



SÖKANDE

Wilzéns Byggtjänst AB, 556945-1841
Idögatan 31
582 71 Linköping

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPARTER

1. Melander Bygg AB, 556841-3487
Box 282
601 04 Norrköping

Ombud: Advokat Henrik Stenberg och jur. kand. Alexander Crona
Avenir Advokater AB
Drottninggatan 19
602 24 Norrköping

2. Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

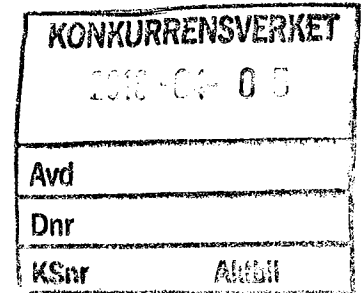
Ombud: Advokat Christian Wahlström
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Norrköping kommuns upphandling avseende Nybyggnation av Kimstad förskola, byggentreprenad (dnr UH-2017-59), får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering, varvid anbudet från Melander Bygg AB inte ska beaktas.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun genomför upphandlingen Nybyggnation av Kimstad förskola, byggentreprenad, med dnr UH-2017-59. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen har den 28 december 2018 fattat tilldelningsbeslut enligt vilket Melanders Bygg AB (Melanders) har tilldelats kontraktet. Wilzéns Byggtjänst AB:s (Wilzéns) anbud rangordnades som tvåa.

Wilzéns ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske i form av ny anbudsprövning varvid Melanders anbud ska förkastas.

Norrköpings kommun medger bifall till ansökan.

Melanders bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Wilzéns

Melanders har inte uppfyllt de obligatoriska kraven gällande referensuppdrag samt kvalitets- respektive miljöledningssystem. Tilldelningsbeslutet strider därmed mot likabehandlingsprincipen.

Enligt upphandlingsdokumentet ska anbudslämnarna bl.a. styrka att de slutfört minst tre entreprenader de senaste fem åren. Som referensentreprenad räknas enligt upphandlingsdokumentet skola, förskola eller liknande byggnadstyp. I alla fall tre av Melanders fyra referensintyg (referens nr 1, 3 och 4) uppfyller inte kravet i AFB.52. Referens nr 1 avser nyproduktion av hunddagis, med avsaknad av moment så som hiss och storkök, som särskilt

pekas ut i den i målet aktuella byggentreprenaden. Värde tydliggör även att det rör sig om ett projekt av väsentligt mindre omfattning än vad som nu är aktuellt. Inte heller med beaktande av att hunddagiset bedrivs som en daglig verksamhet för vuxna med funktionshinder är byggnaden en liknande byggnadstyp som en skola eller förskola. Referens nr 3 avser återställning av omklädningsrum efter sanering i samband med brand. Inte heller detta är jämförbart med nybyggnation av skola eller förskola och även här visar värdet att det rör sig om ett projekt av betydligt mindre omfattning. Referens nr 4 avser om- och tillbyggnad av gymnastikhall, vilket inte heller detta är jämförbart med nybyggnation av skola eller förskola. Därutöver saknas helt obligatoriska uppgifter om värde och tidpunkt för projektet. Projekt avseende mindre ombyggnationer, rivningsarbeten eller tillbyggnader av mindre omfattning kan inte anses utgöra godtagbara referensuppdrag enbart i kraft av att de utförts inom eller i anslutning till skolbyggnader. Referensuppgifterna bör vara jämförbara med det upphandlande uppdraget, vilket borde vara uppenbart för en normalt uppmärksam anbudsgivare. Av nämnda intyg framgår heller inte att projekten utförts enligt gängse branschnormer och slutförts på ett korrekt sätt.

Melanders har vidare inte lämnat certifikat eller intyg som visar att bolaget tillämpar kvalitets- eller miljöledningssystem som motsvarar de krav som uppges i upphandlingsdokumentet. Utan att ta ställning till om systemet Povel är likvärdigt med vad kommunen efterfrågat kan konstateras att intyget avseende Povel har lämnats först under domstolsprövningen och således inte ingick i den anbudskomplettering som Melanders lämnat in till styrkande av uppfyllandet av kravet i upphandlingen. Melanders anbud är således bristfälligt även i detta avseende.

Norrköpings kommun

Efter förnyad genomgång av Melanders anbud med tillhörande kompletterande handlingar kan konstateras att anbudet inte uppfyller obligatoriska krav avseende referensuppdrag samt intyg om kvalitets- och miljöledningssystem. Anbudet skulle således inte rätteligen ha kvalificerat sig för utvärdering.

Vid uppförande av lokaler för fritidshem, förskola, skola eller liknande där avsikten är att barn och ungdomar ska vistas under längre perioder ställs speciella krav, bl.a. såvitt avser buller, luftföroreningar, luftflöden, brandskydd, lektytor etc. Boverkets byggregler innehåller en mängd bestämmelser för just denna typ av byggnader och om det dessutom ska hanteras livsmedel i lokalerna ställs särskilda krav. Upphandlande myndighet har rätt att begära att anbudsgivaren inkommer med intyg om att de viktigaste byggenreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt under förutsättning att projekten inte är äldre än fem år. Utifrån föremålet för upphandlingen ansåg kommunen att det var av avgörande vikt att de som skulle utföra arbetena kunde visa att de på ett tillfredsställande sätt hade genomfört liknande entreprenader och ställde därför upp sådana kvalificeringskrav. Det angavs därvid särskilt att referensentreprenaderna skulle avse skola, förskola eller liknande byggnadstyp. Ett hunddags är inte att likställa med en skola eller förskola då det inte ställs liknande krav vid uppförandet av en sådan byggnad. Oaktat de formella brister som Wilzén i övrigt uppmärksammat kan inte heller återställande av omklädningsrum likställas med att bygga en skola eller förskola. Intyget från Ramböll Sverige AB saknar efterfrågade uppgifter och skulle därför inte heller ha beaktats. Sammanfattningsvis uppfyller Melanders anbud inte samtliga uppställda krav gällande referenser. I upphandlingen ställdes även krav på att anbudslämnarna skulle tillämpa kvalitets- och miljöledningssystem enligt ISO-system eller motsvarande. I Melanders anbud och kompletterande handlingar saknas intyg om att bola-

get tillämpar ett sådant system. Det anförda innebär att Melanders anbud, utifrån de krav som ställts upp i upphandlingsdokumentet, rätteligen skulle ha uteslutits.

Melanders

Det är anmärkningsvärt att Norrköpings kommun medger Wilzéns yrkande med tanke på att kommunen godkänt de lämnade referenserna. Av intygen avseende referensobjekt 1, 3 och 4 framgår att arbetet slutförts enligt gängse branschnormer och på ett korrekt sätt, även om det inte är angivet med den exakta ordalydelsen.

I AFB.52 anges att som referensentreprenad räknas skola, förskola eller liknade byggnadstyp. Det är inte angivet att referensentreprenaderna ska vara av viss angiven omfattning eller innehålla vissa angivna moment. Det kan heller inte anses att en normalt omsorgsfull anbudsgivare bör ha förstått att så bör intolkas. En sådan tolkning strider mot principen om transparens. För det fall hiss och/eller storköksutrustning ingår i en entreprenad är det vanliga att entreprenören i sin tur använder sig av en underleverantör i det avseendet. Det är således inget moment entreprenören vanligtvis utför själv och kräver därmed ingen särskild erfarenhet. Avseende referensobjekt 1 är kommunen medveten om att det inte är ett vanligt hunddagis som uppförts. Hunddagiset är en daglig verksamhet för personer med neuropsykiatriska funktionsnedsättningar och är upprättat i två våningar, innehållande såväl hiss som kök. Referensobjekt 3 och 4 avser idrottshallar, vilket är ett fundamentalt inslag i en skolverksamhet. Referens nr 3 avser ombyggnad inklusive nyinstallation av omklädningsrum och i arbetet ingick bl.a. nyinstallation av ventilation, brand och el. Referens nr 4 avser om- och tillbyggnad av gymnastikhall i två våningar och innefattade även hygienutrymmen. De nämnda referensobjekten innehåller således samtliga delar som är att betrakta som liknande byggnadstyp som skola eller förskola. Melanders

följer även de krav som är uppställda i Povel, vilket utvecklas specifikt för bl.a. bygg- och anläggningsföretag. Povel som program följer de kvalitets-, miljö- och arbetsmiljökrav som det i upphandlingsdokumentet hänvisas till. Melanders uppfyller därför även kraven på kvalitetssäkring och miljöledning i och med att man tillämpar ett motsvarande system till ISO9001 och ISO14001. Till yttrandet har bifogats planritningar avseende omnämnda referensobjekt samt intyg att Melanders följer och arbetar efter Povels kvalitets- och miljöledningssystem.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om Melanders anbud uppfyller alla i aktuell upphandling uppställda obligatoriska krav samt om Norrköpings kommun agerat i strid med LOU genom att anta Melanders anbud.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat. Av likabehandlingsprincipen följer vidare att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från upphandlingsdokumentets obligatoriska krav (se RÅ 2009 ref. 69). En upphandlande myndighet är dock fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas så länge de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas.

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av AFB.52, underrubrik Referensentreprenader, framgår bl.a. följande. *Anbudslämnarna ska ha slutfört minst tre entreprenader under de senaste fem åren och detta ska styrkas genom intyg om att entreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för entreprenaderna samt att de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på korrekt sätt. Som referensentreprenader räknas skola, förskola eller liknande byggnadstyp.*

Av AFB.52, underrubrikerna Kvalitetssäkring och Miljöledning, framgår vidare bl.a. följande. *Anbudslämnare ska tillämpa ett kvalitetssystem och ett miljöledningssystem enligt ISO9001 resp. ISO14001 eller motsvarande. Entreprenören ska efter anmodan intyga motsvarigheten eller om ISO-certifiering föreligger redovisa certifikatet.*

Förvaltningsrättens bedömning

Såväl Wilzéns som kommunen har anfört att Melanders anbud rätteligen inte borde ha kvalificerats för anbudsutvärdering, bl.a. på grund av att tre av de fyra referensobjekt som Melanders hänvisat till inte är att likställa med byggandet av en skola eller förskola, att ett av intygen därutöver helt saknar obligatoriska uppgifter och att intyg avseende kvalitets- och miljöledningssystem inte presenterats.

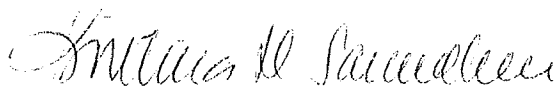
Det finns ingen uttrycklig definition av begreppet "liknande byggnadstyp" i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vad som avses med begreppet måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juni 2016 i mål nr 3262-15). Av AFA.21 framgår att upphandlingen avser nybyggnation av en förskola med sex avdelningar i två plan på cirka 1 700 kvm, ett nytt miljöhus och ett nytt förråd. Av AFB.22 framgår att hiss och storköksutrustning ska ingå i den

aktuella byggnadsentreprenaden. Förvaltningsrätten finner därmed att ”liknande byggnadstyp” ska tolkas mot denna bakgrund.

Melanders har lämnat en redogörelse för vad som ingått i de aktuella referensobjekten. Även med beaktande av vad Melanders angett anser förvaltningsrätten att återställande av Nävestadshallens omklädningsdel efter sanering i samband med brand (referens nr 3) inte i storlek och karaktär är att likställa med uppförande av skola eller förskola. Avseende referensobjektet om- och tillbyggnad av Enebyskolans gymnastikhall (referens nr 4) kan konstateras att det aktuella referensintyget saknar sådana uppgifter, om exempelvis värde och tidpunkt för entreprenaden, som enligt AFB.52 ska finnas med. Redan på dessa grunder borde därför Melanders anbud rätteligen ha förkastats då bolaget inte presenterat tre referensentreprenader och intyg som uppfyller de krav som uppställts. Med beaktande av Wilzéns placering vid tilldelningen har Wilzén lidit skada härav. Det finns därför skäl till ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Upphandlingen ska därför göras om eller avslutas först sedan rättelse har gjorts. Mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit i målet framstår rättelse som en tillräcklig åtgärd. Rättelsen ska bestå i att utvärderingen görs om utan att Melanders anbud beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)



Kristina H Samuelsson

Rådman

Föredragande har varit juristen Louise Danielsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nå 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.