



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-09-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11531-12
Enhet 16

SÖKANDE

SH bygg, sten och anläggning AB, 556051-9232

Ombud: Advokaten Viktoria Edelman och jur.kand. Madeleine Sundin
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Trafik- och renhållningsnämnden i Stockholms Stad

Ombud: Stadsadvokaten Oscar Jacobsson
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET

2012 -09- 2 6

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 258968

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Stockholms stad genom dess trafik- och renhållningsnämnd (staden) genomför en upphandling, enligt öppet förfarande, av generalentreprenad i form av avropsavtal. Upphandlingen omfattar löpande gatuunderhåll och markarbeten bestående av ombyggnad av gator, cykelvägar, dagvattenledning, beläggningsarbeten samt underhåll av bergbranter och benämns Årsavtal 2013, Markarbeten och löpande gatuunderhåll, Ytterstaden. Enligt upphandlingsföreskrifterna ska anbud med lägsta pris antas. SH bygg, sten och anläggning AB (bolaget) är en av flera leverantörer som har lämnat anbud.

Enligt tilldelningsbeslut den 23 maj 2012 avser staden att tilldela entreprenaden en annan leverantör än bolaget. I bilaga till tilldelningsbeslutet anger staden bl.a. följande. Bolagets anbud uppfyller inte kraven på personal och kompetens eftersom det i referenserna saknas löpande gatuunderhåll och har därmed inte kvalificerat sig för utvärdering.

Bolaget har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas innan rättelse vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering genomförts vid vilken bolagets anbud tas med i utvärderingen. Som grund för yrkandet har angetts följande. De principer som ska gälla för offentlig upphandling innebär att alla anbudsgivare ska behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Att ett anbud diskvalificeras trots att tillräckliga referenser ingetts, av vilka det tydligt framgår att kvalifikationerna för upphandlingen är uppfyllda, innebär att anbudsgivarna inte behandlas på ett likvärdigt sätt. Upphandlingen har därmed inte genomförts i enlighet med principen om likabehandling. Eftersom detta har fått till följd att bolaget inte har tilldelats kontraktet har bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Staden bestrider bifall till ansökan på den grunden att staden inte har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Till stöd för sin talan anför **bolaget** bl.a. följande. I stadens Förfrågningsunderlag Utvärderingsmall för byggtreprenörer, handling 13.2, anges att det anbud kommer att antas som har lägsta pris. Vidare anges under rubriken Teknisk och yrkesmässig kapacitet som krav på anbudsgivaren att:

”Anbudsgivare eller företrädare för denne ska under en 12 månaders period de fem senaste åren utfört minst ett uppdrag som till sitt ekonomiska värde uppgår till minst 15 miljoner kronor/år samt till sin art, innehåll och omfattning motsvarar i denna upphandling beskrivet uppdrag. Uppdraget ska ha uppfyllt uppdragsgivarens ställda mål/krav.”

I de Administrativa föreskrifterna (AF) anges följande under AFC.1:

Entreprenaden omfattar löpande gatuunderhåll och markarbeten bestående av ombyggnad av gator, gångbanor, cykelvägar, dagvattenledningar, belägningsarbeten samt underhåll av bergkanter.

Arbetena är av underhållskaraktär.

/.../

Entreprenadens omfattning i detalj framgår av handlingarna under AFB.22”

Bolaget har lämnat in tre referensblanketter samt en referenslista med övriga referenser (som inte har ett garanterat värde över 15 miljoner kr). Av referenserna framgår att bolaget har flera pågående årsavtal innefattande bl.a. anläggningsarbeten inom gata, VA och park, markarbeten såsom schaktnings-, grundläggnings-, väg- och finplaneringsarbeten samt arbeten med trafiksäkerhetsåtgärder, tillgänglighetsanpassningar, om- och nybyggnad av gata, park, VA, stenarbeten samt underhåll och nyläggning av ledningar. Med de tre referenserna har bolaget visat att det har stor erfarenhet av utförande av löpande mark- och anläggningsarbeten och att bolaget så-

ledes har den kapacitet som krävs för att utföra de arbeten som anges i de administrativa föreskrifterna.

Det är oklart vad staden anser saknas i bolagets referenser som medfört att bedömningen gjorts att bolaget inte skulle ha kapacitet till att utföra arbeten i den omfattning som efterfrågas. Tvärtom framgår det tydligt att bolaget genom ett annat kommunalt årsavtal med Upplands Väsby kommun, vilket löpt under många år, utför mark- och anläggningsarbeten inom gata av precis samma karaktär som staden nu genomför upphandling av. Att detta inte skulle innefatta löpande underhåll är en alltför restriktiv tolkning som saknar grund.

Bolaget har stor erfarenhet av att utföra mark- och anläggningsarbeten. I de årsavtal som bolaget har hänvisat till i referensblanketterna ingår också löpande underhållsåtgärder. Det är inte någon avgörande skillnad om en leverantör i referensblanketterna anger att man genom årsavtal utför markarbeten på gata i stället för att ange att man utför arbeten med gatuunderhåll. Det är enbart en fråga om skilda formuleringar som inte har någon reell betydelse för den kapacitet som bolaget har. Staden har således inte haft skäl att diskvalificera bolaget enbart på grund av att ordet "underhåll" inte nämnts i beskrivningen av uppdragets art, innehåll och omfattning. Det är uppenbart att detta ingår i de årsavtal som bolaget har referat till.

Bolagets kontaktperson gällande referensen Upplands Väsby kommun har, förutom att underteckna referensblankett som anger att kraven är uppfyllda, även bekräftat att bolaget inom ramen för det avtal för anläggningsarbeten som bolaget innehar har utfört löpande gatuunderhåll i enlighet med vad som anges i e-brev av den 14 juni 2012. De arbeten som han angett i sitt e-brev avser just de anläggningar som uppräknas i Förfrågningsunderlag Arbetsbeskrivning, handling 11.1, som anläggningar i entreprenaden. I vart fall Upplands Väsby kommuns avtal har således innefattat sådant löpande gatuunderhåll som staden efterfrågat.

Av bolagets tre referenspersoner har en angett att han i och för sig har blivit kontaktad av staden men att man inte diskuterade löpande gatuunderhåll, en annan har angett att han blivit kontaktad av staden men den tredje kontaktpersonen, avseende Upplands Väsby kommun, har uppgett att han inte har blivit kontaktad av staden. Om en sådan kontakt tagits hade det framkommit att löpande gatuunderhåll ingick i detta avtal.

I handling 11.1 anges som exempel på löpande gatuunderhåll reparation av slithål (s.k. potthål). Uppenbarligen kan således även annat komma att ingå i åtagandet enligt denna beskrivning. För det fall en formulering kring just lagning av slithål var av avgörande betydelse för om ett anbud skulle godtas eller ej borde vikten av detta tydligt ha framgått av förfrågningsunderlaget.

Vid en utvärdering skulle bolaget ha haft ett lägre pris än det nu antagna anbudet. Bolaget hade således vid en utvärdering kunnat tilldelas kontraktet. Bolaget har därigenom lidit eller riskerat att lida skada.

Staden anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. I AF lämnas i AFA.21 en översiktlig information om förmålet för upphandlingen. I punkten anges att entreprenaden omfattar löpande gatuunderhåll och markarbeten bestående av ombyggnad av gator, gångbanor, cykelvägar, dagvattenledningar, beläggningsarbeten samt under håll av bergkanter. I AFC.1 återges samma information om objektet. Därutöver anges i fjärde stycket att avropens sammanlagda värde under entreprenadtiden är beräknat till 40 miljoner kronor per år varav cirka 20 miljoner per år avser löpande gatuunderhåll. Vidare anges att entreprenadens omfattning i detalj framgår av handlingarna som räknas upp i AFB.22.

En av handlingarna som räknas upp i AFB.22 är handling 11.1 som är en särskild arbetsbeskrivning för löpande gatuunderhåll. I handlingen beskrivs löpande gatuunderhåll som reparation av slithål (s.k.potthål), spricklagning

och justering av mindre svackor m.m. Reparation av slithål är en betydande del av löpande gatuunderhåll men det omfattar även andra åtgärder. Det har inte varit avgörande men en formulering kring just reparation av slithål. Det avgörande är, enligt tydliga och klara förutsättningar angivna i förfrågningsunderlaget, att referensuppdragen avsett löpande gatuunderhåll. I handling 11.1 redogörs vidare för krav i fråga om hantering av felanmälningar och åtgärdstider, vilka åtgärder som ska vidtas utan avrop, hur arbete med slithål ska bedrivas, vilka anläggningar som ingår i entreprenaden m.m. När det gäller åtgärdstider preciseras exempelvis när ett fel ska anses utgöra en akut fara. Enligt beskrivningen ska fel som berör körbanan på trafikleder, bussgator, övriga högtrafikerade gator (>8 000 fordon per dygn) samt på högtrafikerade gång- och cykelytor bedömas som akuta. Vid fel som bedöms som akut ska uttryckning ske omgående och om behov finns ska skadan omedelbart oskadliggöras ur säkerhetssynpunkt t.ex. genom avstängning eller annan åtgärd. Åtgärden ska i möjligaste mån utföras så att trafikstörning inte uppstår. Av arbetsbeskrivningen i handling 11.1 följer att löpande gatuunderhåll är en särskild arbetsinsats som skiljer sig från den delen av uppdraget som avser annat markarbete. Det kan vara fråga om akuta åtgärder som entreprenören av säkerhetsskäl måste ha beredskap att snabbt avhjälpa; exempelvis en grop mitt i en huvudled som måste avhjälpas omedelbart.

Enligt handling 13.2 ställs krav på anbudsgivaren ifråga om teknisk och yrkesmässig kapacitet. Anbudsgivaren ska enligt punkt 1.4 kunna styrka att denne har resurser, kompetens och erfarenhet att organisera, utföra och följa upp entreprenaden. Med hänsyn till arbetets karaktär och då entreprenaden till hälften avser löpande gatuunderhåll måste det uppdrag som anbudsgivarna åberopar till styrkande av att kravet i handling 13.2 punkt 1.4 på tidigare erfarenhet är uppfyllt omfatta löpande gatuunderhåll.

De tre referensuppdrag som bolaget åberopar avser inte enligt respektive beskrivning i anbudet löpande gatuunderhåll utan anläggningsarbeten inom gata, VA och park (Upplands Väsby kommun), bygg- och anläggningsarbeten inom fjärrvärmeområde, underhåll av befintliga ledningar samt nyanläggning (Vattenfall Värme Uppsala AB) samt mark- och anläggningsarbeten såsom schakt-, grundläggnings-, VA-, väg- och finplaneringsarbeten (Landstingservice i Uppsala län).

Staden bestrider att de arbeten som referensuppdragen avser är ”av precis samma karaktär” som nu upphandlas och att det skulle vara uppenbart att löpande underhåll ingår i de åberopade referensuppdragen. Mark- och anläggningsarbeten är inte detsamma som löpande gatuunderhåll. Staden bestrider vidare att bolagets ”årsavtal för anläggningsarbeten inom gata, VA och park” innefattar även underhållsarbeten på gata.

Som ett led i prövningen av anbudet har staden för att kontrollera arten av referensuppdragen kontaktat de referenspersoner som bolaget angett. Referenspersonerna har i samtliga tre fall bekräftat att löpande gatuunderhåll inte ingått i respektive uppdrag.

Det av bolaget åberopade e-brevet av den 14 juni 2012 fanns inte med i bolagets anbud och kan därför inte tillmätas någon betydelse. I och för sig kan konstateras att de åtgärder som anges i detta e-brev inte avser löpande gatuunderhåll enligt den arbetsbeskrivning som anges i handling 11.1.

DOMSKÄL

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

I 16 kap. 6 § LOU stadgas, såvitt nu är av intresse, följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan är om bolaget har uppfyllt de krav på uppdraget som enligt Förfrågningsunderlag Utvärderingsmall för byggtreprenader, handling 13.2 punkt 2, ställs upp i upphandlingsföreskrifterna, AFB.22. I dessa föreskrifter hänvisas till Förfrågningsunderlag Arbetsbeskrivning för löpande underhåll, handling 11.1.

I handling 11.1 redovisas definition av löpande gatuunderhåll:

”Löpande gatuunderhåll är de underhållsåtgärder av mindre omfattning som utförs fortlöpande för att upprätthålla en anläggnings avsedda funktion. Åtgärder vidtas varefter behov konstaterats. Åtgärden har visst restvärde efter utförandet. Exempel på arbeten kan vara reparation av slithål (s.k. potthål), spricklagning, justering av mindre svackor m.m.”

Vidare redogörs i denna handling för skall-krav gällande mottagning av felanmälningar under arbetstid samt gällande åtgärddagar avseende sådana anmälningar:

”När en felanmälan mottagits skall omedelbart en bedömning göras om felet utgör en akut fara. Fel som berör körbanan på trafikleder, bussgator, övriga högtrafikerade gator (>8.000 F7D) samt högtrafikerade GC-ytor skall därvid i allmänhet bedömas som akuta. Vid fel som bedöms som akut skall uttryckning omgående ske och om behov finns skall skadan omedelbart oskadliggöras ur säkerhetssynpunkt t.ex. genom avstängning eller an-

Allmänna avdelningen

nan åtgärd. Åtgärden skall i möjligaste mån utföras så att trafikstörning ej uppstår.”

I handling 13.2 punkt 1.4 anges vidare att:

”Anbudsgivare eller företrädare för denne ska under en 12 månaders period de fem senaste åren ha utfört (kan även gälla pågående uppdrag) minst ett uppdrag som till sitt ekonomiska värde uppgår till minst 15 miljoner kronor/år samt till sin art, innehåll och omfattning (med omfattning avses ej ekonomiskt värde) motsvarar i denna upphandling beskrivet uppdrag.”

Förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad staden tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vad bolaget har angett i sitt anbudsformulär vid sin beskrivning av lämnade referensuppdrags art, innehåll och omfattning kan inte anses motsvara löpande gatuunderhåll såsom detta begrepp preciserats i förfrågningsunderlaget. Staden har därför med rätta förkastat bolagets anbud på denna grund.

Upphandlingen har således inte genomförts i strid med principen om lika-behandling. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU och ansökan ska avslås.

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



Anna Lönnestav

rådman

Handläggare har varit Anna Cederberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1Å LOU