



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2018-07-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

9954-18

SÖKANDE

SERNEKE Anläggning AB, 556782-0591

Ombud: Advokat Catrin Karlsson Westergren

Advokatfirman Wåhlin AB

Östra Hamngatan 5

411 10 Göteborg

MOTPART

Stockholms Stad, exploateringskontoret, miljö- och teknik

Ombud: Stadsadvokat Gustaf Swedlund

c/o Stadsledningskontoret

Juridiska avdelningen

Hantverkargatan 3 A, 2 tr

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 990600

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad, exploateringskontoret, miljö- och teknik (staden) har genomfört en upphandling i syfte att teckna avtal om en markentreprenad med omfattande och komplicerade markförstärkningsarbeten med inblandningsspelare inklusive överlast samt mätning av sättningar. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och kriteriet för tilldelning av kontrakt var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt tilldelningsbeslutet den 17 april 2018 uppfyllde SERNEKE Anläggning AB inte kraven i avsnitt 1.2.3.5 och 1.2.3.6 och gick därmed inte vidare till utvärdering. Enligt beslutet valdes en annan leverantör.

SERNEKE Anläggning AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska tillåtas ingå i utvärderingen och tilldelningen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolagets anbud har diskvalificerats på felaktiga grunder och i strid med likabehandlingsprincipen. Staden har underkänt ett av bolagets referensuppdrag med hänvisning till att det inte avsett markförstärkning eller innefattat komplicerade markförhållanden. Arbetet inkluderade byggnation av en korsning samt gång och cykelväg, dvs. inte enbart ren ledningsomläggning såsom staden påstått, och det bör anses likvärdigt det aktuella uppdraget. Staden tycks vidare i sin argumentation efterfråga uppdrag med inslag av markstabilisering som görs med KC-pelare trots att det i upphandlingsdokumentet enbart ställs krav på markförstärkning, vilket är ett vidare begrepp som innefattar markstabilisering men även bl.a. utbytande av dåliga massor mot bra massor. Bolaget har dock även erfarenhet av den sortens markstabilisering som det aktuella uppdraget avser, dvs. med KC-pelare. Trots att det aktuella arbetet ska utföras inom ett komplicerat område avviker inte själva uppdraget från andra bortsett från dess tidsramar och om-

fattning. Svårighetsgraden i markförstärkningsarbetena är densamma som vid andra liknande uppdrag bolaget och dess underentreprenör har erfarenhet av. Kompetens inom den aktuella typen av markstabilisering med KC-pelare är dessutom något man har eller inte har, och antal meter i åberopat referensuppdrag saknar betydelse. Det är därutöver minst lika kompetenskrävande att utföra ett mindre stabiliseringsuppdrag med en kortare tidsplan. Bolaget och dess underentreprenör har dock även erfarenhet av uppdrag med lång kontraktstid, många meter KC-pelare och höga kontraktsvärden. Ett av de uppdrag som redovisats i anbudet uppgick till 600 000 meter KC-pelare. Eftersom många upphandlingar är uppdelade i delar, och enskilda kontrakt därför blir mindre, framstår ett krav på referensprojekt med stor omfattning som riktat mot en enskild anbudsgivare i strid med konkurrensprincipen. Bolaget har genom vad som redovisats i anbudet visat att det innehar relevant kompetens. Bolaget har också lämnat in handlingar som styrker tillgång till underentreprenörens kapacitet och resurser. De uppdrag som utförts av denne har helt bortsetts från av upphandlingsmyndigheten. Två av de andra anbudsgivarna använder sig av samma underentreprenör och deras anbud har inte diskvalificerats. Vad gäller de av bolaget lämnade personalreferenserna är sådana överhuvudtaget inte nödvändiga för den person som angetts som arbetsledare för bolagets egen räkning eftersom kraven på anbudet likväl är uppnådda i och med att övrig åberopad personal uppfyller ställda erfarenhetskrav enligt upphandlingsunderlaget och efterföljande förtydliganden. Det finns ingen vedertagen nomenklatur i branschen och det kan inte läggas någon särskild vikt vid de specifika titlar som anges i åberopade CV, utan vad som ska bedömas är vilken roll som bedömd person innehaft. Hade staden efterfrågat ytterligare referenser än vad som angetts i upphandlingsunderlaget och förtydligandet hade bolaget kunnat tillhandahålla dessa inom ramen för sitt anbud. Eventuella krav på ytterligare referenser kan dock inte i sammanhanget betraktas som väsentliga nog för att motivera uteslutning ur upphandlingen. Bolaget har ingett de CV som efterfrågats, och om det är något i dessa som påverkat stadens bedömning är

detta oförenligt med upphandlingsunderlaget och strider mot principen om likabehandling. Stadens krav på likvärdiga uppdrag tycks därtill ha bedömts på ett sätt som står i strid med proportionalitetsprincipen. Om upphandlingsunderlaget samt stadens förtydligande är avsett att uppfattas på ett annat sätt än såsom bolaget tolkat det är kraven dessutom så otydligt formulerade att det leder till olika behandling av olika anbudsgivare, vilket också det strider mot likabehandlingsprincipen samt transparensprincipen. Bolaget var den anbudsgivare i upphandlingen som hade lägst pris på sitt anbud och som därför skulle ha tilldelats kontraktet om dess anbud inte otillbörligen diskvalificerats. Bolaget har därför lidit skada. Då felet i första hand har uppstått vid utvärderingen ska upphandlingen företrädesvis rättas så tillvida att bolagets anbud ska ingå i utvärderingen och tilldelningen.

Staden bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och kraven i upphandlingsdokumentet uppfyller lagens krav på transparens, likabehandling och proportionalitet. Bolagets anbud uppfyllde inte de obligatoriska kraven och det var därför korrekt att förkasta anbudet. Den upphandlade markentreprenaden innehåller omfattande och komplicerade markförstärkningsarbeten i syfte att förbereda aktuellt område för kommande exploatering, och markförhållandena på platsen är mycket komplexa med närliggande bostäder, trafikled och vattendrag. För att anbudsgivarna ska få en korrekt uppfattning av arbetets art och omfattning har det funnits ett betydande tekniskt underlag i upphandlingsdokumenten med ritningar och tekniska beskrivningar. I fråga om vilka markstabiliseringsmetoder som ska användas inom ramen för uppdraget anges tydligt i upphandlingsdokumentets avsnitt 1.1.1.1 att det som avses är markentreprenad med omfattande och komplicerade markförstärkningsarbeten med inblandningspelare inkl. överlast. Den stora kompetens som erfordras återspeglas också i de krav staden ställt i upphandlingsdokumentet, avsnitten 1.2.3.5 och 1.2.3.6. Vad gäller kravet på referensuppdrag för anbudsgivaren ska det röra sig om två angivna uppdrag som är likvärdiga med det aktuella

uppdraget med motsvarande markförhållanden och med omfattande markförstärkningsarbeten. I anbudet ska anges teknikområde, omfattning, tidsperiod samt kontaktperson för respektive referensuppdrag. Det framgår även att staden kan komma att kontrollera uppgifterna med den angivna kontaktpersonen. Mot bakgrund av det aktuella uppdragets omfattning och komplexitet samt dess utmanande markförhållanden har det varit relevant och proportionerligt att ställa krav på anbudsgivarnas erfarenhet för att säkerställa att de har den tekniska förmågan att fullgöra uppdraget. Det är också viktigt att anbudsgivaren har erfarenhet av storleksmässigt likvärdiga uppdrag för att visa att den kan hantera den ökade komplexiteten i form av etablering, processledning, samordning, logistik, resursutnyttjande etc. Kravet är tydligt formulerat och sedvanligt förekommande i den här typen av entreprenader. Beträffande ett av de två referensuppdrag som bolaget angett i detta avseende har det vid kontroll mot bolagets kontaktperson framkommit att uppdraget ifråga varit betydligt mindre både till sitt beloppsmässiga värde och med avseende på antal meter KC-pelare, varför det kan ifrågasättas om det är fråga om ett likvärdigt uppdrag. Det har dock omfattat en del komplex markförstärkning med närhet till älv och skredrisk och staden hade därför kunnat godta detta referensuppdrag om övriga uppdrag hade varit godtagbara. Det andra referensuppdraget avsåg dock en ren ledningsomläggning, och det har enligt angiven kontaktperson inte förekommit någon markförstärkning eller några komplexa markförhållanden motsvarande vad som kommer vara fallet vid det aktuella arbetet. Det är därför uppenbart att referensuppdraget inte uppfyller skullkravet på att vara likvärdigt med det aktuella uppdraget samt avse motsvarande markförhållanden och omfattande markförstärkningsarbeten. De många otydligheterna i bolagets anbud i fråga om vilka uppdrag som åberopas för att styrka relevant erfarenhet måste vidare läggas bolaget till last. I fråga om erfarenhetskraven beträffande platschef och arbetsledare har de angetts för att säkerställa att anbudsgivaren förfogar över nödvändiga personalresurser för att kunna fullgöra uppdraget på ett ändamålsenligt sätt. Dessa personalkategorier innefattar

nyckelpersoner för genomförandet av uppdraget och det är således nödvändigt att de besitter tillräcklig erfarenhet för att kunna ta sig an uppdraget i fråga. Ställda krav är relevanta, proportionerliga och tydliga. Bolaget har i sitt anbud, utan ytterligare kommentar eller förklaring, laddat upp ett antal CV:n och referensprojekt. Det framgår inte med tydlighet av anbudshandlingarna vilken person som åberopats för vilken roll i uppdraget, utan endast de totalt fem angivna personernas yrkestitlar och arbetsgivare. En av dem uppfyller SVOA:s krav avseende rollen som platschef för huvudentreprenören. Ännu en har referensuppdrag som förefaller vara betydligt mindre än det aktuella uppdraget, men kan ändå godtas för rollen som arbetsledare. Ytterligare två av de angivna personerna uppfyller inte de ställda kraven för någon av de efterfrågade rollerna. Ställda krav har varit tydligt formulerade i upphandlingsdokumentet och det ankommer på anbudsgivaren att ange de personer och de referensuppdrag som bolaget vill åberopa för att uppfylla kraven. Det är inte möjligt att låta en anbudsgivare i efterhand komplettera med andra eller ytterligare referenser. En sammantagen bedömning av bolagets hela bemanning ger resultatet att bolaget inte uppfyllt stadens krav och visat att det förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att klara uppdraget, och inte heller genom åberopade referenser från tidigare projekt visat att det har den rutin och erfarenhet som krävs för att klara de tekniska kraven som finns i projektet. Bolaget har föreslagit en bemanning för mindre och enklare projekt. Det har således funnits grund för att förkasta bolagets anbud. Staden har i detta avseende agerat i enlighet med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget har anfört. Parterna bär själva ansvaret för utredningen

och domstolen är vid prövningen begränsad till vad parterna har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas i det fall den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § samma lag eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter bl.a. behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska även genomföras i enlighet med proportionalitetsprincipen. En upphandling får vidare enligt 4 kap. 2 § samma lag inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Den aktuella upphandlingen avser en till sin storlek omfattande markentreprenad. Staden har uppgett att arbetet ska innefatta omfattande och komplicerade markförstärkningsarbeten under mycket komplexa markförhållanden på grund av försvårande element i kringliggande terräng. Själva förstärkningsarbetet ska ske med hjälp av s.k. inblandningspelare eller kalkcementpelare (KC-pelare) som förs ner i marken och därefter komprimeras med hjälp av tung överlast under åtskilliga månaders tid. Det aktuella arbetet kommer enligt stadens beräkning omfatta ca 30 000 KC-pelare, motsvarande ca 450 000 meter, och kostnaden för hela projektet beräknas till ca 120-130 miljoner kr, varav 50 miljoner kan vara hänförliga till själva markarbetet med KC-pelare och övriga kostnader till arbete med överlast, provisoriska ledningsomläggningar, marksanering m.m.

Staden har uteslutit bolagets anbud ur upphandlingen bl.a. på grund av att de referensuppdrag som åberopats till styrkande av anbudsgivarens organisatoriska kapacitet underkänts. Det relevanta krav som ställts i upphandlingsdokumentet under avsnitt 1.2.3.5 är att de två uppdrag som åberopas i anbudet

ska vara likvärdiga det aktuella uppdraget, ha haft motsvarande markförhållanden som platsen för det aktuella uppdraget och involverat omfattande markförstärkningsarbeten.

Det ena av de två referensuppdrag som staden bedömt i detta avseende har endast till en liten del avsett markförstärkning och den av bolaget angivna kontaktpersonen har uppskattat omfattningen av förstärkningsdelen till ca 3-4 miljoner kr och 35 000 meter KC-pelare, vilket framstår som blygsamt i förhållande till det i upphandlingen förestående arbetet. Staden har dock anmärkt att eftersom uppdraget likväl innefattat komplexa markförhållanden hade det kunnat godtas om det andra åberopade arbetet uppfyllt kraven.

Det andra referensuppdraget ska enligt den bilaga där det refererats i bolagets anbud ha avsett ombyggnation av en vägkorsning i två etapper, med omläggning av ledningar i och runt korsningen samt konstruktion av ny gång- och cykelväg. Det framgår inte någonstans i beskrivningen av arbetet att det innefattat vare sig förstärkningsarbete eller markförhållanden som till sin komplexitet eller på annat relevant sätt motsvarar vad som är fallet i det nu aktuella uppdraget. Det kan således inte utifrån vad som framförts i anbudet konstateras att arbetet uppfyller de i upphandlingsdokumentet ställda kraven på likvärdighet, markförhållanden och förstärkningsarbete. Vad som bolaget anfört om att begreppet markförstärkning har en vidare innebörd än enbart markstabilisering med hjälp av KC-pelare föranleder ingen annan bedömning eftersom det uttryckligen efterfrågats ett likvärdigt uppdrag med det nu aktuella och det därtill tydligt framgår av upphandlingsdokumentet vilken typ av markförstärkning som där ska komma i fråga. Bolaget har även anfört att kraven i upphandlingsdokumentet är otydligt formulerade, och att det inte gått att förutsäga vilken sorts arbeten som faktiskt efterfrågas. Förvaltningsrätten anser dock att de konkreta kraven på liknande markförhållanden som i det aktuella uppdraget samt omfattande markförstärkningsarbeten är fullt tillräckliga för att i vart fall kunna konstatera att det

refererade uppdraget är otillräckligt i upphandlingsdokumentets mening. Mot bakgrund av vad som framkommit om det aktuella uppdragets komplexitet och svåra markförhållanden är det enligt förvaltningsrättens mening relevant att ställa krav på att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av liknande arbeten – inte endast arbeten som anbudsgivaren själv bedömer vara av jämförlig svårighetsgrad. Bolagets invändning om att ett sådant krav strider mot proportionalitetsprincipen föranleder således ingen annan bedömning än att det sammantaget var korrekt av staden att underkänna det återopade uppdraget.

Bolaget har anfört att även om de två referensuppdrag som staden beaktat vid kvalificeringen inte anses tillräckliga för att anbudet ska uppfylla kraven borde staden även ha tagit hänsyn till uppdragen utförda av bolagets underleverantör, då också dennes kapacitet återopades i sammanhanget. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att det i upphandlingsdokumentet står under avsnitt 1.2.3.5 att anbudsgivaren ska ange två referensuppdrag enligt ställda krav. Bolaget har utöver de två uppdrag som det själv utfört också hänvisat till en bilaga med totalt 21 uppdrag som utförts av den återopade underentreprenören. Förvaltningsrätten finner att det tydligt av kravformuleringen framgår att det som efterfrågas är två referensuppdrag, varken mer eller mindre. Att för ett visst anbud beakta fler än två referensuppdrag skulle därmed försätta en anbudsgivare som följer de ordagranna instruktionerna i upphandlingsdokumentet i en ofördelaktig situation, vilket vore oförenligt med likabehandlingsprincipen. Det anges inte någonstans i bilagan eller, såvitt framgått, annanstans i bolagets anbud någon inbördes prioriteringsordning avseende de 21 uppdrag som utförts av underentreprenören, hur de förhåller sig till de uppdrag bolaget utfört för egen del eller i övrigt vilka, om några, av dem som återopas som referensuppdrag i sammanhanget. Bolaget har inte heller under processen i domstolen gjort uttryck för att några andra uppdrag än de som bolaget självt utfört varit avsedda att beaktas i dessas ställe, utan tycks snarast önska återopå underentreprenörens arbeten

vid sidan av sina egna, vilket såsom ovan konstaterats inte är godtagbart. Det har utifrån tillgängliga anbudshandlingar enligt domstolens mening varit motiverat att, som staden gjort, endast utgå från de uppdrag som bolaget själv utfört.

Sammantaget kan konstateras att bolagets anbud inte uppfyller de i upphandlingen gällande kvalifikationskraven på angivna referensuppdrag för anbudsgivaren, eftersom det inte tillhandahållit två sådana uppdrag som erfordras enligt avsnitt 1.2.3.5 i upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten anser att ställda krav är relevanta mot bakgrund av vad som framkommit om det aktuella uppdragets beskaffenhet. Att bolaget alltjämt säger sig ha den erfarenheten som krävs för uppdragets utförande saknar betydelse när detta inte framgår på efterfrågat sätt av angivna referensuppdrag. Staden har redan av detta skäl haft fog för att utesluta bolagets anbud ur upphandlingen. Vad som bolaget anfört föranleder inte slutsatsen att staden genom att utesluta anbudet agerat i strid med någon av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas därför skäl för ett ingripande med stöd av LOU mot den aktuella upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Leif Nilsson
Rådman

Veronica Montell har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.