



SÖKANDE

Gärahovs Bygg AB, 556504-0036

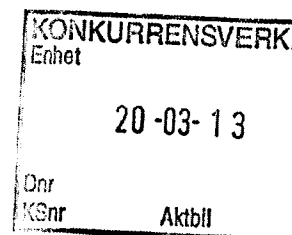
Ombud: Advokaterna Maria Lidbom och Claes Henriksson Svegfors
Advokatfirman LA Partners Aktiebolag

MOTPARTER

1. Jönköpings kommuns Fastighetsutveckling AB, 559082-6847

Ombud för 1: Advokaten Thomas Svedberg
Thomas Svedberg Advokat & Konsult AB

2. Serneke Bygg AB, 556621-6908



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Serneke Bygg AB ska förkastas.

BAKGRUND

Jönköpings kommuns Fastighetsutveckling AB (Fastighetsutveckling) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som benämns ”Fastighetsutveckling 2021 – Jönköping Elmia”. Genom tilldelningsbeslut har Serneke Bygg AB (Serneke) antagits och Gärahovs Bygg AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandlingsföremålet utgörs av ett avtal om totalentreprenad avseende nybyggnad och ombyggnad som totalt omfattar ca 21 000 kvm. I entrepren-

den ingår uppförande av ny mässhall, restaurang, storkök samt konferenslokaler i anslutning till befintliga mässhallar på Elmiaområdet i Jönköping. Arbeten med och i befintligt storkök ingår inte i entreprenaden. Under entreprenadtiden kommer utställningar att pågå på mässområdet, både invändigt och utvändigt. Fastighetsutveckling kommer även att upphandla sidoentreprenader som kommer att pågå samtidigt som totalentreprenaden. Entreprenaden kommer att genomföras i etappvis. Den entreprenadrättsliga upphandlingsformen är generalentreprenad och ersättningsformen är fast pris utan indexuppräknning.

Krav

Anbud ska innehålla de uppgifter som framgår av upphandlingsdokumentens anbudsformulär. Även optioner ska prissättas enligt detta formulär.

Genom att underteckna bifogad sanningsförsäkran bekräftar leverantören och eventuella företag vars kapacitet åberopas att de inte är föremål för uteslutningsgrunder. Sanningsförsäkran bifogas ansökan/anbudet. En sanningsförsäkran ska således bifogas både för leverantören och eventuella andra bolag anlitas om egen kapacitet saknas. Den som undertecknar sanningsförsäkran ska vara behörig företrädare för leverantören.

Leverantören ska ha en erfarenhet av området som upphandlingen avser och visa detta genom att ange referensuppdrag där uppdraget varit liknande de krav ställs i upphandlingen. Föreslagen organisation ska ha varit delaktig i referensuppdrag. Erfarenheten ska styrkas genom att leverantören ska ange minst ett referensuppdrag. Med liknande uppdrag avses:

Uppdrag av storlek och omfattning liknande det som är beskrivet i handlingarna samt där totalentreprenören har tagit fram handlingar i nära samarbete med beställaren.

Referensuppdragen ska beskrivas på ett sätt så att det är möjligt att bedöma deras komplexitet samt totalentreprenörens organisation. Fastighetsutveckling avgör om referensuppdragen är relevanta för utvärderingen.

Anbudsprövningen

Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fyra leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har samtliga ansetts kvalificerade. Anbudet från Serneke antogs som det kvalificerade anbudet som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris. Bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Serneke ska förkastas.

Fastighetsutveckling anser att ansökan ska avslås.

Serneke anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Anbudet från Serneke uppfyller inte upphandlingsdokumentens krav avseende referensuppdrag, sanningsförsäkran undertecknad av behörig företrädare och lämnande av samtliga uppgifter enligt anbudsformulär. I sistnämnda avseende har Serneke även tillåtits lämna en otillåten komplettering

i form av tillägg av nya uppgifter. Sernekes anbud skulle således rätteligen ha förkastats. Då så inte skett har bolaget, vars anbud kom på andra plats vid anbudsprövningens utvärderingsdel, lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Utveckling av bolagets ansökan

Det referensuppdrag som Serneke angett i sitt anbud uppfyller inte det i ställda krav då i vart fall följande brister föreligger:

- Referensuppdraget är inte till sin storlek och omfattning liknande det som upphandlas. Storleken på Sernekes referensuppdrag är 1 800 kvm. Det som upphandlas är 21 000 kvm. Värdet på referensuppdraget är 100 milj. kr. Värdet på det som upphandlas är ca 400–500 milj. kr (se anbudsutvärderingen). Omfattningen av referensuppdraget beskrivs som ombyggnad av en entré. Omfattningen på det uppdrag som upphandlas uppförande av mässhall, restaurang, storkök samt konferenslokaler; Vilket innefattar omfattande nybyggnation (20 780 kvm) och viss ombyggnation och rivning.
- Det anges inte att referensuppdraget är en totalentreprenad.
- Det finns inte någon beskrivning av den organisation som utfört referensuppdraget och det går det därför inte att göra en bedömning om den organisation som offereras i upphandlingen även varit delaktig i referensuppdraget.

Fastighetsutveckling

Inställning

Anbudet från Serneke uppfyller samtliga krav och anbudsprövningen är således korrekt utförd. Det saknas därför skäl för ett ingripande med stöd av LOU.

Referensuppdrag

Att driva ett stort byggprojekt i den miljö som en mässanläggning innebär, är speciellt. Detta är orsaken till att beskrivningen under rubriken ”Referensuppdrag” fått den lydelse den har. Det ska i uppdraget bedrivas omfattande

byggnadsarbeten samtidigt som mässverksamheten måste fortgå med det stora antalet besökare detta innebär, den löpande logistik på mässområdet som detta innebär och en rad andra liknande omständigheter. Självklart finns det även andra liknande verksamheter (sporthallar, stora konferensanläggningar o.dyl.), men kravet innebär ändå en tydlig avgränsning mot byggverksamhet i allmänhet. Även om storlek och omfattning liknande det som är beskrivet i handlingarna nämns, åsyftas därmed inte bara anbudspriset eller antal kvadratmeter. Det är en avsevärd skillnad att bedriva byggverksamhet avseende t.ex. byggverksamhet i miljardklassen avseende bostäder, med byggnation inom en avgränsad, staketskyddad byggarbetsplats, och att bedriva byggverksamhet på mässområde med pågående verksamhet.

Serneke har genom åberopat referensuppdrag erfarenhet av ett stort arbete (värt 100 000 000 kr) på ett mässområde, vilket innebär att det således finns "erfarenhet av området" och att "uppdraget har varit liknande de krav" som ställs i denna upphandling. Det angivna referensuppdraget är ett mycket stort uppdrag och i vart fall tillräckligt stort för att uppfylla kraven avseende storlek och omfattning i upphandlingsdokumenten, varvid hänsyn alltså måste tas även till de speciella krav som följer av beställarens förutsättningar.

Det finns inget krav i upphandlingsdokumenten på att referensuppdraget ska ha varit en totalentreprenad. Det krav som ställs är istället att anbudsgivaren ska ha tagit fram handlingar i nära samarbete med beställaren. Beträffande den nu aktuella referensen avseende Svenska Mässan framgår med tydlighet att det rör sig om en samverkansentreprenad, vilket innebär just att entreprenören och beställaren har samverkat/samarbetat vid framtagandet av de nödvändiga handlingarna.

I anbudsformuläret har anbudsgivarna angivit den organisation som är tänkt för projektet med angivande av personer. Enligt kraven under punkt AFB.52

ska den sålunda beskrivna organisationen ha varit delaktig i referensuppdraget. Så är också fallet här. När det gäller organisationens referenser följer dock av AFB.314 att dessa ska inges inom två veckor efter anfordran. Detta har också skett. Den handling Serneke därvid har lämnat in har också lämnats in till förvaltningsrätten. Av nämnda handling i förening med redovisningen i anbudsformuläret framgår att samtliga som arbetat i referensuppdraget också ingår i den organisation som offererats i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 lagens 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.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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).

Referensuppdrag

Enligt upphandlingsdokumenten ska leverantörens styrka att denne har tillräckliga tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer bl.a. genom att i sitt anbud ange minst ett ”referensuppdrag där uppdraget varit liknande de krav ställs i denna upphandling”. Vidare anges att med liknande uppdrag avses ”Uppdrag av storlek och omfattning liknande det som är beskrivet i handlingarna samt där totalentreprenören har tagit fram handlingar i nära samarbete med beställaren”. Begreppen storlek och omfattning specificeras inte närmare.

Liknande uppdrag ifråga om storlek får anses innebära att referensuppdraget har en kvantitativ omfattning som är jämförbar med upphandlingsföremålet.

Det framstår vidare som närmast tillhands att bedöma uppdragets storlek från kontraktsvärdet och/eller den yta i kvm som uppdraget omfattar. Liknande uppdrag ifråga om omfattning får, även om det är något otydligt uttryckt, anses innebära att referensuppdraget ska ha en kvalitativ omfattning som är jämförbar med upphandlingsföremålet. Omfattningen får rimligen bedömas genom att beskrivningen av uppdragets syfte och huvudsakliga innehåll framstår som rimligt liknande och jämförbart.

Av utredningen i målet framgår att det referensuppdrag som Serneke angett i sitt anbud klart avviker från upphandlingsföremålet i fråga om både kontraktsvärde (100 milj. kr jämfört med 400–500 milj. kr) och den yta i kvm som uppdraget omfattar (1 800 kvm jämfört med ca 21 000 kvm). Referensuppdraget har inte heller avsett uppförande av nya lokaler av olika slag och i en storleksordning som liknar den i upphandlingen aktuella. Istället har referensuppdraget avsett en ny entré till befintliga lokaler. Även om den nya entrén avser en stor yta i förhållande till entréer i allmänhet så är ytan bara en liten del av den i upphandlingen aktuella. Oaktat om man ser till kontraktsvärde, yta som uppdraget avsett eller beskrivningen av kontraktarbetenas huvudsakliga innehåll framstår därför det referensuppdrag som Serneke åberopat som ett litet uppdrag jämfört det uppdrag som är föremål för upphandling. Referensuppdraget kan där inte anses utgöra ett liknande uppdrag i förhållande till upphandlingsföremålet. Vad Fastighetsutveckling, med instämmande från Serneke, anför föranleder ingen bedömning.

Ingripande och val av åtgärd

Mot bakgrund av bedömningen ovan finner förvaltningsrätten att bolaget gjort sannolikt att Fastighetsutveckling brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU genom att i strid med upphandlingsdokumentens föreskrifter underlåta att förkasta anbudet från Serneke. Då bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen har bolaget även gjort sannolikt att felet i upphandling medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida

skada. Felet i upphandlingen är inte hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är därför en tillräckligt ingripande åtgärd. Således finns det skäl att förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Serneke ska förkastas.

Det finns inte skäl att pröva övriga invändningar mot upphandlingen från bolagets sida, d.v.s. invändningarna avseende ytterligare brister i Sernekes referensuppdrag samt brister i av Serneke inlämnade anbudsformulär och sanningsförsäkran.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga (FR-05).

Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

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.

