



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2015-02-06
Meddelad i
Malmö

Mål nr
9689-14

Sida 1 (7)

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: advokaten Sofia Bergmark Hertz och advokaten Carl Bokwall
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Kristianstads kommun
291 80 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår NCC Construction Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2015-02-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför en upphandling benämnd "Utförande av skyddsvallen Västra vallen", dnr TN 2014/672. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Kristianstads kommun beslutat att anta anbudet från Peab Anläggning AB, nedan Peab.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

NCC Construction Sverige AB, nedan NCC, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs vid vilken anbudet från Peab inte ska beaktas. Som grund för sin ansökan anför NCC i huvudsak följande. Upphandlingsföremålet avser uppförande av en skyddsvall ovan mark som ska skydda Kristianstad från översvämningar från Helge å. För att skyddsvallen ska stå stabilt ingår även i upphandlingen att marken under ska stabiliseras genom att lägga ner s.k. KC-pelare (kalkcementpelare) i marken. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare i anbudet ska ange minst ett referensobjekt på motsvarande arbeten i kostnad och omfattning. Eftersom upphandlingen avser uppförande av en skyddsvall ovan mark kan med "motsvarande arbeten" inte avses något annat än just detta. Det måste i vart fall anses innefatta huvuddelen av det som ska upphandlas, dvs. uppförande av skyddsvall i lermaterial, där hanteringen av lermaterialet är det centrala. I en upphandling som avser uppförande av skyddsvall i ett särskilt lermaterial kan det inte föreligga något tvivel för en väl insatt aktör i branschen att ett krav på "motsvarande arbeten" innefattar liknande konstruktioner i lermaterial.

I upphandlingen, där man upphandlar en skyddsvall för att förhindra att ett samhälle översvämmas av ett vattendrag, har Peab, för att visa sin erfarenhet av "motsvarande arbeten", lämnat in ett referensobjekt som avser

byggnation av en väg. Referensuppdraget omfattar visserligen två av de moment som är nödvändiga även i den aktuella upphandlingen i form av uppförande av KC-pelare och tätskärm under mark, men arbetena säger ingenting om vilken erfarenhet Peab har av att utföra själva upphandlingsföremålet – dvs. skyddsvallen ovan mark. I princip samtliga anbudsgivare har i upphandlingen lämnat in referensuppdrag avseende i vart fall KC-pelare och tätskärm. Enligt NCC är det därmed uppenbart att alla har uppfattat kravet på samma sätt som NCC, dvs. att ”motsvarande arbeten” ska anses innefatta samtliga tre moment som upphandlingen avser. Att Peab inte har styrkt erfarenhet av det tredje och dominerande momentet, dvs. konstruktion i lermaterial, innebär dock inte att kravnivån kan justeras i sänkande riktning i efterhand. Peabs referensuppdrag uppfyller följaktligen inte det krav som ställs i upphandlingen och Peab har därmed inte visat på den erfarenhet som krävs.

Kommunen påstår att syftet med det aktuella kravet bara skulle vara att kunna visa på ”uppdrag med komplexa utföranden och uppgående till motsvarande belopp som beräkningen för uppförande av skyddsvallen”, dvs. ett betydligt lägre ställt krav. Hade kravet varit formulerat som kommunen för fram hade konkurrensbilden blivit en helt annan, där i princip vilka uppdrag som helst hade kunnat accepteras bara de varit dyra och komplicerade. Kommunen har dock inte ställt upp ett sådant krav och kan inte justera ner kravet i efterhand beroende på hur inkomna anbud ser ut. Kommunens förklaring till att sänka kravnivån och anta ett anbud som inte styrkt erfarenhet av samtliga tre moment tycks vara att ”ingen anbudsgivare utfört arbete i lermaterial motsvarande de krav som ställs för den aktuella skyddsvallen”. Något krav på att ge in referensuppdrag motsvarande de krav som ställs för den aktuella skyddsvallen har dock inte ställts upp. Kommunen ger det aktuella skallkravet en helt annan betydelse än den som gått att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Dessutom är det inte korrekt att ingen anbudsgivare utfört arbete som motsvarar uppförande av skyddsval-

len ovan mark. NCC har visat på erfarenhet av uppförande av en liknande konstruktion i det lermaterial som skyddsvallen ska uppföras i och har därmed uppfyllt kravet på erfarenhet av "motsvarande arbeten". Kommunen har av oklar anledning och i strid med sitt eget krav sänkt ribban på erfarenhet till en så låg nivå att man accepterat anbudsgivare som inte lyckats visa på någon erfarenhet alls av det som ska upphandlas. Genom att kvalificera Peab som anbudsgivare trots att bolaget inte har visat att det har erfarenhet av det som ska upphandlas har kommunen frångått ett i upphandlingen uppställt skallkrav. Kommunen har därmed agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens vilket har lett till skada för NCC på så vis att bolaget, som placerat sig som tvåa i upphandlingen, i annat fall hade tilldelats kontraktet.

Kristianstads kommun bestrider bifall till NCC:s yrkande och anför i huvudsak följande. Kommunen konstaterar att arbete med att utföra identiskt samma uppdrag som upphandlingen avser inte föreligger från någon anbudsgivare. Byggande av skyddsvallen är unikt. Av mängdförteckning med beskrivning framgår i detalj hur de olika momenten ska utföras, som för KC-pelare, för tätskärm av bentonit och för lermaterial. Beträffande lermaterialet, dvs. arbetena ovan mark, framgår det att ett antal prover m.m. är förutsättning för hur arbetet ska utföras. Referensuppdrag med motsvarande arbeten och kostnader syftar på att anbudsgivare ska kunna visa på uppdrag med komplexa utföranden och uppgående till motsvarande belopp som beräkningen för uppförande av skyddsvallen. Det finns ingen anledning att närmare precisera de ingående momenten i själva uppförandet eftersom dessa så långt det är möjligt har preciserats i den tekniska beskrivningen.

Kommunen konstaterar vidare att NCC:s anbud i den delen som NCC särskilt åberopar som referensuppdrag, arbetet med skyddsvallen ovan mark, inte uppfyller kravet på "motsvarande arbeten". NCC har anlagt en deponi.

Samma krav på lermaterial, tjocklek, packning m.m. föreligger inte vid sådant arbete som vid uppförande av en skyddsvall. NCC:s påstående om att en del i utförandet av skyddsvallen skulle vara viktigare än någon annan del är direkt felaktigt. Samtliga huvuddelar, KC-pelare och tätskärm under mark samt lervallen ovan mark, har var för sig avgörande betydelse för skyddsvallens funktion i ett krisläge. Arbetena under mark kommer, när vallen är färdigbyggd, inte att vara åtkomliga för inspektion m.m. medan överbyggnaden inte medför dessa konsekvenser. Avgörande vid referensbedömningen har emellertid varit att lermaterial i en deponi inte, vare sig avseende materialval eller i utförande, motsvarar de krav som ställs vid byggande av skyddsvall och därför har kommunen inte ansett att NCC:s referensuppdrag ska bedömas som mer motsvarande/liknande byggande av en skyddsvall än övriga anbudsgivares referenser. NCC har inte heller visat att lermaterialet i en deponi motsvarar det nu efterfrågade. Ingen anbudsgivare har diskvalificerats på grund av lämnade referenser.

Kommunen har inte frånfallit några obligatoriska krav vid utvärderingen beträffande anbudsgivares erfarenheter. Däremot har konstaterats att ingen anbudsgivare utfört arbete i lermaterial motsvarande de krav som ställs för den aktuella skyddsvallen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att

en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget. Av nu aktuellt förfrågningsunderlag som gäller upphandling av utförande av skyddsvall framgår under punkten AFB.52 att anbudsgivare i anbud ska ange minst ett referensobjekt på motsvarande arbeten i kostnad och omfattning. Vidare framgår av mängdförteckning med beskrivning hur de olika momenten ska utföras.

NCC har i målet anfört att den vinnande anbudsgivaren, Peab, inte uppfyller kravet avseende motsvarande referensobjekt vad gäller arbetet med skyddsvallen ovan mark. Förvaltningsrätten kan emellertid härvid konstatera att det i förfrågningsunderlaget inte närmare anges vad som avses med motsvarande arbeten, även om viss vägledning ges i mängdförteckningen. Med hänsyn härtill, och förfrågningsunderlagets i viss mån otydliga utformning i detta avseende, skulle det enligt förvaltningsrättens mening strida mot likabehandlingsprincipen att förkasta Peabs anbud enbart på den grunden att det är tveksamt om i anbudet angivet referensobjekt ska anses utgöra motsvarande arbeten. Förvaltningsrätten kan således, med hänsyn till hur förfrågningsunderlaget utformats, inte finna att det på den av NCC anförda grunden föreligger skäl för ingripande. Enligt förvaltningsrättens mening är det i målet inte heller visat att kommunen vid utvärderingen inte skulle ha bedömt samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt sätt eller frångått i förfrågningsunderlaget ställda krav.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att det med hänsyn till vad NCC anfört inte finns tillräckliga skäl för att besluta om ingripande enligt LOU. NCC:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

