



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-05-02
Meddelad i Linköping

Mål nr
1035-18

SÖKANDE

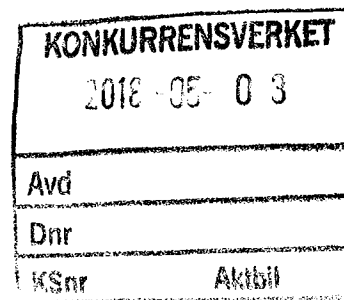
Byggarna Marcus & Niklas i Ale AB, 556723-5303
Svenstorpsvägen 10
446 33 Älvägen

MOTPART

Ale kommun, 212000-1439
Kontaktcenter
449 80 Alafors

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 322471

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Ale kommun (kommunen) genomför upphandlingen *Ridanläggning Jennylund*, dnr KS.2017.372, som förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. Kommunen meddelade den 1 februari 2018 ett tilldelningsbeslut av vilket framgår att två anbud hade inkommit i upphandlingen, från Byggarna Marcus & Niklas i Ale AB (Byggarna) och Novab AB (Novab), av vilka endast Novab kvalificerades till anbudsutvärdering och tilldelades kontraktet. Byggarna diskvalificerades med motiveringen att (i) bolaget inte uppfyller ställda krav om omsättning, (ii) åberopade referensuppdrag inte är tekniskt motsvarande enligt ställda krav, samt (iii) erfarenhet för arbetschef och erfarenhet för platschef på minst fem år saknas i angivna CV.

Byggarna ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna om rättelse med innebörden att kommunen ska företa en ny anbudsutvärdering varvid Byggarna ska anses kvalificerat och tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Byggarna att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Byggarna***Omsättningskrav*

Kommunen har i punkten AFB.52 ställt ett omsättningskrav på 80 mkr för verksamhetsåret 2016 men i en komplettering den 4 januari 2018 angett att man kan lämna in i anbudet för verksamhetsår 2016 eller 2017.

Ett krav på minsta omsättning får enligt 14 kap. 4 § LOU inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Det ställda omsättningskravet är därför i sig för högt med tanke på att budgeten för hela entreprenaden först var satt till 25 mkr och sedan till 29,6 mkr. Denna summa får anses vara rimligt satt med beaktande av att Byggarnas anbudssumma uppgår till 23 248 500 kr och Novabs anbudssumma till 27 965 000 kr.

Utifrån 5 kap. 3 § LOU utgörs värdet av en upphandling av det totala beloppet exklusive moms som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas i upphandlingen. För den aktuella upphandlingen är det uppenbart att kommunen har beräknat och uppskattat värdet av upphandlingen till 29,6 mkr. Denna summa är således den budget som inte får överskridas eftersom det medför att kommunen saknar finansiering till projektet. Kommunens påstående att upphandlingens uppskattade värde är 40 mkr får därmed uppfattas som en efterhandskonstruktion som varken har stöd av lagstiftning eller av de faktiska omständigheterna i form av den tydliga budget och underlag för bestämmande av budget som visats i målet.

Kommunen har på grund av det anförda varit förhindrad att bestämma ett omsättningskrav högre än 59,2 mkr (29,6 mkr x 2). Det uppställda omsättningskravet står därför i direkt strid med LOU och de grundläggande principerna. Detta brott har medfört att Byggarna inte har kunnat tilldelas kontraktet, vilket hade varit möjligt om reglerna efterlevts.

Byggarna omsatte cirka 102 mkr år 2017, vilket med lätthet kan verifieras genom ett utdrag ur bolagets huvudbok. Byggarna har således uppfyllt det ställda kravet på omsättning. Även för det fall Byggarnas anbud skulle anses innehålla fel som medför att anbudet ska förkastas eller om både Byggarnas och Novabs anbud ska förkastas på grund av brister, ska Byggarna anses lida skada av det fel som kommunen begått eftersom Byggarna vid en för-

nyad upphandling skulle ha fått en ny chans att tilldelas kontraktet och då t.ex. genom att åberopa annans kapacitet uppfyllt ett korrekt ställt omsättningskrav och i övrigt reviderat eventuella fel anbudet kan anses varit behäftat med.

Teknisk kapacitet och yrkeskunnande

Kommunen har i punkten AFB.52 ställt ett krav på att anbudsgivaren ska ha en platschef och en arbetschef med minst fem års erfarenhet av bygg- och markentreprenader, som ska styrkas med bifogat CV eller motsvarande där det tydligt framgår att man har varit platschef eller arbetschef och för vilket projekt, period eller omfattning av projektet. Anbudsgivaren ska vidare lista de tio senaste byggtreprenaderna, varav två ska vara tekniskt avancerade som motsvarar aktuell upphandling. Entreprenaderna ska vara avslutade de senaste fem åren med en total entreprenadsumma på lägst 35 mkr.

Byggarnas ingivna CV för platschefen [REDACTED] och arbetschefen [REDACTED] uppfyller tydligt de krav kommunen ställt och det saknas således grund för att förkasta Byggarnas anbud med hänvisning till här aktuellt krav. Det kommunen har framfört om att de av Byggarna lämnade referensuppdragen inte uppfyller kravet på att vara ”tekniskt motsvarande”, är vidare felaktigt. Byggarna har som referensuppdrag angett uppdrag avseende nyproduktion av Kungälvs Trävaru i Älvängen och Älvhems handelsplats. Båda uppdragen ligger mitt i kommunen och Byggarna har preciserat dem på sätt kommunen krävt i upphandlingsdokumentet. De angivna kontaktpersonerna till respektive referensuppdrag har givetvis under alla omständigheter kunnat förtydliga och bekräfta vad uppdragen rent faktiskt innebär vilket torde vara hela syftet med att ange kontaktperson.

Mot bakgrund av att kommunen budgeterat och uppskattat upphandlingens värde till 29,6 mkr är storleken på referensuppdragens entreprenadsumma

satt för högt och strider därmed mot de upphandlingsrättsliga principerna, särskilt principerna om proportionalitet och likabehandling. Storleken ska under alla omständigheter inte överstiga det uppskattade värdet på den entreprenad som upphandlas.

Den enda rimliga tolkningen av de krav som kommunen ställt avseende platschef är att de två referensuppdrag som åberopas av anbudsgivare, som är de "egentliga" och centrala av de tio referensuppdragen som ska anges, faktiskt ska ha haft den platschef som anbudsgivaren åberopar som platschef i upphandlingen. Novab uppfyller inte detta krav på platschefens yrkeskunande eftersom endast ett av de referensprojekt som Novab angett i upphandlingen förekommer på den angivna platschefen ██████████ CV. Novabs anbud borde därmed ha förkastats. Genom att inte göra det har kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Oavsett om Byggarnas anbud ska förkastas eller inte lider Byggarna skada eftersom Byggarna berövas möjligheten att tilldelas kontraktet.

Kommunen

Anbudsgivaren ska kunna visa att man har den omsättning, kompetens och de organisatoriska resurser som krävs för att genomföra uppdraget i enlighet med punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget.

Omsättningskrav

Ett omsättningskrav får enligt 14 kap. 4 § LOU bestämmas till ett belopp som är två gånger högre än uppskattat värde av upphandlingen. Upphandlingens uppskattade värde är satt till 40 mkr, därav omsättningskrav på 80 mkr.

Kommunens uppskattade värde är baserat på anbudssummor från tidigare genomförd upphandling inklusive kostnader för ändring och tillägsarbeten

som fick avbrytas den 17 oktober 2017. Uppskattat ekonomiskt värde i upphandlingen bedömdes till 40 mkr. Bedömningen av värdet är i enlighet med 5 kap. 3 § LOU där en upphandlande myndighet i det uppskattade värdet ska räkna in options- och förlängningsklausuler samt premier och ersättningar som myndigheten beräknas betala till anbudsgivaren. I värdet av en byggentreprenad ska myndigheten enligt 5 kap. 9 § LOU utöver entreprenadens belopp även räkna in värdet av varor och tjänster som den upphandlade myndigheten tillhandahåller och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras (uträkning 36 mkr + 10 procent). Kommunfullmäktige har fattat beslut om investering av Jennylunds ridanläggning. Att en budget i en entreprenad behöver revideras är vanligt. Kommunen har en pågående entreprenad i samma område där budgeten kommer att revideras med ca 50 procent på grund av ökade investeringskostnader (från 9 till 14 mkr).

Av 14 kap. 1 § 3 st. LOU framgår att myndigheten i annonsen ska ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vad leverantören bör lämna in. Kommunen har tagit in uppgifter från Creditsafe och UC där Byggarnas omsättning är på 29,9 mkr. Byggarna har getts möjlighet att skicka in årsredovisning eller andra handlingar för att styrka omsättningskravet på minst 80 mkr. Byggarna har skickat in ett skärmsklipp (Nyckeltal december 2017, där det inte framkommer att klippet kommer från Byggarnas huvudbok) som anger en fakturerad summa för 2017 på 102 mkr. På samma skärmsklipp anges även en fakturerad summa för 2016 på 4 mkr. Den sistnämnda siffran stämmer inte med Creditsafe som anger 29,9 mkr och skillnaden är markant. Kommunen bedömer att skärmsklippet inte är pålitligt eftersom det inte framgår varifrån det kommer och inte är intygat av revisor eller motsvarande. Byggarnas omsättning uppfyller således inte det ställda kravet.

Teknisk kapacitet och yrkeskunnande

Enligt punkten AFB. 52 ska anbudsgivaren lista de senaste tio byggtreprenaderna och ange "namn på referensobjekt, referensobjektets uppskattade värde i tkr, genomförandeperiod, namn, telefon och e-post till referent och beskrivning av objektet." Minst två av referensuppdragen ska vara tekniskt avancerade som motsvarar aktuell upphandling. Med "motsvarande" menas "ny-ombyggnad av ridhus (anläggning)/nybyggnad av större anläggning minst 5 000 kvm (objektet ska innefatta stora spännvidder och montage på höga höjder)". Dessa referensuppdrag ska vara avslutade under de senaste fem åren med en total entreprenadssumma på lägst 35 mkr. Av punkten AFB. 52 framgår vidare att anbudsgivaren genom CV ska styrka att denne har en arbetschef och en platschef med minst fem års erfarenhet av bygg- och markentreprenader.

I Byggarnas bifogade lista på referensprojekt saknas det beskrivning på samtliga referensprojekt. I de referensuppdrag som bifogats anbudet har Byggarna inte heller listat två referensuppdrag som är tekniskt avancerade som motsvarar aktuell upphandling. I ett av referensuppdragen som är på minst 35 mkr är entreprenören sin egen referens. Byggarnas övriga projekt i listan uppgår till max sju mkr. I Byggarnas anbud saknas dessutom beskrivning av projektet, storlek på projektet och om projektet innefattar stora spännvidder och montage på höga höjder. Den information om referensprojekten som Byggarna har framfört i ansökan om överprövning lämnades inte med i anbudet. Byggarna uppfyller således inte ställda krav.

Av Byggarnas CV för [REDACTED] framgår vidare att han har varit platschef endast i projekt under 2016/2017 samt 2017- tillsvidare. Omfattning av projektet saknas. Vad gäller angiven arbetschef [REDACTED] finns i bifogad CV ingen information om erfarenhet som arbetschef. Byggarna har inte kunnat påvisa att de har platschef eller arbetschef med minst fem års

erfarenhet av bygg- och markentreprenader. Byggarna har således inte kunnat styrka att bolaget har det yrkeskunnande som erfordrats och uppfyller därmed inte ställt krav.

Vad gäller den platschef Novab angett i sitt anbud framgår det av hans CV att han har minst fem års erfarenhet som platschef då han under 2009–2017 har varit platschef i motsvarande projekt som det projekt upphandlingen avser. Novab har vidare listat mer än två referensuppdrag som är tekniskt motsvarande denna upphandling där entreprenadsumman är på lägst 35 mkr. Novab uppfyller således ställda krav.

Kommunen har mot bakgrund av det anförda haft rätt att diskvalificera Byggarna från upphandlingen. Kommunen anser att ställda obligatoriska krav i punkten AFB.52 är transparanta och inte strider mot likabehandling eller proportionalitetsprincipen. Därmed anser kommunen att Byggarna inte kan komma att lida ekonomisk skada på grund av tilldelningsbeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det är i målet otvistigt att kommunen i upphandlingen i punkten AFB.52, enligt dess lydelse efter den 4 januari 2018, har ställt ett obligatoriskt kvalificeringskrav om ekonomisk ställning innebärande bl.a. att anbudgivaren ska ha en omsättning på minst 80 mkr för antingen verksamhetsåret 2016 eller verksamhetsåret 2017.

Bolaget har gjort gällande att det ställda omsättningskravet strider mot 14 kap. 4 § LOU då det överstiger två gånger det uppskattade värdet av upphandlingen, som är samma som den budget för entreprenaden som Kommunen har satt till 29,6 mkr. Kommunen har i sin tur hävdade att det uppskattade värdet av upphandlingen uppgår till 40 mkr vid en beräkning

utifrån reglerna i 5 kap. 3 och 9 §§ LOU och att det satta kravet därför är lagenligt.

Bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU innebär att värdet av en upphandling ska beräknas som det maximala belopp som ska betalas enligt kontraktshandlingarna, inbegripet värdet av eventuella options- och förlängningsklausuler oberoende av om dessa avses utnyttjas. Det är således det totala värdet som kan utläsas ur alla delar av upphandlingsdokumenten som är relevant för bedömningen av upphandlingens värde. Det har i praxis klarlagt (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls mål 248-13) att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för valet av förfarande, och därmed även för att beräkningen av upphandlingens värde har gjorts på ett korrekt sätt. Den aktuella bestämmelsen utgår från den upphandlande myndighetens uppskattning av värdet, vilken enligt 5 kap. 5 § LOU ska göras vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Vad gäller beräkningen av värdet av en upphandling gällande byggtreprenad framgår det av 5 kap. 9 § LOU att i det ska, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, ingå värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras. Bestämmelsen omfattar dels de fall då entreprenören tillhandahåller både material och arbete, och dels de fall entreprenören utför arbetet medan den upphandlande myndigheten tillhandahåller allt material.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är otvistigt att den budget som kommunen vid tiden för den aktuella upphandlingens påbörjande, och alltså, har satt för upphandlingen uppgår till 29,6 mkr. Den satta budgetramen måste enligt förvaltningsrätten anses utgöra den uppskattning av det maximala belopp som ska betalas enligt kontraktshandlingarna, inbegri-

pet värdet av eventuella options- och förlängningsklausuler, som kommunen har gjort vid den tidpunkt då kommunen påbörjade det aktuella upphandlingsförfarandet. Annat har kommunen i vart fall inte förmått påvisa i målet. Frågan om kommunen har möjlighet att senare revidera den satta budgetramen eller om det är vanligt att sådan revidering sker saknar betydelse för prövningen i detta mål.

Vad sedan gäller kommunens hänvisning till den särskilda beräkningsregeln avseende byggtreprenader i 5 kap. 9 § LOU kan förvaltningsrätten konstatera att det varken av de entreprenadsföreskrifter som getts in i målet eller på annat sätt framgår att kommunen i entreprenaden ska tillhandahålla entreprenören varor och tjänster som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras. Kommunen har för övrigt inte heller preciserat eller visat hur den har kommit fram till det angivna uppskattade värdet av upphandlingen mer än att hänvisa till regeln i 5 kap. 9 § och ange ”uträkning 36 mkr + 10 procent”.

Vid angivna förhållanden finner förvaltningsrätten att den aktuella upphandlingens värde inte kan uppskattas uppgå högre än till den satta budgetramen på 29,6 mkr. Kommunen har därmed enligt 14 kap. 4 § LOU inte haft rätt att ställa krav på högre omsättning än 59,2 mkr. Det ställda kravet på omsättning på 80 mkr strider därmed mot bestämmelsen i 14 kap. 4 § LOU.

När det gäller frågan om denna överträdelse inneburit att Byggarna har lidit eller kan komma att lida skada gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Kommunens överträdelse är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet. Ett ingripande bör därför innebära ett beslut om att upphandlingen ska göras om. Eftersom Byggarna vid en förnyad upphandling har möjlighet att inkomma med ett nytt anbud, varvid bolaget, t.ex. genom att åberopa annans kapacitet, kan uppfylla ett korrekt ställt omsättningskrav och även kan åt-

gärda övriga av kommunen påstådda brister i kravuppfyllnad, kan det inte uteslutas att bolaget vid den nya upphandlingen skulle kunna delta och antas som leverantör. Oberoende av om Byggarna brustit i uppfyllelse av andra obligatoriska krav i upphandlingen på det sätt kommunen gjort gällande, får det anförda anses innebära att bolaget till följd av kommunens ovan konstaterade överträdelse ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada (jfr Kamrarrätten i Jönköpings dom den 20 februari 2018 i mål 2809-17). Ansökan ska därför bifallas med förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Vid denna bedömning finns inte skäl att pröva Byggarnas övriga invändningar beträffande sin diskvalificering och Novabs kvalificering i upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Mats Edsgården
Chefsrådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



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.

