



KLAGANDE

Betonmast AB, 556931-4080

Ombud: Advokat Jan Andersson och advokat Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPARTER

1. Fabs AB, 556048-9162

Ombud: Jur.kand. Sara Karlsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

2. Serneke Bygg AB, 556621-6908

Ombud: Advokat Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 16 april 2015 i mål nr 1513-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om jäv

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för ny handläggning.

YRKANDEN M.M.

Betonmast AB yrkar i första hand att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning. I andra hand yrkar bolaget att kammarrätten avslår Serneke Bygg AB:s ansökan om överprövning. Bolaget anför följande.

Rådmannen vid förvaltningsrätten Magnus Nylander har varit jävig. Förutom att Magnus Nylander är rådmän är han även ordinarie styrelseledamot i Älvstranden Utveckling AB, som är ett av Göteborgs kommun helägt bolag. År 2014 överlät Älvstranden mark till Serneke för uppförande av en skyskrapa, Karlavagnstornet, i Göteborg. Serneke och Älvstranden genomförde dessutom i samråd en arkitekttävling för uppförandet av Karlavagnstornet och gick tillsammans ut med ett pressmeddelande om detta. Serneke var sökande i målet i förvaltningsrätten och har dessutom gjort affärer med ett bolag där Magnus Nylander, som dömt i målet i förvaltningsrätten, är styrelseledamot. Det har därför uppstått ett s.k. delikatessjäv enligt 4 kap. 13 § 10 rättegångsbalken. Trots att det förelåg jäv för Magnus Nylander har han handlagt målet och meddelat en felaktig dom i Sernekes favör.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

Enligt 41 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) gäller, i fråga om jäv mot den som handlägger mål enligt lagen, bestämmelserna i 4 kap. rättegångsbalken om jäv mot domare. Av 4 kap. 13 § 10 rättegångsbalken följer att en domare är jävig att handlägga mål om annars särskild omständighet föreligger som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet (s.k. delikatessjäv).

Syftet med jävsbestämmelserna är att säkerställa allmänhetens förtroende för domstolarna genom att utesluta domare från handläggning av mål i vilket hans förhållande till parten eller saken är sådant att det kan innebära fara för partiskhet. Det avgörande är inte huruvida domaren uppfattar sig som jävig eller inte, utan om det finns någon omständighet som utåt sett ger anledning att ifrågasätta domarens medverkan. Frågan om jäv ska bedömas utifrån en objektiv måttstock (RÅ 2009 ref. 8).

Högsta domstolen har uttalat att jävsreglerna syftar till att skydda rättsskipningens objektiva handhavande och att det är angeläget att reglerna tillämpas på ett sådant sätt att en domare inte får delta i en rättegång även om det i det särskilda fallet saknas anledning att anta att han vid handläggningen eller avgörandet i målet skulle låta sig påverkas av sitt förhållande till den ena parten (NJA 1981 s. 1205). För att avgöra om den objektiva opartiskheten föreligger måste man ta ställning till om det finns en rimlig grund för en objektiv iakttagare att frukta en partisk hållning hos domaren.

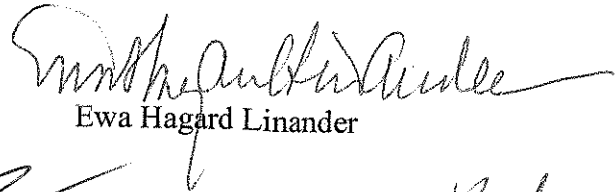
Frågan om jäv objektivt sett föreligger ska bedömas med hänsyn taget till det aktuella målets individuella karaktär. Vid en sådan bedömning kan det finnas skäl att beakta domstolens sammansättning, om det är fråga om ensamdomare eller om domaren är en av flera ledamöter i en kollegial domstol och vilken typ av beslut som är i fråga (RÅ 2009 ref. 8).

Rådmannen Magnus Nylander har meddelat en dom i förvaltningsrätten i ett mål om offentlig upphandling avseende generalentreprenad för om- och tillbyggnad av Nollhagahallen i Alingsås. Förvaltningsrätten beslutade, med Magnus Nylander som ensamdomare, att bifalla Sernekes ansökan att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse har gjorts genom att bl.a. anbudet från Serneke utvärderas på nytt. Magnus Nylander är även ordinarie styrelseledamot i Älvstranden, som har fattat beslut i ett ärende där Serneke varit part. Älvstranden har därvid överlåtits mark till Serneke för

uppförande av en byggnad. Av vad som framgår har Betonmast inte känt till att Magnus Nylander var domare i målet förrän domen meddelades.

Magnus Nylanders avgörande av målet i förvaltningsrätten kan, objektivt sett, anses ha rubbat tilltron till domstolen och till att målet handlagts på ett opartiskt sätt. Jäv har därmed förelegat. Kammarrätten undanröjer därför förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Ewa Hagård Linander



Anders Cedhagen
referent



Renata Matousek



SÖKANDE

SERNEKE Bygg AB, 556621-6908
Karlavagnsgatan 7
417 56 Göteborg

Ombud:

Advokaten Johan Rappmann
Advokatfirman Glimstedt AB
Box 2259
403 14 Göteborg

MOTPARTER

1. FABS AB, 556048-9162
441 81 Alingsås

Ombud:

Jur. kand. Sara Karlsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

2. Betonmast AB, 556931-4080
Kråketorpsgatan 10 C
431 53 Mölndal

Ombud:

Advokaterna Jan Andersson och Ulrika Dahlberg
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse har gjorts genom att anbudet från SERNEKE Bygg AB och Betonmast AB utvärderats på nytt i enlighet med domskälen.

Dok.Id 326139

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

FABS AB har i öppet förfarande genomfört en upphandling av generalentreprenad för om- och tillbyggnad av Nollhagahallen (objekt 3201, projekt 807).

Genom tilldelningsbeslut av den 22 april 2014 tilldelades Betonmast AB (Betonmast) kontraktet.

Sedan SERNEKE Byggnads AB (SERNEKE) och Peab Sverige AB (Peab) ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten i dom den 19 augusti 2014 i mål nr 4743-14 och 4811-14 att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts genom att anbuden från Betonmast och Peab utvärderats på nytt avseende *Organisation och bemanning*.

Genom nytt tilldelningsbeslut av den 29 augusti 2015 tilldelades Serneke kontraktet.

Sedan Betonmast ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten i dom den 16 oktober 2014 i mål nr 9318-14 att avslå ansökan om överprövning.

Betonmast fullföljde talan till Kammarrätten i Göteborg som i dom den 19 november 2014 i mål nr 5735-14 upphävde förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Förvaltningsrätten beslutade i dom den 28 januari 2015 i mål nr 12248-14 att upphandlingen fick avslutas först sedan utvärderingen rättats på sådant sätt att Betonmast tillgodoräknats meritpoäng för sitt referensuppdrag The Reef.

Den 2 februari 2015 meddelade FABS AB nytt tilldelningsbeslut vilket ersatte tilldelningsbeslutet av den 29 augusti 2014. Av det nya – i detta mål nu aktuella – tilldelningsbeslutet framgår att Betonmast tilldelats kontraktet.

SERNEKE överklagade förvaltningsrättens dom av den 28 januari 2015 till kammarrätten som i beslut den 11 februari 2015 i mål nr 602-15 avvisade överklagandet eftersom bolaget inte ansågs ha talerätt.

YRKANDEN M.M.

SERNEKE yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan utvärderingen rättas på sådant sätt att a) utvärderingen ska beräknas med en decimal och b) Betonmast tilldelas noll poäng i stället för två poäng för utvärderingskriteriet *Organisation och bemanning*, i andra hand att upphandlingen ska göras om eftersom FABS AB ska anses ha brutit mot principen om transparens genom att kraven i förfrågningsunderlaget har varit otydliga. SERNEKE anför bl.a. följande. Den av Betonmast återopade personen har inte varit platschef vid nybyggnad av badanläggning med inomhusbassäng om minst 25 meter. Personen var projektchef – inte platschef – vid arbetena med The Reef i Fredrikshamn. Det vara även fråga om en ombyggnad och inte en nybyggnad. Det uppfördes inte heller någon inomhusbassäng om minst 25 meter. Betonmast har därför tilldelats poäng på felaktiga grunder. – FABS AB har felaktigt använt två decimaler i stället för en decimal vid poängberäkningen.

FABS AB anser att ansökan ska avslås och anför att utvärderingen är korrekt genomförd.

Betonmast anser att ansökan om överprövning ska avvisas eftersom ansökan grundar sig på samma omständigheter vilka redan prövats av domstol. Det finns under alla förhållanden inte skäl att bifalla ansökan eftersom upphandlingen är korrekt genomförd.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Den i målet aktuella upphandlingen har tidigare vid flera tillfällen varit föremål för domstols prövning på det sätt som redovisats under avsnittet bakgrund ovan. Vid överprövningarna har det konstaterats att upphandlingen tidigare varit behäftad med sådana brister att den inte fått avslutas förrän rättelser har gjorts.

Det tilldelningsbeslut som ska prövas i detta mål är tilldelningsbeslutet av den 2 februari 2015 genom vilket Betonmast tilldelats kontraktet. Det aktuella tilldelningsbeslutet har ersatt de tilldelningsbeslut vilka tidigare varit föremål för domstols prövning. Vid den nu aktuella prövningen har förvaltningsrätten att göra en ny och självständig prövning utifrån de grunder som det sökande bolaget SERNEKE nu åberopar i ansökan.

Det förhållande att upphandlingen tidigare varit föremål för överprövning utgör inte hinder mot att nu överpröva det nya tilldelningsbeslutet (jfr HFD 2013 ref. 36). Ansökan om överprövning ska därför inte avvisas såsom Betonmast har gjort gällande.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i

LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

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

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som är tillräckligt tydligt så att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens även om vissa brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Till stöd för sin talan har SERNEKE gjort gällande att 1) felaktig utvärdering har skett vid prövning av anbud beträffande *Organisation och bemanning* i punkt AFB.53 i förfrågningsunderlaget och 2) felaktig utvärdering har skett vid prövning av anbud genom att beräkning av poäng skett på felaktigt sätt. Förvaltningsrätten prövar invändningarna var för sig.

Frågan om utvärdering av organisation och bemanning

I förfrågningsunderlaget föreskrivs – såvitt nu är av intresse – följande:

AFB.53 Prövning av anbud

[...]

Organisation och bemanning

Poäng för organisation och bemanning för projektet utgår för föreslagen projektorganisation; platschef, entreprenadchef, arbetschef, inköpschef.

1. Erfarenhet som platschef från nybyggnad av badanläggning med inomhusbassäng minst 25 m är meriterande

- Platschef med erfarenhet från ett projekt erhåller 1 poäng
- Platschef med erfarenhet från två projekt eller fler erhåller 2 poäng

[...]

SERNEKE har härvid gjort gällande att den av Betonmast åberopade personen som varit verksam vid byggnationen av The Reef i Fredrikshamn inte har varit *platschef* vid *nybyggnad* av badanläggning med *inomhusbassäng minst 25 meter*.

Platschef är en inom byggbranschen vanligt förekommande titel, men det är inte fråga om någon skyddad titel. I arbetsuppgifterna ingår vanligtvis bl.a. ansvar för ekonomi, personal, arbetsmiljö, miljö och kvalitet. Annat är inte visat än att den av Betonmast åberopade personen haft sådana arbetsuppgifter vilka är att likställa med de som är vanligt förekommande för en platschef. Enligt förvaltningsrättens mening saknar därför den formella titulaturen betydelse i denna del.

Vad härefter gäller frågan om det varit fråga om nybyggnation eller ombyggnation konstaterar förvaltningsrätten att det varit fråga om omfattande byggnationsarbeten. Att arbetena varit av sådan art och omfattning att de i allt väsentligt är att likställa med nybyggnad vinner stöd av utredningen – särskilt det yttrande som på Betonmasts begäran har lämnats av Mille Örmmark, Weedo AB. Förvaltningsrätten anser således att det har varit fråga om sådan nybyggnad som avsetts i det aktuella avsnittet av förfrågningsunderlaget.

För att Betonmast ska kunna erhålla poäng i denna del krävs emellertid även att det varit fråga om en badanläggning med inomhusbassäng minst 25 meter.

Inom simidrotten förekommer 25-metersbassänger, s.k. kortbanor, och 50-metersbassänger, s.k. långbanor. När ett sådant för simidrotten specifikt mått används i förfrågningsunderlaget kan det – särskild mot bakgrund av den information som lämnas om objektet där – inte ges någon annan innebörd än att den aktuella personen ska ha erfarenhet av nybyggnation av inomhusbassänger med sådan längd som motsvarar de som gäller för kortbanor, dvs. 25 meter. Begreppet ger inte utrymme för att även tolka in bassänger och badanläggningar av annan form, som i byggnadsteknisk mening kanske skulle kunna vara väl så komplicerade som uppförande av en 25-metersbassäng.

Utredningen visar således att den av Betonmast åberopade personen varit delaktig vid uppförandet av badanläggningen The Reef. Det framgår emellertid att det vid denna badanläggning inte har uppförts någon sådan inomhusbassäng om minst 25 meter som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Betonmast skulle därför rätteligen inte ha erhållit poäng i denna del vid utvärderingen.

Frågan om beräkningen av poäng vid utvärderingen

Betonmast har i denna del gjort gällande att FABS AB har förfarit felaktigt vid prövningen av de inlämnade anbuden eftersom det vid poängberäkningen använts två decimaler i stället för det i förfrågningsunderlaget föreskrivna en decimal.

I avsnitt AFB.53 i förfrågningsunderlaget föreskrivs hur de inkomna anbuden ska prövas. Såvitt här är av intresse anges där att de olika kriterier, vilka ska prövas, åsätts poäng i fallande skala från 5,0 poäng.

Det förhållande att det i förfrågningsunderlaget angivits att högsta poäng är 5,0 poäng innebär att varje poäng ska beräknas och anges med två s.k. värdesiffror, dvs. med en decimal. Den omständigheten att det i förfrågningsunderlaget under rubriken *Beställarens erfarenhet av anbudsgivaren eller externa referenser* angivits att "Endast medelpoäng räknas med en decimal" innebär inte att det i andra sammanhang kan användas fler värdesiffror, eftersom begränsningen följer direkt av att den maximala poängen angivits till 5,0. Inte heller innebär det förhållande att det i det i förfrågningsunderlaget återgivna räkneexemplet använts tre värdesiffror vid viktningen att ett sådant förhållande är tillåtet vid poängberäkningen.

Den företagna utvärderingen visar beträffande pris att SERNEKE erhållit 5,00 poäng och att Betonmast erhållit 4,82 poäng. Utvärderingen har således skett med användande av tre värdesiffror, vilket står i strid med den utvärderingsmodell som föreskrivits i förfrågningsunderlaget.

Frågan om rättelse

Som konstaterats ovan har det förekommit felaktigheter vid utvärderingen av de inkomna anbuden på sådant sätt att SERNEKE lidit skada. Det är en tillräcklig åtgärd att upphandlingen rättas i dessa delar.

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



Magnus Nylander

Rådman

Föredragande har varit M Georgsson.