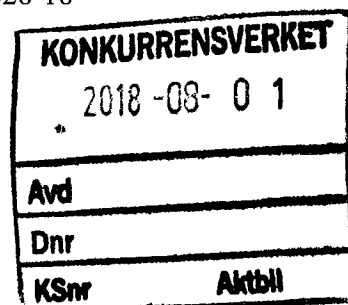




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-07-31
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2628-18



SÖKANDE

Byggarvid AB, 556594-9319
Boråsvägen 38
523 37 Ulricehamn

MOTPART

Marks Bostadsaktiebolag, 556180-9319
Box 124
511 21 Kinna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Byggarvid AB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Marks Bostadsaktiebolag har genomfört en upphandling avseende rivning och nybyggnation av Vipan 13. Upphandlingen har genomförts med förenklat förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut har annat bolag än Byggarvid AB (bolaget) antagits.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Bjelkenfors bygg AB:s (det anbudsvinnande bolaget) anbud inte beaktas vid utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen ska göras om.

Marks Bostadsaktiebolag anser att ansökan ska avslås.

Dok.Id 263078

Postadress

Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress

Hamngatan 15

Telefon

036-15 66 00

Telefax

036-15 66 55

E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Marks Bostadsaktiebolag har brutit i tillämpningen av sina egna kvalificeringskriterier. Det bolag som antogs genom tilldelningsbeslutet har av vad bolaget erfar inte utfört något arbete som uppställs som krav enligt Marks Bostadsaktiebolag kvalificeringskriterier i deras administrativa föreskrifter; AFB.52. Det bolaget uppfyller således inte de uppställda kvalificeringskraven och deras anbud borde ha förkastats. När bolaget efterfrågade det anbudsvinnande bolagets referenser från liknande arbete uppgav Marks Bostadsaktiebolag att man själv kunde vara referens samt att bolaget visst utfört vissa liknande arbeten. De arbeten som hänvisades till gällde dock utslutande ombyggnation, inte nyproduktion av lägenheter som kvalificeringskravet gäller. Det är entydigt att kravet avser liknande referensuppdrag och behöver vara av samma grad av teknisk komplexitet som den nyproduktion som upphandlingen avser.

Genom att inte utvärdera det anbudsvinnande bolagets lämplighet med tillämpning av nämnda krav i AFB.52 C har Marks Bostadsaktiebolag brutit i tillämpningen av sina egna kvalificeringskriterier. Detta utgör ett brott mot de upphandlingsrättsliga reglerna om öppenhet och förutsebarhet. Det vinnande anbudet borde således ha förkastats då det andra bolaget inte utfört någon nybyggnation av liknande projekt. I så fall hade bolagets anbud antagits. Härav följer även att bolaget har lidit skada eller kunnat komma att lida skada av det felaktiga beslutet att anta annat bud.

Marks Bostadsaktiebolag

Det anbudsvinnande bolaget har, inom den aktuella tidsramen, utfört flertalet arbeten som är att bedöma som liknande arbeten i enlighet med krav som uppställs i AFB.52 C. Marks Bostadsaktiebolag kan själva vara referensperson åt det anbudsvinnande bolaget då man under de senaste fem åren anlitat

dem som utförare av flertal arbeten som avser nyproduktion av lägenheter. Det anbudsvinnande bolaget har uppfört nya lägenheter efter en omfattande brand, byggt bostadslägenheter i redan befintliga lokaler som tidigare inrymt helt andra verksamheter. Vidare har detta bolag även utfört uppdrag åt andra beställare under perioden 2013 – 2017.

Bolaget har anfört att de arbeten som det anbudsvinnande bolaget utfört uteslutande gäller ombyggnation och inte nyproduktion. Marks Bostadsaktiebolag har ställt krav på nyproduktion av lägenheter, något som kan ske i redan befintliga lokaler som inte tidigare inrymt lägenheter. Nyproduktion av lägenheter kan därmed ske i samband med så väl ombyggnation av en fastighet som vid nybyggnation av en fastighet. Kravet på nyproduktion har ställts för att kunna säkerställa att anbudsgivaren har den kompetens och erfarenheten som behövs i upphandlingen, exempelvis kännedom om standard för lägenheter och vilka regler som finns för uppförande av nya lägenheter. Detta krav uppfyller det anbudsvinnande bolaget, då det utfört både nyproduktion i samband med ombyggnation och även nyproduktion som innefattat nybyggnation. Upphandlingsdokumentet ställer inte heller något krav på att de liknande referensuppdragen ska vara av samma grad av teknisk komplexitet som den nyproduktion som upphandlingen avser. Det är tillräckligt att det är fråga om nyproduktion av lägenheter utfört åt beställare som förvaltar bostadslägenheter och lokaler.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från la-

gens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

I 4 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Utredning

I Marks Bostadsaktiebolags administrativa föreskrifter gällande Vipan 13, avsnitt AFB.52 C; Krav på entreprenören vad gäller teknisk förmåga och erfarenhet anges följande.

Entreprenören ska ha minst fem års erfarenhet av liknande arbeten hos minst två olika uppdragsgivare. Alternativt gäller för nystartade företag att nyckelpersoner ska ha minst fem års erfarenhet av liknande arbeten hos minst två olika uppdragsgivare. Med liknande arbeten avses nyproduktion av lägenheter utfört åt beställare som förvaltar bostadslägenheter och lokaler. Redovisade uppdrag ska ha varit inom de senaste fem åren och kan även gälla pågående uppdrag.

För att uppfylla kravet ska utförandet vara godkänt av minst två lämnade referenser. Med godkänt menas att arbetena utförs enligt kontraktsvillkoren och inga större anmärkningar förekommer. Två referensbolag ska anges vid förfrågan från beställaren. Dessa kan komma att kontaktas för att kontrollera lämnade uppgifter. Beställaren förbehåller sig rätten att ta egna referenser.

För de anbudsgivare som beställaren själv har erfarenhet av kommer beställaren att vara referensperson, motsvarande två referensbolag.

I bilagan till Marks Bostadsaktiebolags yttrande anges att anbudsvinnande bolag utfört elva uppdrag, varav tio nyproduktioner för Marks Bostadsaktiebolags av lägenheter i lokaler som brukats i andra syften och ett var nyproduktion efter totalbrand av halv fastighet. I bilagan anges även att det anbudsvinnande bolaget utfört nyproduktion åt sex andra beställare under 2013-2017.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras 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 (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om Marks Bostadsaktiebolags anbudsutvärdering skett i enlighet med de krav som ställts upp i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter. Enligt bolaget har Marks Bostadsaktiebolag frångått kvalificeringskravet på så sätt att de arbeten som det anbudsvinnande bolaget utfört inte är nyproduktion av lägenheter, utan endast ombyggnation. På denna grund ska Marks Bostadsaktiebolag ha frångått sina egna ska-krav vid upphandlingen, och på så sätt frångått kravet på öppenhet och förutsebarhet vid upphandlingen. Marks Bostadsaktiebolag menar å andra sidan att berört kvalificeringskrav avseende nybyggnation av lägenheter innefattar såväl nybyggnation av lägenheter i redan befintliga lokaler som nybyggnation av en fastighet. Det behöver inte heller vara fråga om samma grad av teknisk komplexitet som den nyproduktion upphandlingen avser. Marks Bostadsaktiebolag har även i yttrande redogjort för liknande arbeten som det anbudsvinnande bolaget tidigare utfört, och som kvalificerar detta anbudsvinnande bolag enligt aktuellt ska-krav.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i de administrativa föreskrifterna avsnitt AFB.52 C anges att med liknande arbeten avses nyproduktion av lägenheter utförd åt beställare som förvaltar bostadslägenheter och lokaler. Kravet är således, som Marks kommun uppgett, utformat så att det avser erfarenhet av nyproduktion av lägenheter. Det anges inte att det ska avse erfarenhet av nybyggnation. Förvaltningsrätten anser därför att Marks kommuns bedömning av det anbudsvinnande bolagets uppfyllelse av det aktuella ska-krav är i överensstämmelse med uppställt krav när det gäller teknisk förmåga och erfarenhet. Bolaget har således inte genom vad det anfört styrkt att det anbudsvinnande bolaget genom uppgivna referensobjekt inte uppfyllt aktuellt ska-krav i AFB.52 C. och bolaget har inte heller kunnat visa att Marks Bostadsaktiebolag har brutit mot någon av de grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling. Skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört föreligger därför inte och ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Susanne Bagge

Lagmannen Susanne Bagge har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Martin Menyes har varit föredragande.



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 nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, 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.