelverket och att bolagets referensuppdrag avseende anläggning av magnolialund inte uppfyller det. Frågan som kvarstår för förvaltningsrätten att pröva är därmed om bolagets referens nummer tre kan bedömas som två referenser och om bolaget därmed uppfyller kravet på lämnande av tre referenser. Av kravet framgår att det är tre referensuppdrag som ska redovisas genom ifyllande av anbudsformuläret. I den del av anbudsformuläret ämnat för redovisning av referens nummer tre har bolaget bl.a. fyllt i att kravet uppfylls genom byggande av två stycken närlekplatser. I anslutning

till detta, i den del av formuläret ämnat för redovisning av kontaktuppgifter för referens nummer tre, har bolaget bl.a. fyllt i att kravet uppfylls och en kontaktperson har angetts. Utifrån anbudsformulärets utformning och bolagets svar i detsamma bedömer förvaltningsrätten att bolagets referens nummer tre är att betrakta som ett referensuppdrag, oaktat att bolaget sedermera har visat att det tecknades två kontrakt. Enligt förvaltningsrättens mening finns det således inte utrymme för att ta hänsyn till bolagets referensuppdrag avseende närlekplatser såsom två referenser.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har gjort sannolikt att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed och bolagets ansökan ska därför avslås.

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

Annica Svedberg

Föredragande har varit Elin Tollin.



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.