



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2019-12-02
Meddelad i Luleå

Mål nr
1286-19

SÖKANDE

AB Berggren & Bergman, 556704-3046

Ombud: Advokat Catharina Piper och biträdande jurist Gustaf Strand
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

MOTPART

Gällivare kommun

Ombud: Tomas Underskog
Advokatfirman Åberg & Co
Box 16295
103 25 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
20191202	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 118652

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
<https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-lulea/>

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Gällivare kommun (kommunen) har genom öppet förfarande genomfört en upphandling av ramavtal avseende generalentreprenad beläggnings-, VA samt allmänna anläggningsarbeten. Tre anbud kom in. Den 29 maj 2019 beslutade kommunen att tilldela kontrakt enligt följande

1. NUAB Ifrastruktur AB
2. BDX Företagen AB
3. Berggren och Bergman

YRKANDEN M.M

AB Berggren & Bergman (B&B) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av anbuden från NYAB Infrastruktur AB och BDX Företagen AB. I andra hand yrkar B&B att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

B&B yrkar även att förvaltningsrätten ska förelägga kommunen att lämna ut anbudsgivarnas anbud i helhet.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

B&B

B&B anför i huvudsak följande. Enligt kvalificeringskrav AFB.52 punkt 3.3 ska anbudsgivaren visa att den har tillräcklig teknisk kompetens och kapacitet genom att bifoga minst tre referensprojekt som anbudsgivaren utfört under de senaste fem åren innefattande merparten av de arbetsinsatser som framgår av upphandlingsdokumentet. Varken BDX eller NYAB bedriver

någon beläggningsverksamhet utan använder underleverantörer, vilket bekräftas av deras beställare. BDX har trots det inte åberopat något annat företags kapacitet eller angett underentreprenörer. NYAB har åberopat NYAB Sverige AB:s kapacitet men åtagandet uppfyller inte de krav som ställs i AFB.52 punkt 5. 50 procent av värdet på de efterfrågade arbetena utgörs av beläggningsarbeten. BDX och NYAB uppfyller därför inte de ställda kraven. Upphandlingen ska därmed rättas.

Av de administrativa föreskrifterna AFC.1 framgår att ramavtalets omfattning inte kan bestämmas och entreprenörerna inte kan garanteras någon mängd eller särskild volym. Att inte ge någon indikation på omfattning och maximal volym är i strid med principen om transparens och öppenhet i 4 kap. 1 § LOU och EU-domstolens praxis, mål C-216/17 Coopservice. Kompletthetskravet i AB 04 kap. 6 motsvarar inte en angivelse av den maximala mängden arbeten. Kravet innebär att entreprenören ska kunna räkna med att allt arbete som ska prissättas i anbudet och är angivet och inarbetat i mängdförteckningen. Det finns dock inga hinder för en beställare att avropa ytterligare arbeten. Mät- och ersättningsregeln innebär att entreprenören är bunden till angivna priser i mängdförteckningen. Den reglerar inte volymer. Upphandlingen ska därför göras om.

Vidare är utvärderingsmodellen i strid med principen om öppenhet och transparens i 4 kap. 1 § LOU samt gällande praxis. Av de administrativa föreskrifterna AFB.53 framgår att anbuden kommer att värderas enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån kriterierna anbudspris samt kvalitet där kvalitet avser platschefens utförande av tjänsten. Vid maximal uppfyllelse av kvalitet dras i utvärderingen av 12 procent av priset. Av AFB.52 punkt 3.2 framgår vad som krävs gällande platschefens utförande av tidigare tjänst avseende åberopade referensuppdrag. Kriterierna avser huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren

förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet. Eftersom kriterierna avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet kan de inte utgöra tilldelningskriterier. Referensuppgiften avser kvalifikationskrav som avser att fastställa leverantörens kapacitet. Referenser är inte tillåtna som utvärderingskriterier. Upphandlingen ska därför göras om.

Det förhåller sig även så att kvalitet ska utvärderas enligt en skala; godkänd, och godkänd över förväntan där det inte framgår vad som måste uppfyllas för att nå respektive nivå. Det lämnar utrymme för godtycke. De frågor som ska ställas till referenterna enligt AFB.53 kan inte på ett rättvisande sätt användas för att utreda vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. De är oklara eller irrelevanta och ger utrymme för godtycke.

Om kommunen inte hade brutit mot LOU enligt ovan hade B&B kunnat komma in med sitt mest konkurrenskraftiga anbud. B&B har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen

Kommunen framför följande. Att övriga anbudsgivare inte skulle bedriva efterfrågad verksamhet är inte korrekt. Kommunen har genom angivna referenser verifierat de uppgifter som övriga anbudsgivare lämnat och då även att beläggningsverksamhet bedrivs. Anbuderna ska därför inte förkastas.

Upphandlingsdokumenten innehåller en mängdförteckning som anger de volymer och den omfattning som utvärderingen ska ske enligt. Förteckningen blir utgångspunkten för bestämmande av den maximala mängden som kan läggas till grund för lämnat anbud och för reglering. Enligt AB 04 gäller angiven mängd för ett lämnat pris intill 25 procents ökning eller minskning av sådant arbete (6 kap. 6 § AB 04). Vidare följer av den omständigheten att särskilda mät- och ersättningsregler gäller för kontraktet (p. 06

AFB.22) att krav finns på kompletthet. Inom kontraktarbetena ska utföras det som anges i dessa och då med en bundenhet till angivet pris inom en förändring på 25 procent. Volymen är alltså känd men inte utfäst. Någon osäkerhet om volym kan därmed inte anses råda. Den maximala mängden framgår av mängdförteckning och allmänna bestämmelser. Det är fråga om ett ramavtal för tjänster vilka inte på förhand exakt kan bestämmas till sin omfattning. En mängdförteckning är den gängse och bästa metoden för att ange en tänkt omfattning. Mängdförteckningen är en kontraktshandling och är även reglerad genom hänvisning till MER Anläggning 2017, vilken publikation ytterligare utvecklar omfattning och reglering på ett ingående sätt. Hänvisning till det aktuella EU-avgörandet saknar relevans.

Det som ska utvärderas är platschefens förmåga och inte anbudsgivarens kvalifikationer, som bestäms med utgångspunkt i referensobjekt. Det stämmer alltså inte att det är anbudsgivarens kvalifikationer som utvärderas utan kommunen har helt riktigt skilt kvalifikationskraven från utvärderingskraven.

Bedömningen av referenser är klart redovisad och redan med allmänspråklig utgångspunkt tydlig. Kommunen har också utvecklat frågorna som ska ställas.

Inget av det som B&B anfört eller som annars föreligger har hindrat B&B från att komma in med sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Det finns inget stöd för påståendet att B&B påverkats av påstådda fel i sin budgivning.

Kommunen ger in mängdförteckning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

En förutsättning för att den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför först de brister som åberopats i det senare skedet.

B&B har gjort gällande att omfattning och maximal volym inte framgår av upphandlingsdokumenten, vilket de ska enligt EU-domstolens dom den 19 december 2018, mål C-216/17, och att det lidit skada på grund av det.

Svensk lagstiftningen ställer inte uttryckligen krav på att det i ett ramavtal ska anges omfattning och maximal volym. Det saknas också praxis från svensk högre instans efter den 19 december 2018 (se nedan).

EU-domstolen har i ett avgörande den 19 december 2018 i mål C-216/17 (Coopservice) uttalat sig i frågan om vilka krav som kan ställas på upphandlingsdokumenten vad gäller fastställandet av kvantiteten av de tjänster som kan beställas. Avgörandet avsåg tolkningen av direktiv 2004/18/EG men domstolens uttalanden får anses relevanta även avseende 2014 års direktiv.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning följer det av domen att en upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal är skyldig att göra en rimlig uppskattning av det högsta förväntade värdet, den förväntade kvantiteten samt

frekvensen av de efterföljande avropen (se punkt 57- 60). I domen uttalas även att öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av ramavtalet skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten som från början var part i avtalet inte angav den totala kvantitet som avtalet avsåg (se punkt 64).

Av nu aktuell upphandling framgår följande.

I AFA.21 i upphandlingsdokumentet anges att beställaren inte kan utlova några specificerade volymer, att ramavtalet inte medför någon utfästelse från beställaren att göra avrop utan att det endast reglerar villkoren för uppdragen.

I AFB 22 anges att upphandlingsdokumentet består av bl.a. mängdförteckning. I AFB.31 anges att anbud ska vara baserat på i mängdförteckningen upptagna kvantiteter.

I AFC.1 anges att beställaren inte kan utlova några specificerade volymer samt att upphandlat ramavtal inte medför någon utfästelse från beställaren att göra avrop, utan endast reglerar villkoren för uppdragen. Vidare anges att omfattningen av varje entreprenad kommer att specificeras vid avrop, att ramavtalets omfattning idag inte kan bestämmas samt att entreprenörerna inte kan tillgodoräkna sig någon mängd.

Förvaltningsrätten kan inte se att det i de upphandlingsdokument som getts in i målet (AB 04 har ex. inte getts in) angetts ett högsta förväntat värde eller kvantitet. Tvärtom har kommunen reserverat sig på flera sätt och förklarat t.ex. att ramavtalets omfattning inte kan bestämmas. Under sådana förhållanden anser domstolen att den mängdförteckning som finns inte är tillräcklig för att uppfylla de krav på uppgifter som uppställs i Coopservice.

Kommunens underlåtenhet innebär att den har brutit mot bl.a. principen om transparens så som den kommer till uttryck i 1 kap. 4 § i LOU och unionsrätten.

B&B har vidare påstått att det inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud på grund av felet. B&B har inte utvecklat detta närmare, vilket hade varit önskvärt. Pris kan dock självklart vara beroende av volym varför

förvaltningsrätten ändå finner att B&B har gjort sannolikt att felet medfört att det lidit eller kan komma att lida skada.

Grund för ingripande finns således. Eftersom det är fråga om fel i det konkurrensuppsökande skedet är rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen ska göras om.

Mot denna bakgrund saknas anledning att ta ställning till övriga påstådda fel i upphandlingen.

Det saknas, mot bakgrund av vad som prövats och utgången i målet, även skäl för ett editionsföreläggande, varför yrkandet om detta avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Beselin
rådman



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.