



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-06-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9903-13

SÖKANDE

Sportbyggarna Entreprenad AB, 556266-7492

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och jur.kand. Maja Löfgren
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Huge Fastigheter AB, 556233-5900
Box 1073
141 22 Huddinge

Ombud: Stefan Fredlund
adress som ovan

KONKURRENSVERKET	
2013-06-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen av totalentreprenad av ny rörbädd för bandyplan med tillhörande rör och markarbeten (dnr - HF 2013-100) ska göras om.

Dok.Id 356622

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

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Huge Fastigheter AB (Huge) som är Huddinge kommuns fastighetsbolag har genomfört en upphandling gällande totalentreprenad av ny rörbädd för bandyplan med tillhörande rör och markarbeten, dnr - HF 2013-100.

Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

Ansökan om överprövning

Sportbyggarna Entreprenad AB (Spentab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Huges upphandling inte ska få avslutas innan rättelse vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering genomförts. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Spentab har i sitt anbudsformulär angett tre referensuppdrag avseende arbetssätt. Huge har inhämtat omdömen från samtliga av Spentabs angivna referensuppdrag. Spentab har erhållit maximala poäng för alla tre referensuppdragen vilket enligt utvärderingsmodellen innebär att Spentab skulle ha fått ett prisavdrag om 300 000 kr från sitt anbudspris. Av anbudsutvärderingen framgår dock att Spentab avseende referensuppdrag 1 och 2 har fått 0 kr i prisavdrag för respektive uppdrag med motiveringen att uppdragen inte avser bandyplaner.

Något specifikt krav på att de arbeten som omfattas av upphandlingen, dvs. rörarbeten och markarbeten för isbana, måste ha utförts på bandybana har inte angetts. Det har således varit felaktigt av Huge att inte tillerkänna Spentab prisavdrag med 100 000 kr vardera för referensuppdrag 1 och referensuppdrag 2.

Spentab skulle, om Huge följt sin utvärderingsmetod, anses ha lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och därför tilldelats kontraktet. Huges förfarande att felaktigt underlåta att göra avdrag från anbudspriset för två av Spentabs referensuppdrag har därför inneburit att Spentab lidit eller riskerar att lida skada.

Att inte medge avdrag för uppdrag som omfattar arbeten som avses i upphandlingen, dvs. mark- och rörarbeten, strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Arbeten för ny rörbädd och markarbeten utförs på samma sätt oavsett om isbanan är en ishockeybana eller en bandybana. För det fall kravet skulle anses innefatta ett krav att referensuppdragen måste avse bandybana strider kravet mot proportionalitetsprincipen då ett sådant krav är alltför långtgående i förhållande till syftet med kravet.

Huge har vid referensinhämtningen frångått det krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Huge har till referenspersonerna ställt frågan om arbetena avsett rörbädd på bandyplan. Utformningen av frågan till referenspersonerna överensstämmer inte med hur kravet på referensuppdrag utformats i förfrågningsunderlaget vilket strider mot principen om transparens.

Huges påstående att det finns en teknisk skillnad mellan en bandyplan och en ishockeyplan är felaktigt. I Ramhandling – Bandyplan – Bilaga 1 (bilaga 1 till förvaltningsrättens aktbilaga 14) har Huge angett omfattningen och den tekniska beskrivningen för uppdraget. På sida tre anges att beskrivningen är upprättad för totalentreprenad enligt AMA VVS & KYL 09 samt AMA 10 Anläggning (AMA står för Allmän Material- och Arbetsbeskrivning). Ur AMA plockar beställaren koder och rubriker och sätter av dessa ihop en teknisk beskrivning för det som upphandlas. Samma koder i AMA används oavsett om det är en bandyplan eller en ishockey-

plan som ska anläggas eftersom det är *arbetet* med att t.ex. schakta jord eller dra rör som beskrivs i AMA. Inte någonstans i AMA görs åtskillnad mellan rörbädd och markarbeten för bandyplan respektive för ishockeyplan.

Huges inställning

Huge yrkar att förvaltningsrätten avslår Spentabs ansökan och medger att Huge avslutar upphandlingen i enlighet med det meddelade tilldelningsbeslutet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Grunden för bestridandet är att Huge inte har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Spentab har därmed inte lidit och riskerar heller inte att lida skada. Beslutet att inte medge Spentab fullt prisavdrag vid utvärderingen av bolagets anbud är sakligt motiverat. Någon grund för att besluta om rättelse eller annars om ingripande i upphandlingen föreligger därför inte.

Vid inhämtande av omdömen från angivna referensuppdrag har Huge bitt samtliga angivna kontaktpersoner att bekräfta att referensuppdraget verkligen har efterfrågad omfattning och slutförts inom föresagd tid. Då den första av kvalificeringsfrågorna är "Uppdraget ska ha omfattat arbeten som efterfrågas i denna upphandling" och Huge inte kan kräva att referensgivaren ska sätta sig in i hela förfrågningsunderlaget, har Huge förtydligat kvalificeringsfrågan till "Omfattade ert uppdrag rörbädd för bandyplan" vilket sammanfattar föremålet för upphandlingen på ett tydligt sätt. För att försäkra sig om att en kontaktperson inte misstar angivet uppdrag för något annat har Huge anpassat formulären till varje kontaktperson och bl.a. lyft in delar av den beskrivning som anbudsgivaren lämnat av uppdraget i sitt anbud, i det formulär som skickats ut.

Spentab har i sitt anbud redovisat tre referensuppdrag. För uppdrag nummer 1 och 2 har angivna kontaktpersoner i sina svar till Huce angett att aktuellt uppdrag inte avsett rörbädd för bandyplan. Referensuppdragen uppfyller således inte förutsättningarna för att Huce ska kunna medge anbudet prisavdrag.

Att förfrågan avser arbete med rörläggning för bandyplan framgår med tydlighet i förfrågningsunderlagets handlingar (ritningar, beskrivningar och administrativa föreskrifter). Att angivna referensuppdrag avser arbeten för bandyplan är för Huce av avgörande betydelse då dessa arbeten har en teknisk skillnad gentemot ishockeyplaner. Det föreligger skillnader att projektera och bygga rörbäddar för bandy- och ishockeyplaner. Huce anser att kravet på referensuppdrag avseende bandyplaner inte är oproportionerligt då upphandlingen avser ombyggnad av just bandyplan. Huce vill att anbudsgivaren ska ha referensuppdrag avseende bandyplaner för att minimera Huges risk och för att säkerställa ett väl utfört arbete.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Transparensprincipen

Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att Hüge kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn taget till anbudspris och arbetssätt. Anbudsgivarna har möjlighet att erhålla prisavdrag för arbetssätt och för att få detta ska de ange tre referenser. De redovisade referensuppdragen ska bl.a. ha omfattat ”arbeten som efterfrågas i denna upphandling” (Administrativa föreskrifter, punkt AFB.52). Spentab har gjort gällande att det inte framgår att de arbeten som omfattas måste vara utförda på en bandyplan.

Förvaltningsrätten anser, i likhet med Hüge, att det framgår i förfrågningsunderlagets handlingar att arbetena som omfattas måste vara utförda på en bandyplan. På försättsbladet till de Administrativa föreskrifterna i upphandlingen anges att projektet avser ny rörbädd *för bandyplan*. Vidare anges i de Administrativa föreskrifterna att i denna entreprenad ingår ny rörbädd *för bandyplan* med tillförande rör och markarbeten. Ledningar från *bandyplan* byts ut till befintliga avstängningsventiler inom kylcentral. Nytt staket med galvade stolpar vid *bandyplans* kortsidor med samma

dimensioner och utförande som befintligt som rivs (punkt AFA.21).
I Ramhandling anges att totalentreprenaden omfattar en komplett projekterad, levererad, installerad, injusterad, idrifttagen, provad samt slutbesiktigad *bandybanbädd* med tillhörande markarbeten (sida 5 under rubriken omfattning). Förvaltningsrätten anser därför inte att förfrågningsunderlaget har varit otydligt i denna del på ett sätt som strider mot principen om transparens. Läst tillsammans ger informationen, för en branschvan anbudsgivare, en tydlig bild av vad som kommer att efterfrågas och hur referenserna bör vara utformade. Förvaltningsrätten anser vidare att Hüge, vid referenstagningen, inte har frångått de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Kravet strider i denna del inte mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU och skäl för ingripande på denna grund finns därför inte.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på en leverantör än vad som behövs för att uppnå ändamålet med den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med det som upphandlas och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses (jfr prop. 2006/07:128 s. 132, 155–156).

Av praxis följer att proportionalitetsprövningen ska göras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekt som kravet får, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se RÅ 2010 ref 79 och Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5451-12 och nr 8972-12).

Spentab har gjort gällande att för det fall referensuppdragen avser bandyplan så strider det kravet mot proportionalitetsprincipen då ett sådant krav är alltför långtgående i förhållande till syftet med kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet, att referensuppdragen ska ha utförts på bandyplan, som sådant har ett naturligt samband med kontraktsföremålet eftersom upphandlingen avser ny rörbädd för bandyplan. Enligt förvaltningsrättens mening är det vidare lämpligt att uppställa krav på att referensuppdragen ska avse tidigare likartade arbeten, detta för att den upphandlande myndigheten ska kunna förvissa sig om att en leverantör har tidigare erfarenhet av just det som upphandlas. Förvaltningsrätten finner att kravet är både en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.

Spentab har förhållandevis utförligt argumenterat för att arbeten för ny rörbädd och markarbeten utförs på samma sätt oavsett om det gäller en ishockeyplan eller en bandyplan. Huge har till stöd för att kravet är proportionerligt anfört att bolaget vill minimera sin risk och säkerställa ett väl utfört arbete. Huge har vidare anfört att bandyplaner har en teknisk skillnad gentemot ishockeyplaner och att det föreligger avgörande skillnader mellan att projektera och bygga rörbäddar för bandy- respektive ishockeyplaner.

Huge har i målet inte lagt fram någon bevisning eller utredning till stöd för att det finns en teknisk skillnad i projekterande/byggande av ishockeyplaner och bandyplaner. Enligt förvaltningsrättens mening har Huce inte heller anfört några skäl till stöd för att de eftersträvade ändamålen inte har kunnat tillgodoses på ett mindre ingripande sätt. Det uppställda referenskravet, att referensuppdragen ska ha utförts på bandyplan, är alltså enligt förvaltningsrättens mening inte nödvändigt för att Huce ska kunna förvissa sig om att leverantörerna har tillräcklig erfarenhet. Huce har kunnat till-

godose de eftersträvade ändamålen på ett mindre ingripande sätt. Huga hade t.ex. kunnat föreskriva att referensuppdragen skulle ha kunnat utföras på bandy- alternativt ishockeyplan. Eftersom det funnits mindre ingripande alternativ för Huga är kravet, att referensuppdragen ska ha utförts på bandyplan, inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade ändamålen. Kravet är därför oproportionerligt i den del det innebär att referensuppdragen ska ha utförts på bandyplan. Även vid en mer övergripande bedömning anser förvaltningsrätten att kravet är överdrivet och inte står i rimlig proportion till de eftersträvade ändamålen. Referenskravet, såsom det utformats, är därför inte förenligt med LOU:s princip om proportionalitet.

Ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU

Därefter är fråga om Spentab har lidit eller kan komma att lida skada. Det oproportionerliga referenskravet har eller kan ha medfört att Spentabs möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats. Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att Spentab lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är därmed uppfyllda. Eftersom felaktigheten har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Per Eskilsson
Rådman

Sofie Larson har föredragit målet.



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 3109/1A LOU