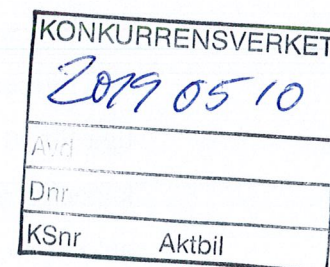


**SÖKANDE**

Nässjö Bygg AB, 556057-4278
Klinggatan 4
571 34 Nässjö

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

**MOTPART**

Eksjö kommun
575 80 Eksjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Eksjö kommun genomför en upphandling avseende ombyggnad av Kvarnars gård (ref. 18/147). Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande enligt LOU. Anbud har inkommit från två leverantörer, varvid anbud från Nässjö Bygg AB (Nässjö Bygg) har diskvalificerats från att gå vidare till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Nässjö Bygg yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Det finns ingen specifikation över vilka uppdrag som avses i referenstagningen, vilken tidsperiod som avses

eller vilken typ av uppdrag som frågan gäller. Svaret kan därför avse vilka uppdrag som helst utan anknytning till det som upphandlas. Av 14 kap. 1 § LOU följer att de kvalificeringskrav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att utföra det kontrakt som tilldelas. Vidare ska alla krav ha anknytning till det som anskaffas. Även om upphandlingen avser ett relativt litet belopp måste kvalificeringskrav vara proportionerliga och ha anknytning till det som anskaffas. De referensuppdrag som bolagets referenter kommenterat har inte avsett i förhållande till upphandlingsföremålet liknande uppdrag, eftersom referenterna inte har fått reda vilken typ av byggtreprenader som avses. Kommunen har inte ens känt till vilka referensuppdrag som referenterna har refererat till. I kontakt med Nässjö Byggs referenter har de bekräftat att de har svarat utifrån sin erfarenhet av samtliga de uppdrag som bolaget har utfört för dessa uppdragsgivare. Den kritik som har riktats mot Nässjö Bygg har inte avsett liknande uppdrag. Kvalificeringsfasen i upphandlingen bygger således på godtycke och riskerar att anbudsgivarna behandlas olika. Kammarrätten i Göteborg har också i dom den 14 november 2018 i mål nr 2974–18 funnit att en referenstagning som inte säkerställer att de referensuppdrag som svaren bygger på har anknytning till upphandlingsföremålet är oförenlig med LOU. Nässjö Bygg har lämnat det lägsta priset och skulle ha tilldelats kontrakt om bolagets referensuppdrag hade godkänts. – Nässjö Bygg åberopar bl.a. ett e-postmeddelande utfärdat för referenstagning, skickat till referent från kommunen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Samtliga anbudsgivares angivna referenter tillfrågades på samma sätt enligt AFB.52. Nässjö Bygg har fått omdömet ej godkänt på fråga 1 från bägge angivna referenter, såväl som från projektledare för Eksjö kommunfastigheter AB. Det har varit tydligt för anbudsgivarna om vad som krävs av referenserna och konsekvensen av deras svar. Referenspersonerna har svarat på frågorna utan att ställa ytterligare frågor till kommunen. I upphandlingsdo-

kumentet framgår tydligt vad lämnade referenser ska svara på. Nässjö Bygg har själv angivit sina referenser och borde rimligtvis ha informerat dem om att de kunde komma att bli kontaktade (i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingsdokumentet)

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 14 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Upphandlingsdokumentet m.m.

I AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet anges bl.a. följande.

Referenser

Anbudsgivare ska på anbudsformulär 7.1 lämna referenser från två olika uppdragsgivare på slutförda liknande byggentreprenader. Uppdragen får vara högst tre (3) år gamla. Referenserna som anbudsgivaren angivit i anbudet kan komma att kontaktas av upphandlande myndighet. Den upphandlande myndigheten kan komma utöver lämnade referenser även kontakta Eksjö Energi AB, Eksjöbostäder AB, Eksjö kommunfastigheter AB samt angränsande kommuner och dess kommunägda bolag till Eksjö kommun om

anbudsgivare utfört liknande byggentreprenader. Angiven referent och samtliga av upphandlande myndighetens kontaktade referenser enligt ovan kommer då att få svara med omdömena ”godkänd” eller ”ej godkänd” på nedanstående frågor hur anbudsgivaren utfört uppdraget.

1. Har anbudsgivaren förmåga att hålla överenskomna tidplaner?
2. Har uppdraget/en slutförts på ett korrekt sätt med godkänd slut- och efterbesiktning?

För att anbudsgivaren ska vara kvalificerad ska samtliga tillfrågade referenter ha besvarat samtliga frågor med ”godkänd”.

I e-postmeddelanden från kommunen ställt till referenter avseende anbudsgivarna har antecknats i huvudsak följande.

Vi har fått in ett anbud från [anbudsgivare] där du är lämnad som referens. Svar efterfrågas på två frågor med omdöme godkänd eller ej godkänd på nedanstående frågor hur [anbudsgivare] utfört uppdraget/en:

1. Har [anbudsgivare] förmåga att hålla överenskomna tidplaner?
2. Har uppdraget slutförts på ett korrekt sätt med godkänd slut- och efterbesiktning?

Förvaltningsrättens bedömning

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag, i syfte att bedöma om denne har erforderlig kompetens och kapacitet att utföra det uppdrag som är föremål för upphandling. Sett mot detta syfte är det väsentliga enligt förvaltningsrätten här att åberopad bevisning till stöd för tidigare erfarenhet visar att leverantören har förmåga att utföra liknande byggentreprenader, bl.a. enligt överenskomna tidplaner (AFB.52).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumentet saknar en definition av vad ett uppdrag av liknande byggentreprenader och med relevans till det uppdrag som efterfrågas i förfrågningsunderlaget innebär. Även om

rekvisitet därmed bör kunna tolkas något mer extensivt borde kommunen vid referenstagning ha specificerat vilken typ av uppdrag som är relevant att bedöma. Bristen i att anbudsformuläret är så knapphändigt utformat att anbudsgivare endast anmodas uppge referens och inte vilket eller vilka projekt som är relevant hade på så sätt kunna läkas.

Kommunen har inte sagt emot uppgiften från Nässjö Bygg om att referenstagningen i enlighet med redovisad e-postkorrespondens har gjorts (eller kan ha gjorts) med beaktande av andra uppdrag än sådana som är av liknande karaktär och relevans för upphandlingen. Härigenom har bolaget, som har diskvalificerats pga. referenstagning och som måste lida risk för skada, utsatts för ett förfarande som strider mot proportionalitetsprincipen enligt LOU. Eftersom det inte heller varit förutsebart att referenstagningen skulle komma att ske på detta sätt strider tillvägagångssättet även mot transparensprincipen. Det finns också risk för att leverantörer behandlats på olika sätt beroende på vilka slags uppdrag de utfört för sina referenter. På grund av ovan konstaterad brist i upphandlingen vad gäller genomförandet av referenstagningen anser förvaltningsrätten att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Nässjö Bygg har också visat att bolaget riskerat att lida skada på grund av detta. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför. Bristerna är av sådan art att de inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Ansökan ska därför bifallas i enlighet med detta.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



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 rättstillämpningen.
- 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.

