



SÖKANDE

Asplunds Bygg i Mellansverige AB, 556536-4477
Varnhemsgatan 18 A
541 41 Skövde

Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
Box 1241
131 28 Nacka Strand

MOTPARTER

1. Jönköpings kommun, Upphandlingsavdelningen
Stadskontoret
551 89 Jönköping

Ombud: Advokat Pernilla Larsson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

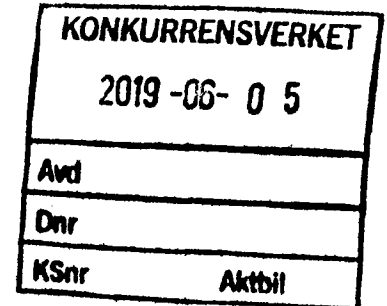
Ombud: Advokat Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

2. Wästbygg AB, 556083-0829
Box 912
501 10 Borås

Ombud: Jimmy Carnelind
MAQS Advokatbyrå Göteborg AB
Box 11918
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där anbudet från Wästbygg AB inte beaktas.

BAKGRUND

Jönköpings kommun genomför en upphandling avseende en utförandeentreprenad av en ny förskola. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om ett öppet förfarande enligt LOU. Utvärderingsgrund är lägsta pris. Enligt tilldelningsbeslut har Wästbygg AB (Wästbygg) tilldelats kontraktet. Asplunds Bygg i Mellansverige AB placerades på andra plats i upphandlingen. Bolaget har ansökt om överprövning.

YRKANDE M.M.

Asplunds Bygg i Mellansverige AB (Bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att Wästbygg anbud förkastas vid en ny utvärdering. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Jönköpings kommun anser att ansökan ska avslås.

Wästbygg anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kommunen har brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen i LOU genom att ha tilldelat kontraktet till Wästbygg, trots att dess anbud inte upp-

fyller uppställda obligatoriska krav gällande mängdförteckning och referenser.

Mängdförteckning

Wästbygg har inte bifogat en komplett ifylld mängdförteckning, vilket varit ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det saknas ifyllda belopp för ett flertal kolumner. Kommunen har inte specificerat på vilket sätt det skulle framgå att de utelämnade priserna ingår i den totala anbudssumman. Bolaget har prissatt samtliga poster i mängdförteckningen, vilket leder till att bolagets anbudssumma inte blir jämförbar med Wästbyggs anbudssumma.

Referensprojekt

Wästbygg har inte lämnat efterfrågade uppgifter om referensprojekt på ett korrekt sätt och har vidare angett referensprojekt som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav.

Hagalundsskolan

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ska vara det anbudsgivande företaget som ska ha utfört referensprojektet. Vidare framgår att det är ett obligatoriskt krav att ange både tidsperiod och kontraktssumma samt en beskrivning av uppdraget.

Wästbyggs referensperson avseende referensprojektet Hagalundsskolan har i e-postmeddelande angett att ”Vid upphandlingen hade de org.nr 556520-7007 (REKAB). De blev upphandlade av Wästbygg i slutet av projektet”. Wästbyggs del i projektet har således inneburit att slutföra ett redan långt gången byggprojekt. I anbudet har Wästbygg dock angett uppgifter som avser hela projektet, dvs. även de arbeten som REKAB utförde. Rätteligen skulle Wästbygg ha angett en beskrivning samt tidsperiod och kontraktssumma som tar sikte på företagets arbete i projektet. Eftersom Wästbygg

inte redovisat sin del i projektet går det inte att bedöma referensuppdragets likvärdighet i förhållande till aktuellt projekt.

Kommunen har anfört att Wästbygg, genom en inkråmsöverlåtelse, förvärvat REKAB:s verksamhet. Det är inte tydligt vad den påstådda inkråmsöverlåtelser avser för något och det har inte ingivits någon bevisning angående detta. REKAB är alltjämt en egen juridisk person som bedriver verksamhet i likvärdig omfattning som före 2015. Det borde ha framgått i anbudet att referensuppdraget utförts av en annan juridisk person samt hur Wästbygg kan tillgodoräkna sig denna förmåga. Det är därmed inte visat att Wästbygg förfogar över påstådd teknisk kapacitet och förmåga som härrör från REKAB:s uppdrag. Referenskriteriet om att ha uppfört en förskola eller liknande byggnad är därmed inte uppfyllt.

Hyllievångsskolan

Gällande referensprojekt Hyllievångsskolan så har kommunen anfört att Wästbygg har åberopat erfarenheten hos en av sina medarbetare.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är det anbudsgivande företaget som ska ha utfört projektet. En medarbetare är inte anbudsgivare och kan följaktligen inte falla in under begreppet anbudsgivare. Det står inte något om anställds erfarenhet. Det har därmed inte varit möjligt att hänvisa till erfarenhet som en anställd har. Eftersom kommunen efterfrågat referensprojekt som anbudsgivaren har utfört går det inte att godta erfarenheten hos en anställd.

Syftet med att ta in referensuppdrag är enligt 14 kap. 5 § LOU att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Detta syfte uppnås inte genom att Wästbygg har en medarbetare som har erfarenhet av att delta i ett liknande

projekt. Det har inte heller framkommit att den åberopade personen haft en avgörande roll i referensprojektet. En enskild persons erfarenhet av att delta i ett projekt är heller inte jämförbart med att ha uppfört en förskola. För att genomföra upphandlingen krävs en hel organisation med många medarbetare i olika roller och ansvarsområden som har relevant erfarenhet. Därtill krävs teknisk utrustning såsom maskiner och verktyg.

Dessutom går det inte att utläsa ur Wästbyggs anbud att de åberopar erfarenheten av en anställd. Referensbilagan är utformad på ett sådant sätt att det förefaller vara Wästbygg som organisation som utfört projektet. Det har krävts ett förtydligande från Wästbygg för att anbudet ska kunna kvalificeras. Förtydligandet har syftat till att läka brister i anbudet och har gynnat Wästbygg på bekostnad av andra leverantörer. Wästbygg har därmed inte angivit korrekta uppgifter, då det inte framgår att det är en persons erfarenhet som åberopas.

Skada

Bolaget har placerats på andra plats. För det fall Wästbyggs anbud vid en ny rättad utvärdering ska förkastas kommer Bolaget således att tilldelas kontraktet. Därmed lider eller i vart fall riskerar Bolaget att lida skada, varför skäl för ingripande enligt LOU föreligger.

Jönköpings kommun

Wästbyggs anbud är utvärderat i enlighet med upphandlingsdokumenten och de upphandlingsrättsliga principerna.

Mängdförteckning

Att inte lämna en komplett mängdförteckning är inte i strid med förfrågningsunderlaget. Av upphandlingsdokumentet, AFC. 612 följer att regleringen endast ska ske för reglerbara mängder till de priser vilka anges i

mängdförteckningen. Det är dessutom felaktigt att det saknas uppgifter i Wästbyggs mängdförteckning. För några poster i mängdförteckningen har inte angivits ett pris utan kvarlämnats en strecksats. Dessa poster är nollposter som inte genererar ett särskilt pris. Det innebär i sin tur att dessa poster ingår i total anbudssumma. Bolaget har på kommunens begäran bekräftat att strecksatserna utgör nollposter. Det är ett sådant förtydligande av redan lämnade uppgifter i anbudet som är förenligt med LOU. De kontakter kommunen har haft med bolaget avseende anbudet har enbart syftat till att, i anledning av överprövningsprocessen, säkerställa att kommunen inte har missuppfattat bolagets anbud. Inte heller efter förtydligandet fanns skäl att ifrågasätta anbudet.

Referensprojekt

Wästbygg har visat att de uppfyller de ställda kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet, genom att ange två referensprojekt. Det har inte funnits skäl att ifrågasätta bolagets kapacitet utifrån dessa referenser. Referenstagningen i sig innebär att projekten redovisas. Det finns inget krav att bolaget skulle vara tvunget att redovisa mer i sitt anbud än det som har efterfrågats i upphandlingen.

Hagalundsskolan

Wästbygg har, genom en inkråmsöverlåtelse, förvärvat REKAB:s verksamhet. I förvärvet ingick bl.a. personal och pågående projekt, inklusive den då pågående entreprenaden avseende Hagalundsskolan. Bolaget slutförde senare denna entreprenad. All teknisk kapacitet och förmåga som REKAB skaffat sig i referensprojektet tillhör således bolaget, likväl som referensuppdraget som sådant. Referenstagningen i sig innebär att projekten redovisas. Wästbygg har således hanterat projektet, som i alla delar uppfyller kraven avseende typ, omfattning och tidsperiod. Vad som framkommit avseende REKAB:s fortsatta verksamhet efter överlåtelsen av entreprenaden saknar relevans. Det finns därför ingen anledning att ifrågasätta att

referensprojektet visar att anbudsgivaren har erfarenhet inom det aktuella området på det sätt som efterfrågas.

Hyllievångsskolan

Utgångspunkten i upphandlingar av entreprenadarbeten är att den upphandlande myndigheten tydligt ska ange om referenskravet skulle vara begränsat till referenser på företagsnivå. Kommunen har i förevarande fall inte ställt upp något krav på att anbudsgivande företag rent faktiskt ska ha utfört referensprojektet utan anbudsgivarens erfarenhet kan ha förvärvats på olika sätt. Det finns därmed inget hinder mot att anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet kan ha förvärvats på olika sätt. Därför är det tillåtet att hänvisa till sådana referensuppdrag som en medarbetare har ansvarat för hos tidigare arbetsgivare eller som bolaget har förvärvat på annat sätt. Det är personalens erfarenheter som måste beaktas. Av branschpraxis följer också att det är vanligt att teknisk förmåga och kapacitet kontrolleras mot anställda personers tidigare erfarenhet.

Wästbygg har åberopat erfarenheten hos en av sina medarbetare. Erfarenhet som medarbetare har måste tillgodoräknas. Det saknar i detta sammanhang betydelse om erfarenheten är tidigare införskaffad i andra arbeten/roller (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 6408-14). Wästbygg har därmed bifogat uppgifter om referensuppdrag som uppfyller de ställda kraven.

Wästbygg AB

Mängdförteckning

Wästbygg har i rutan för totalbelopp i mängdförteckningen angett en viss summa. Den summan överensstämmer med Wästbyggs prissatta poster för reglerbara mängder (avgående och tillkommande). Konsekvensen härav är att de poster som Wästbygg kvarlämnat är prissatta med noll kr. Någon reglering med avseende på avgående eller tillkommande poster är därför inte

aktuell för de poster som kvarlämnats. Det har således varit uppenbart att kvarlämnade poster motsvarar noll kr.

Referensprojekt

I AFB.53 har det inte ställts upp något krav på omfattning eller volym. Istället anges att beställaren förbehåller sig rätten att avgöra likvärdiga typer. Efterfrågade uppgifter har lämnats. Några ytterligare krav på Wästbyggs anbudsuppgifter kan inte utläsas och något ytterligare krav har inte ställts.

Hagalundsskolan

Avseende uppgifterna rörande inkråmsförvärvet av REKAB:s verksamhet framgår via en enkel kontroll på REKAB:s hemsida att hela företaget och Malmöavdelningen såldes till Wästbygg. Med Malmöavdelningen avses hela REKAB:s tidigare verksamhet i södra Sverige. Vid en överlåtelse av ett kontrakt övertar förvärvaren samtliga skyldigheter och förpliktelser som överlåtaren hade gentemot sin kontraktspart. En inkråmsöverlåtelse medför ofrånkomligen att ett partsbyte äger rum.

Hyllievångsskolan

Referenskravet är inte utformat som så att det ska vara det anbudsgivande företaget som ska ha utfört referensprojektet. Ett krav med den innebörden hade förhindrat anbudsgivare från att nyttja den lagstadgade möjligheten att åberopa annans kapacitet, vilket skulle ha gjort kravet otillåtet.

EU-domstolen har fastställt att krav som inte anges uttryckligen i upphandlingsdokumenten (eller i gällande lag) inte kan tolkas in i kravställningen i efterhand. Det står därigenom också klart att ett anbud som uppfyller ett av flera tolkningsalternativ inte kan förkastas. Detta eftersom kravet enligt dess ordalydelse ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. Det är Wästbyggs bestämda uppfattning att referensprojektskravet inte har den innebörd som Asplunds gör gällande. Men under alla omständigheter har

Wästbygg tolkat kravet på ett sätt som ryms inom kravets ordalydelse och någon möjlighet att utesluta Wästbyggs anbud finns då inte. Jönköpings kommun har också bedömt att Wästbygg uppfyller kraven.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till om kommunen brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen genom att godta det i Wästbyggs anbud angivna referensprojektet Hyllievångsskolan.

I upphandlingsdokumenten, AFB. 31 Anbuds form och innehåll, B: Uppgifter för prövning av anbudsgivare, punkten 3 anges bl.a. att anbudsgivare ska ange 2 kvalificeringsprojekt som uppfyller krav enligt AFB. 523.

Av kravet i AFB. 523 framgår följande. ”Anbudsgivaren ska visa att anbudsgivaren har tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet avseende tidigare genomförda projekt. För att kunna återopa ett kvalificeringsprojekt gäller att detta skall vara avslutat under de senaste fem åren eller pågående och

färdigställt till minst 50 %.” Vidare framgår att de åberopade kvalificeringsprojekten ska vara av typ förskola, skola, vårdbyggnad eller liknande. Uppdragen ska enligt AFB. 31 redovisas med en beskrivning av kontraktarbetena, kontraktssumma och kontraktstid.

Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i AFB.523 framgår att det är anbudsgivaren, dvs. den juridiska person som lämnar anbud i upphandlingen, som ska visa att kravet är uppfyllt genom tidigare genomförda projekt av typen förskola, skola, vårdbyggnad eller liknande. Att det har uppställts krav på att redovisning ska ske genom att beskriva kontraktarbetena, kontraktssumma och kontraktstid visar även med tillräcklig tydlighet att kommunen efterfrågat bevis på att anbudsgivaren har en organisation som har resurser för att fullgöra en byggnadsentreprenad kontraktsenligt enligt ändamålsenlig kvalitetsstandard. Det har inte uppställts krav på att anbudsgivaren ska redovisa kvalifikationer och erfarenhet hos den personal som utses att verkställa kontraktet. Så som kravet har formulerats får det därmed anses vara klart att det inte är tillräckligt att hänvisa till en anställds tidigare erfarenhet av att ha deltagit i ett projekt av liknande slag som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Vad kommunen och Wästbygg anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Det är ostridigt att det åberopade kvalificeringsprojektet Hyllievångsskolan inte är genomfört av Wästbygg. Bolaget uppfyller därmed inte uppställt obligatoriskt krav avseende teknisk kapacitet och yrkeskunnande. Kommunens agerande att utvärdera anbudet trots bristande uppfyllelse av de krav som ställts upp i upphandlingen strider redan på denna grund mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i LOU. Vid detta förhållande saknas skäl att pröva övriga grunder för ansökan.

Bolaget har i upphandlingen rangordnats på andra plats efter Wästbygg. Eftersom Wästbyggs anbud rätteligen skulle ha uteslutits får kommunens

agerande anses ha medfört att bolaget i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i LOU. Mot denna bakgrund ska bolagets ansökan bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om, varvid anbudet från Wästbygg inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

