



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2015-12-22
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 11605-15

SÖKANDE

Zoom Arkitekter AB, 556701-8089
 Grönekatan 24
 222 24 Lund

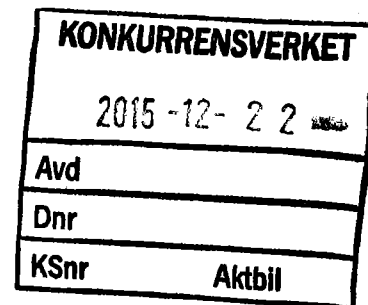
MOTPART

Lunds kommun, 212000-1132
 Box 41
 221 00 Lund

Ombud: Advokat Bengt Gärde
 Advokatfirman Gärde & Partners AB
 Danderydsgatan 14
 114 26 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Zoom Arkitekter AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 294814

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kanslil.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattentalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Lunds kommun genomför en upphandling av ramavtal för tekniska konsulter. Upphandlingen är uppdelad i sex områden, A, K, V, E, L och S och genomförs i enlighet med reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 26 oktober 2015 har Lunds kommun, inom fackområde A (Arkitekt), valt att teckna avtal med Horisont Arkitekter AB, Mono Arkitekter AB, Wigot Arkitekter AB, New Line Arkitekter AB samt Sweco Architects AB. Zoom Arkitekter AB har enligt beslutet inte kvalificerat sig till utvärdering.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Zoom Arkitekter AB (Zoom) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att utvärderingen görs om på så sätt att Zooms anbud ska beaktas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen görs om. Zoom anför bl.a. följande.

Kommunen har felaktigt förkastat Zooms anbud med motiveringen att Zoom enbart lämnat referenser från en uppdragsgivare och att Zoom därmed inte uppfyller kravet på att minst två av tre referensuppdrag ska vara från olika uppdragsgivare. I Zooms anbud redovisas referensprojekt som utförts åt två olika uppdragsgivare. Lundafastigheter består av fyra avdelningar med olika verksamhetsområden, olika avdelningschefer och olika personal. Projektavdelningen ansvarar för planering och projektledning av främst större nybyggnadsprojekt. Förvaltningsavdelningen ansvarar främst för förvaltning, underhåll och ombyggnader av befintligt fastighetsbestånd.

De båda referensprojekten *Förskolan Reveljen/Revinge skola* (nybyggnad av förskola respektive ombyggnad av skola) och *Vegalyckan* (nybyggnad av skola) har utförts på uppdrag av projektavdelningen på Lundafastigheter.

Ansvariga kontaktpersoner för dessa projekt har varit projektledare på projektavdelningen. Referensprojekt Förskolan Lergöken (ombyggnad av förskola) har utförts på uppdrag av förvaltningsavdelningen på Lundafastigheter. Ansvarig kontaktperson för detta projekt har varit förvaltare på förvaltningsavdelningen.

Zooms tolkning av begreppet "olika uppdragsgivare" måste anses rymmas i formuleringen i de administrativa föreskrifterna. Zooms referenser härrör från två skilda avdelningar inom Lundafastigheter med olika verksamhetsområden och ansvariga projektledare respektive förvaltare, dvs. olika uppdragsgivare. En annan tolkning av begreppet torde i detta fall även strida mot principen om likabehandling, som innebär att leverantören ska förstå kraven i förfrågningsunderlaget. Principen om likabehandling innebär att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör ska kunna förstå vad som efterfrågas och omfattas av myndighetens bedömningar.

Lunds kommun bestrider bifall till Zooms ansökan och anför bl.a. följande.

Bolaget har inte förmått visa att det uppfyller samtliga av kommunens obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget, punkten AUB.52 avseende referenser, varför dess anbud har uteslutits från upphandlingens utvärderingsfas.

Följande anges i förfrågningsunderlaget, *AUB.52 punkten B*, avseende krav på tjänsten såvitt nu är i fråga.

För att visa på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet ska tre (3) referensuppdrag lämnas. Referensuppdragen ska vara som Uppdragsgivare/Handläggare. Referensuppdragen skall ha utförts av den del av verksamheten som kommer att vara aktuell för samarbetet med Serviceförvaltningen i Lunds kommun. Referensuppdraget ska omfatta utförandeentreprenad och/eller totalentreprenad av skolor, förskolor, idrottshallar och gruppboende. Det totala entreprenadbeloppet för referensobjektet ska vara minst 20 miljoner SEK vardera.

Uppdragen ska vara avslutade och ha utförts de tre (3) senaste åren räknat från sista anbudsdag och ha utförts för minst två olika uppdragsgivare.

Har Anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag för Beställaren i enlighet med förutsättningarna ovan, dvs. uppdrag avseende fackområdet vilket ska ha utförts de tre (3) senaste åren räknat från sista anbudsdag, ska beställaren anges som referent för ett (1) sådant referensuppdrag.

Anbudet ska innehålla en redovisning av tre (3) adekvata referensuppdrag med angivande av nedanstående

- kund
- uppdragstid
- referentens kontaktuppgifter (telefon och e-mailadress)
- beskrivning av uppdraget
- byggnadskostnaden för referensobjektet

Beskrivning av genomförda uppdrag ska vara tillräckligt omfattande så att det framgår att ställda krav uppfylls.

Anbudsgivaren ansvarar för att kontaktpersonerna är informerade om att de kommer att bli kontaktade i denna upphandling. Kontaktpersonen ska vara insatt och kunna svara på beställarens frågor.

Under upphandlingen har Lunds kommun svarat på frågor angående krav på referensuppdrag:

Publikt informationsmeddelande
Från: Lunds kommun

Datum: 2015-09-18 09:24
Till: Alla

2015-09-18

Flera har ställt i princip likalydande frågor som angår tolkning av ursprungstexten i första stycket under AUB.52 B. Dessa frågor besvaras genom att texten nu revideras enligt nedan.

För det fall frågeställare inte anser sig ha fått sin fråga besvarad eller att oklarhet fortfarande råder ber beställaren frågeställaren att ställa sin fråga på nytt.

REVIDERING AV AUB.52 B – REFERENSER 0-25 POÄNG

Revidering 1

I stycket omedelbart under rubriken utgår första meningen. Den ersätts med följande. ”Bedömning sker av uppdragsorganisationens erfarenhet av liknande projekteringsuppdrag genom redovisning av tre (3) referensuppdrag som genomförts de senaste tre (3) åren för uppdragsansvarig respektive handläggare.”

Resterande text i första stycket kvarstår.

Revidering 2

I tredje stycket under rubriken "B-REFERENS 0-25 POÄNG" sägs "Har Anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag...".

Justering: Ordet "Anbudsgivaren" byts ut mot "offererad person".

Kommentar: Offererad uppdragsgivare/handläggare kan således haft annan arbetsgivare än anbudsgivaren när offererad person utförde uppdraget.

Revidering 3

Samma stycke som sägs under revidering 2, i slutet.

Justering: ordet "minst" tillförs före ordet "ett", dvs. slutet på stycket lyder "[---] beställaren anges som referent för minst ett (1) sådant uppdrag."

Kommentar: Observera att uppdrag ska ha utförts för minst två olika uppdragsgivare (enligt texten i andra stycket under AUB.52 B)

REVIDERING AV AUC.53

Texten "ABK 09 5 § stryks och utgår" stryks och utgår.

SVAR PÅ ÖVRIGA INKOMNA FRÅGOR PER 2015-09-18 kl. 09:20

1. AUB.52 B: Här sägs "Det totala entreprenadbeloppet för referensobjektet ska vara minst 20 miljoner SEK vardera".

Fråga: Räknas hela anläggningen in – byggnad, mark, vvs, el etc. – i det totala entreprenadbeloppet?

Svar: Ja, hela entreprenadbeloppet räknas.

2. AUB.52 B: Här sägs "Uppdragen ska vara avslutade och ha utförts..."

Fråga: Räcker det med att uppdraget är avslutat eller måste projektet även vara byggt?

Svar: Projektet ska vara byggt.

3. Fråga: Ska tre referensuppdrag lämnas för respektive roll, dvs. tre st. för uppdragsansvarig och tre st. för handläggare?

Svar: Ja.

4. Kan man referera till fler uppdrag hos beställaren än ett?

Svar: Se revidering 3 ovan.

//Slut

Zoom har uteslutits på grund av att bolaget inte har lämnat referens från fler än en uppdragsgivare. Lunds kommuns Serviceförvaltnings affärsområde Lundafastigheter anges som referens för samtliga referensuppdrag för såväl konsult som handläggare.

Vad som ska förstås som "Uppdragsgivare" definieras i första hand utifrån rättssubjektivitet vilket ger vid handen att Lunds kommun är part till de avtal som träffas genom de förvaltningar och/eller nämnder som ingår i dess organisation.

Även om begreppet skulle tolkas något friare genom att anta att olika förvaltningar inom kommunen skulle kunna vara olika "Uppdragsgivare" uppfyller inte Zoom kravet då det har uppgett ett affärsområde inom en förvaltning som referens för samtliga referensuppdrag. Samma uppdragsgivare har således uppgetts för alla referensuppdrag (eller för mer än två av tre referenser).

Syftet kravet ska tillgodose är att Lundafastigheter ska erhålla erforderligt underlag för att kunna bedöma anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget som upphandlingen avser. I avsaknad av mer än en uppdragsgivare har inte Lundafastigheter fått del av tillräckliga uppgifter för att kunna bedöma Zooms tekniska förmåga och kapacitet.

Därutöver uppfyller inte Zooms referensuppdrag 2 och 3 förfrågningsunderlagets krav om att referensuppdragets projekt ska vara byggt, se Lundafastigheters svar på fråga 2 ovan. Detta innebär att Zooms anbud skulle ha diskvalificerats även på denna grund.

Det har med all önskvärd tydlighet framgått av förfrågningsunderlaget och lämnade svar under anbudstiden hur kvalificering och utvärdering av anbudet skulle komma att ske. Kvalificeringen har utförts i enlighet därmed var-

för upphandlingsförfarandet uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på transparens och likabehandling.

Förfrågningsunderlaget, AUB.52, anger att anbud ska uppfylla samtliga krav för att utvärderas. De anbudsgivare som utvärderades uppfyllde samtliga kvalificeringskrav. Om Zooms anbud skulle ha tillåtits gå vidare till utvärderingsfasen skulle Lundafastigheter ha åsidosatt likabehandlingsprincipen då inte alla anbudsgivare hade bedömts utifrån samma krav.

Upphandlande myndighet måste förkasta anbud som inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav. Zooms brister i kravöverensstämmelse i avseenden som har stor betydelse för Lundafastigheters möjlighet att bedöma Zooms tekniska förmåga och kapacitet. Bristerna har inte kunnat läkas genom begäran om komplettering/förtydligande. Lundafastigheter har således haft fog för att förkasta Zooms anbud från upphandlingen och Zoom har därmed inte visat att kommunen har brustit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Zoom genmäler bl.a. följande.

I kommunens yttrande beskrivs två tolkningsförslag. I första hand anføres att Lunds kommun som rättssubjekt bör tolkas som "uppdragsgivare" och i andra hand en friare tolkning med innebörden att respektive förvaltning i Lunds kommun skulle förstås som/definieras som "uppdragsgivare".

Ovanstående förslag på tolkning av "uppdragsgivare" visar med önskvärd tydlighet oklarheten i begreppet vilket i sin tur visar att förfrågningsunderlaget inte har varit klart och tydligt genom att det lämnar utrymme för olika tolkningar för vad som avses med olika uppdragsgivare. Därmed bör även Zooms tolkning anses rymmas i begreppet "uppdragsgivare".

Kommunen skriver vidare att syftet med referensprojekten är att Lundafastigheter ska erhålla erforderligt underlag för att kunna bedöma anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget som upphandlingen avser. Zoom är helt enigt med Lundafastigheter om detta syfte, likaså att Lundafastigheter behöver relevant underlag för sin bedömning. Det är dock ett orimligt påstående att Lundafastigheter i detta fall skulle sakna möjlighet att bedöma Zooms tekniska förmåga och kapacitet.

De av Zoom lämnade referenserna avser olika uppdragsgivare på olika avdelningar inom Lundafastigheter. Referenspersonerna är, eller har varit, anställda som projektledare respektive förvaltare på Lundafastigheter under ett flertal år. Den av referenspersonerna som numera inte längre är anställd, är fortsatt anlitad av Lundafastigheter som projektledare på konsultbasis.

Utöver referensprojekten har Zoom under årens lopp utfört åtskilliga andra projekt åt Lunds kommun, totalt kan beräknas 75 olika projekt de senaste sju åren – många mindre, men även ett tiotal större projekt. I dessa projekt har Zoom haft ett givande samarbete med flertalet av Lundafastigheters projektledare och förvaltare. Vid ett flertal tillfällen har uppdragsgivarna framfört mycket positiva omdömen om samarbetet med Zoom och även uttalat förhoppningar om en fortsatt givande samverkan i framtida uppdrag. Flertalet av Lundafastigheters projektledare och förvaltare är mycket väl förtrogna med Zooms tekniska förmåga och kapacitet. Påståendet om att Lundafastigheter inte har fått tillräckliga uppgifter för att kunna bedöma bolagets tekniska förmåga och kapacitet är en efterhandskonstruktion och inte med verkligheten överensstämmande.

Att Zooms referensuppdrag inte skulle ha tillåtits gå vidare till värdering på grund av att bolaget inte uppfyllde kravet på att referensuppdragets projekt skulle vara byggt är en ny grund som inte angavs i tilldelningsbeslutets protokoll. Samtliga referensuppdrag är byggda. Syftet med byggda projekt

måste tolkas som referenser på konkreta färdigprojekterade byggnader som kunnat realiseras, till skillnad från visionära utredningsprojekt eller projekt som inte har gått att genomföra. Huruvida byggnaderna är helt färdigbyggda och inflyttade är knappast något som kan påverka bedömningen av arkitektens insats i processen. Arkitektens arbete sker praktiskt taget uteslutande i skedena innan byggstart. Aktuell status för de av Zoom åberopade referensuppdragen redovisas i bifogad bilaga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

Zoom har anfört att Bolaget har bifogat tre stycken referensuppdrag från tre olika uppdragsgivare. Lunds kommun har å sin sida anfört att Bolaget har gett in tre referensuppdrag från samma uppdragsgivare, dvs. från Lunds kommuns Serviceförvaltnings affärsområde Lundafastigheter.

Förvaltningsrätten konstaterar att Zoom till sitt anbud har gett in tre referenser som samtliga avser Serviceförvaltningen, Lundfastigheter, men att refe-

renserna avser två olika avdelningar inom förvaltningen; Projektavdelningen och Förvaltningsavdelningen. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan en avdelning inom en kommunal förvaltning eller affärsområde inte anses som en separat uppdragsgivare i upphandlingssammanhang. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att Zoom har gett in tre referensuppdrag från samma uppdragsgivare. Oavsett om kommunen ändå i sak hade kunnat bedöma Zooms tekniska förmåga och kapacitet, har Zoom därmed inte uppfyllt det i förfrågningsunderlaget (AUB.52 punkten B) ställda kravet på att referensuppdrag ska ha utförts för minst två olika uppdragsgivare. Lunds kommun har således redan på denna grund haft fog för att förkasta Zooms anbud. Vid sådant förhållande saknas det anledning att pröva huruvida det även har funnits skäl att undanta Zoom från utvärdering på annan grund.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som Zoom åberopat i målet. Zooms ansökan om ingripande ska därför avslås.

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



Håkan Wirén

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



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.