



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2016-06-27
Meddelad i Jönköping

Mål nr 3262-15

KLAGANDE

Svenska Entreprenad & Förvaltningsaktiebolag, 556542-3968
Box 1149
600 41 Norrköping

Ombud: Advokaterna Liselott Fröstad och Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

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

2. Byggentreprenören Entreprenad i Norrköping AB, 556733-3512
Box 213
601 04 Norrköping

Ombud: Jur.kand. Ilan Sadé
Nordbro AB
Anna Lindhs Plats 4
211 19 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 18 november 2015 i
mål nr 5877-15, se bilaga A

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-06-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Klaganden/ombudet
 Motparten/ombudet
 Försäkringskassan
 Förvaltningsrätten
 Socialstyrelsen
 KKV

För kännedom
 För åtgärd
 För delgivning

Dok.Id 192139

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och förordnar att en ny utvärdering ska göras, varvid anbud från Byggentreprenören Entreprenad i Norrköping AB inte ska beaktas.

BAKGRUND

Norrköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling av byggentreprenad för ombyggnation av Hultdalsskolan Hus B (upphandlingen). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande och tilldelningsgrund är lägsta pris. Av protokollet för tilldelning den 19 augusti 2015 framgår att Byggentreprenören Entreprenad i Norrköping AB (Byggentreprenören) antogs som entreprenör. Svenska Entreprenad & Förvaltningsaktiebolag (SEFAB) som har ansökt om överprövning av upphandlingen, placerades som nummer två av anbudsgivarna.

YRKANDEN

SEFAB yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Byggentreprenören inte tas upp till utvärdering.

Kommunen motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

Byggentreprenören yrkar att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

SEFAB

SEFAB åberopar de yttranden och handlingar som getts in till förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Det är idag brukligt att upphandlande myndigheter ställer krav på att anbudsgivare ska kunna visa "referensprojekt" eller "referensuppdrag" för att styrka anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Ett referensprojekt eller ett referensuppdrag avser, vad gäller byggentreprenader, alltid en entreprenad. Även i andra branscher kopplas "referensprojektet" till kontraktet på så sätt att ett kontrakt anses

motsvara ett referensprojekt. Det är exempelvis otänkbart att en anbudsgivare skulle kunna åberopa varje avtalsår i ett ramavtal som olika referensprojekt. På samma sätt är det otänkbart för byggentreprenörer att åberopa en och samma byggentreprenad som flera referensprojekt.

I den överklagade domen har förvaltningsrätten gjort en bokstavstolkning av kravet, utan att ta hänsyn till den gängse tolkningen och tillämpningen av begreppet i andra upphandlingar på marknaden. Tolkningen är alltför extensiv och motsvarar inte ens en korrekt tolkning av begreppet i byggbranschen. Den motsvarar därför inte heller den tolkning som en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare skulle göra. Förvaltningsrättens bedömning är inte heller förenlig med unionsrättens krav på öppenhet och likabehandling vid gränsöverskridande handel.

Kommunen har i en annan upphandling godtagit samma referens som bevis för att Byggentreprenören har utfört ett projekt av större storlek. Även om varje enskild upphandling ska prövas för sig utgör omständigheten ett starkt bevis för att både kommunen och Byggentreprenören inte betraktar Kv. Skolan som två skilda projekt. Kommunens hantering av referenser på detta sätt är oförenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Kommunens påstående att begreppet referensprojekt, med rådande begreppsbildning inom branschen skulle betyda arbeten som är "avskiljbara tidsmässigt och organisationsmässigt, t.ex. genom att arbeten på olika fastigheter/huskroppar med olika start- och slutdatum och separata besiktningar" är direkt felaktigt. Det som beskrivs är inte ett projekt utan snarare "etapper" eller "huvuddelar". En entreprenad är ett projekt eller, vilket oftare är fallet, en del av ett projekt med flera entreprenader inom olika områden. Projekt har således i regel en mer omfattande betydelse än vad begreppet entreprenad har. I det aktuella referensprojektet var det fråga om

att utföra arbetena i etapper. Regler om uppdelning av entreprenader i etapper återfinns i standardavtalet AB 04.

Ekonomin är inte åtskild mellan delarna i referensprojektet som det påstås. Referenspersonen, Anders Granberg, har uppgett att ekonomin i projektet inte redovisats separat och att det inte kan fastställas hur stor andel av den totala entreprenadsumman som belöper de olika delarna.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget under rubriken "Allmän orientering" använt begreppet projekt i den mening som SEFAB menar att det har i byggbranschen och i gängse språkbruk, d.v.s. som samlingsbegrepp för samtliga entreprenader/arbeten. Begreppet används genomgående på motsvarande sätt i de administrativa föreskrifterna. Det finns en projektledare och en projektbeteckning "Hulldalsskolan, hus B". Det är mot den bakgrunden och i det ljuset som kravet i anbudsformuläret ska tolkas.

För jämförelse hänvisas till en annan upphandling av Hulldalsskolan hus C och D där arbetena är uppdelade i huvuddelar med olika färdigställandetider, varvid varje del ska vara tillgänglig för besiktning. Att husen i referensprojektet färdigställts och besiktigats vid olika tidpunkter är således inte en omständighet som medför att de ingår i separata projekt.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget finns ingen närmare definition av vad som avses med ett referensprojekt. Syftet med kravet var att säkerställa att leverantören hade tillräcklig teknisk kapacitet och erfarenhet av liknande arbeten.

Arbeten som är avskiljbara tidsmässigt och organisationsmässigt, t.ex. genom arbeten på olika fastigheter/huskroppar med olika start- och slutdatum samt separata besiktningar, är att anse som separata projekt. Detta

stämmer även överens med både normalt språkbruk och rådande begrepps-
bildning inom branschen.

Den upphandlande myndigheten bestämmer själv vilka krav som ska ställas
så länge dessa krav är förenliga med föremålet för upphandlingen och inte i
övrigt står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Det har inte framkommit något i målet som tyder på att kravet enligt kom-
munens tolkning skulle vara i strid mot de grundläggande upphandlings-
rättsliga principerna. Med hänsyn till vad som har framkommit i målet är
det visat att det vinnande anbudet uppfyllt kravet på angivande av tre refe-
rensprojekt.

Byggentreprenören

Byggentreprenören åberopar samtliga yttranden och bevisuppgifter som har
lämnats in till förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Den cen-
trala frågan i målet är hur begreppet ”referensprojekt” ska tolkas i det aktu-
ella förfrågningsunderlaget. En viktig aspekt i tolkningsfrågan är att man
måste se till ändamålet med angivandet av referenser, nämligen att leveran-
tören ska styrka sin tekniska kapacitet – förmågan att hantera den typ av
uppdrag som upphandlas.

Ett anbud ska prövas mot det aktuella förfrågningsunderlaget. Hur byggpro-
jekt använts som referens i en annan upphandling eller hur referenser ska
styrkas i upphandlingar över tröskelvärdet med andra tillämpliga bestäm-
melser är då inte relevant. I den aktuella upphandlingen har Norrköpings
kommun inte valt begreppet ”byggentreprenad”, utan begreppet ”referens-
projekt”. För det fall att ”byggentreprenad” med nödvändighet ska anses
innebära att allt som regleras i samma kontraktshandling därmed utgör en
och samma byggentreprenad, vilket kan ifrågasättas, följer inte på något sätt
att samma sak ska gälla för ”referensprojekt”. Allt beror på omständighe-

terna – särskiljbarhet i tid, plats, ekonomi, organisation, möjlighet att genomföra den ena delen avhängigt av den andra, o.s.v. Det är visat i målet att åtskillnad har hållits vad gäller tid, plats, ekonomi och organisation. I förhållande till byggnadsnämnden har det rört sig om två helt olika projekt, med separata start- och slutbesked.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa i upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Den avgörande frågeställningen är därvid hur begreppet referensprojekt som används i förfrågningsunderlaget ska tolkas. Begreppets tolkning får betydelse för om Byggentreprenören ska anses ha uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställt krav avseende referenser.

I det aktuella kravet anges att det till anbudet ska bifogas tre liknande referensprojekt avslutade inom de fem senaste åren. Kravet är obligatoriskt och syftet anges vara att säkerställa att leverantören har tillräcklig teknisk kapacitet och erfarenhet av liknande arbeten. Begreppet referensprojekt är inte definierat i förfrågningsunderlaget.

Kravet är i sig inte ifrågasatt som oproportionerligt utan frågan i målet rör vad som avses med ”liknande referensprojekt”.

Kammarrätten anser att bedömningen av vad som ska avses med liknande referensprojekt måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget. Det är ett obligatoriskt krav och potentiella leverantörer ska då kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som inte uppfyller kravet avstår från att lämna anbud (jfr. Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden den 20 maj 2016 i mål nr 555-15 samt 2691-15).

Begreppet ”projekt” används i olika delar i förfrågningsunderlaget avseende entreprenadens hela omfattning. Med beaktande av hur begreppet används

rent språkligt i förfrågningsunderlaget, torde begreppet i detta avseende syfta till en större helhet – den kontrakterade entreprenaden som upphandlingen avser.

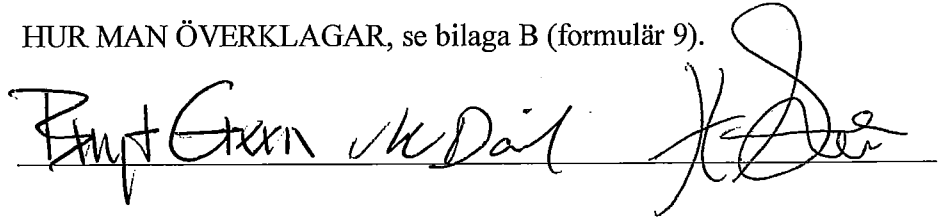
Förfrågningsunderlaget hänvisar till ett standardavtal som branschen tagit fram, AB 04, och enligt de administrativa föreskrifterna gäller detta för upphandlingen. I AB 04 anges att med begreppet entreprenad avses kontraktarbeten jämte förekommande ÄTA-arbeten. Begreppet kontraktarbete definieras i sin tur som arbete som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande. Det görs alltså en koppling mellan vad som framgår av kontraktet och vad som ska anses utgöra entreprenaden. Ett branschavtal måste dessutom enligt kammarrättens mening anses kunna ge ledning för hur en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare skulle tolka kraven (jfr. C-19/00 SIAC Construction).

För att bedöma om Byggentreprenörens anbud ska anses uppfylla kravet på referensprojekt och därmed anses avse ett eller flera projekt måste det enligt kammarrättens mening beaktas hur det referensprojektet var avtalat. Det är ostridigt i målet att det för referensprojektet förelåg ett kontrakt som avsåg en avtalad entreprenad om renovering av de två husen. Kontraktet gällde alltså en entreprenad, med två etapper, oavsett hur dessa utförts eller i vilken ordning.

Som ovan konstaterats anser kammarrätten att ett liknande referensprojekt enligt här aktuellt förfrågningsunderlag, med beaktande av likabehandlingsprincipen, ska anses utgöras av en entreprenad som följer av ett kontrakt. Det är i målet ostridigt att två av Byggentreprenörens referensobjekt är delar av ett kontrakt. Med ovanstående resonemang utgör de två angivna projekten en entreprenad och Byggentreprenörens anbud kan därför inte anses uppfylla kravet på tre referensprojekt. Anbudet borde inte ha gått vidare till utvärdering. SEFAB har till följd av detta lidit skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed. Eftersom SEFAB har anmärkt på

tillämpningen av kravet och inte kravet i sig, är det tillräckligt att en rättelse sker på sätt att utvärderingen görs om varvid Byggentreprenörens anbud inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Handwritten signatures of Bengt Green and Anders Davidson, written over a horizontal line.

Kammarrättsråden Bengt Green (ordförande) och Anders Davidson samt tf. kammarrättsassessorn Hanna Shev (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Katarina Birkefall



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-11-18
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5877-15

SÖKANDE

Svenska Entreprenad & Förvaltningsaktiebolag, 556542-3968
Box 1149
600 41 Norrköping

Ombud: Advokaterna Liselott Fröstad och Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

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

2. Byggentreprenören Entreprenad i Norrköping AB, 556733-3512
Box 213
601 04 Norrköping

Ombud: jur.kand. Ilan Sadé
Nordbro AB
Anna Lindhs Plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 229351

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 11 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post:		08:00-16:00
		forvaltningsratten@linkoping.dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Norrköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling av byggentreprenad för ombyggnation av Hultdalsskolan Hus B (upphandlingen). Upphandlingen sker genom förenklad upphandling och tilldelningsgrund är lägsta pris. Av protokoll vid tilldelning den 19 augusti 2015 framgår att Byggentreprenören Entreprenad i Norrköping AB (Byggentreprenören) har antagits.

Svenska Entreprenad & Förvaltningsaktiebolag (SEFAB) har den 28 augusti 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU och förordna om rättelse på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Byggentreprenören.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Byggentreprenören yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

SEFAB

Inledning

Av anbudsformuläret framgår att det är ett obligatoriskt krav att bifoga tre referensprojekt från liknande projekt avslutade inom de senaste fem åren. Av de administrativa föreskrifterna framgår att med "likvärdig" avses projekt där produktionskostnaden uppgår till minst anbudssumman. Byggentreprenören har inte visat att alla de obligatoriska kraven på teknisk och yr-

kesmässig kompetens är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller kraven måste förkastas. SEFAB hade det näst lägsta anbudspriset och hade vid en korrekt hantering tilldelats kontraktet.

Antalet referensprojekt

Två av Byggentreprenörens bifogade referenser, Kv. Skolan etapp 1 och Kv. Skolan etapp 2, utgör en byggentreprenad uppdelad i etapper. Den på intygen angivna kontaktpersonen, Anders Granberg, har uppgett att parterna haft ett kontrakt om en byggentreprenad som omfattade hela Kv. Skolan. Med ett entreprenadkontrakt, en organisation och ett samordnat genomförande kan det återopade projektet Kv. Skolan inte utgöra två separata referensuppdrag i den mening som avses i LOU. Eftersom Byggentreprenören felaktigt har angivit Kv. Skolan som två referensuppdrag har Byggentreprenören inte visat erfarenhet från tre tidigare projekt, utan endast från två tidigare projekt, vilket inte är tillräckligt för att uppfylla kraven.

I 11 kap. 11 § LOU regleras vilken bevisning om anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet som får krävas. Det anges bl.a. att en förteckning över slutförda byggentreprenader under de senaste fem åren får användas. Det finns ingenting som talar för att kommunen har avsett någonting annat med kravet än vad som följer av 11 kap. 11 § LOU.

För den aktuella ombyggnationen är standardavtalet AB 04 en del av parternas avtal. Genomgående i AB 04 används begreppet "entreprenaden" för att reglera parternas mellanhavanden i projektet. I standardavtalet finns ett flertal regleringar som hanterar successiva utföranden och färdigställanden. Att entreprenader genomförs i etapper innebär i regel även successiva utbetalningar av ersättningen, successiva besiktningar och ett successivt ibrukttagande av färdigställda delar. Den typen av projekt utgör icke desto mindre en entreprenad och ett projekt. Begreppet "projekt" återfinns i standardavta-

let men i ringa utsträckning och inte i den betydelse som Byggentreprenören gör gällande. För Kv. Skolan föreligger det en betalningsplan där det utöver belopp för respektive etapp också finns totalbelopp angivet för allt arbete i den fasta delen, dvs. för båda husen. Den ekonomiska redovisningen har skett i projektet och inte separat för varje hus.

I en annan upphandling som kommunen genomför, som har pågått parallellt med den nu aktuella upphandlingen, har Byggentreprenören redovisat Kv. Skolan som ett referensuppdrag med en total produktionskostnad om cirka 35 miljoner kr. Byggentreprenören har därmed lämnat motstridiga uppgifter. Kommunen har inte genomfört den utredning av Byggentreprenörens anbud som åvilar kommunen. Det har fått till följd att Byggentreprenören har tilldelats kontrakt i båda upphandlingarna samt att samma referensprojekt har bedömts uppfylla både krav på två olika referensprojekt av mindre värde och krav på ett referensprojekt av större värde. På Byggentreprenörens hemsida presenteras entreprenaden som ett referensprojekt.

Referensprojektens produktionskostnad

I upphandlingen krävs att de tre referensuppdragen var för sig uppgår till minst anbudssumman. På Byggentreprenörens hemsida anges att värdet på projektet Kv. Skolan är 33 miljoner kr. SEFAB har därmed gjort sannolikt att produktionskostnaderna per referensuppdrag inte uppgår till minst anbudssumman om 17 148 000 kr. Uppgiften på hemsidan stämmer inte överens med uppgiften i referensintygen vari det framgår att varje del har ett värde om 17 500 000 kr. Det fasta priset som anges i betalningsplanen skiljer sig åt mellan husen. För hus ett är beloppet cirka 500 000 kr högre i den fasta delen. Det finns därmed befogad anledning att anta att slutsummorna inte fördelar sig helt jämnt mellan de båda husen. Enligt Anders Granberg har kostnadsfördelningen gjorts på så sätt att den totala kostnaden för entre-

prenaden har fördelats jämnt på de båda husen. Fördelningen kan därmed inte kontrolleras eftersom det inte har skett någon särredovisning.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget finns ingen närmare definition av vad som avses med ett referensprojekt. Syftet med kravet att till anbudet bifoga tre referensprojekt, som med hänsyn till produktionskostnaderna var likvärdiga med den aktuella entreprenaden, var att säkerställa att leverantören hade tillräckligt teknisk kapacitet och erfarenhet av liknade arbeten. Därmed är sådana arbeten som är avskiljbara tidsmässigt och organisationsmässigt, t.ex. genom arbeten på olika fastigheter/huskroppar med olika start- och slutdatum och separata besiktningar, att anse som separata projekt.

Kommunen hade inte anledning att ifrågasätta de intyg som hade bifogats Byggentreprenörens anbud. I ansökan om överprövning framkom uppgifter som tydde på att intygen kunde anses utgöra ett och samma projekt. Genom Byggentreprenörens yttrande i målet framgår dock att dessa uppgifter inte stämmer. Med hänsyn till det kompletterande underlaget i form av intyg från Anders Granberg, betalningsplan samt start- och slutbesked för de olika entreprenaderna får det anses klarlagt att det rör sig om två separata projekt. De olika etapperna har både tids- och organisationsmässigt hanterats som två separata projekt. Kravet på tre referensprojekt är därmed uppfyllt.

Kommunen vitsordar att det föreligger ett entreprenadkontrakt för hela projektet, att den ekonomiska uppföljningen för projektet är gemensam samt att det saknas underlag för den uppgivna kostnaden för att utföra respektive etapp.

Byggentreprenören

Antalet referensprojekt

Det rör sig om två separata hyreshus med en och samma beställare av arbetena. I det första huset påbörjades arbetena i augusti 2013 och avslutades i mitten av december samma år. Entreprenadarbetena i det andra huset påbörjades i januari 2014. De två husen har således hanterats separat både tids- och organisationsmässigt. Hyresgästmedgivandena har också hanterats hus för hus. Ur ekonomisk synvinkel har de två husen hanterats som två helt åtskilda entreprenader och ingen enskild betalning har avsett båda husen. Eftersom parterna såg det som två separata projekt skedde inte någon gemensam slutbesiktning av allt när hus två var klart, vilket hade varit det naturliga om det hade betraktats som en och samma entreprenad. Istället avsynades varje hus för sig och godkändes i december 2013 respektive maj 2014.

Uppdelningen i två entreprenader blir än tydligare om man ser till myndighetshanteringen. Både start- och slutbesked från byggnadsnämnden har lämnats separat för varje hus. Parternas kontrakt må innehålla båda husen men i övrigt har de hanterats som två helt åtskilda entreprenader. Vad SEFAB anfört angående användandet av projekten i en parallell upphandling är inte relevant eftersom definitionerna i ett förfrågningsunderlag kan öppna för att samma referensmaterial kan användas på olika sätt. Vad som anges på Byggentreprenörens hemsida förändrar inte heller bedömningen.

Någon närmare definition av begreppet ”referensprojekt” förekommer inte i förfrågningsunderlaget. Inom entreprenadrätten finns det inte heller någon klar definition av begreppet. En entreprenad kan bestå av flera projekt. Begreppet måste ges en vidsträckt tolkning. Förfrågningsunderlaget kan inte tolkas för snävt på ett sätt som kan överraska leverantörerna.

11 kap. 11 § LOU är inte tillämpligt på en upphandling under tröskelvärdet. Man kan fråga sig varför kommunen inte skrev ”byggentreprenad” om det var just det som efterfrågades. Valet av termen projekt istället för entreprenad kan ses som ett aktivt val att hålla öppet för flera möjligheter.

Referensprojektens produktionskostnad

Den samlade prissumman för huskropparna uppgick till något över 35 miljoner kr. Den samlade utredningen visar att varje enskilt projekts produktionskostnad överskrider Byggentreprenörens anbudssumma varför de är att bedöma som likvärdiga. Det bör även noteras att bestämmelsen i AFB.52 inte är formulerad som ett typiskt skall-krav. Det är tveksamt om man kan konkludera att referensprojekt vars produktionskostnad understiger anbudssumman automatiskt är diskvalificerade. Meningen kan lika gärna tolkas som att likvärdigheten är garanterad om produktionskostnaden överstiger anbudssumman, medan en skönsmässig bedömning får göras av kommunen ifall kostnaderna skulle uppgå till ett belopp strax under anbudssumman. Om kommunen hade velat ställa ett skall-krav hade formuleringen sannolikt varit annorlunda.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Vid offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU tillämpas enligt 15 kap. 2 § LOU bl.a. bestämmelserna i 1 kap. och 16 kap. LOU.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt ge-

nomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip 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 (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen i målet

Administrativa föreskrifter

Av de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande.

AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet

Prövning av anbudsgivare kommer att ske med avseende på:

[---]

- Referensprojekt bedöms likvärdigt om produktionskostnaden uppgår till minst anbudssumman. Referensprojekt bifogas enligt anbudsformulär.

[---]

AFB.53 Prövning av anbud

Anbudsgivare som uppfyller kraven enligt AFB.52 kommer att prövas.

Anbudsgivare som ej uppfyller ovan ställda krav kommer att förkastas.

Anbudsformulär

Av anbudsformuläret framgår bl.a. följande.

Obligatoriska krav

[---]

Till anbudet bifogas 3 liknande referensprojekt avslutade inom de 5 senaste åren.

Ja

Intyg den 9 januari 2015

I intyg från Anders Granberg den 9 januari 2015 intygas bl.a. att Byggentreprenören för Kretia, såsom beställare, har utfört byggentreprenaden Kv.

Skolan Et 1 omfattande ett värde på cirka 17 500 000 kr.

Intyg Kv. Skolan Et 2

I intyg från Anders Granberg den 9 januari 2015 intygas bl.a. att Byggentreprenören för Kretia, såsom beställare, har utfört byggentreprenaden Kv.

Skolan Et 2 omfattande ett värde på cirka 17 500 000 kr.

Intyg den 27 augusti 2015

I intyg från Anders Granberg den 27 augusti 2015 intygas bl.a. att Byggentreprenören, för Kretia såsom beställare, på totalentreprenad utfört ombyggnadsarbeten av två stycken huskroppar innehållande totalt 72 stycken lägenheter på Slättergatan 52–68 i Norrköping, att projektets totala produktionskostnad uppgick till cirka 35 miljoner kr samt att projektet pågick med Etapp/Hus 1 augusti–december 2013 och Etapp/Hus 2 januari–juni 2014.

Redogörelse den 17 september 2015

Av redogörelse från Anders Granberg den 17 september 2015 framgår bl.a. följande. Byggtreprenören har varit entreprenör av renoveringsarbeten på fastigheten Skolan 9 i Norrköping, På fastigheten finns två helt separata hyreshus med 36 lägenheter i respektive hus. Varje hus var en etapp för sig. Arbetet på det första huset påbörjades i augusti 2013. De förhandlade fram hyresavtalet med hyresgästföreningen under våren 2013. Förhandlingen gällde hela fastigheten. Startdatum för de båda etapperna var beroende av att samtycke erhöles från alla hyresgästerna, s.k. hyresgästmedgivande. Om någon eller några hyresgäster hade nekat tillträde, skulle arbetena inte ha kunnat påbörjas i det aktuella huset förrän den processen hade blivit avklarad. Under våren 2013 gick de ut med information till hyresgästerna och hade informationsmöten i grupp och enskilt med hyresgästerna i etapp 1 under april 2013. De fick in hyresgästmedgivandena under maj. Entreprenaden kunde sedan planenligt starta i augusti 2013. Färdigställandet skedde sedan i mitten av december 2013. I samband med att entreprenaden för hus ett var igång i augusti 2013 gick processen med informationsmöte till hus två igång, inbjudan i augusti, informationsmöten i september. De fick in det sista hyresgästmedgivandet under oktober 2013. De kunde då planera för den andra etappens start till januari 2014. Arbetena på det andra huset påbörjades i januari 2014 och höll sedan på fram till sommaren. Entreprenaderna avsynades av parterna och godkändes av dem efter respektive entreprenadslut, december 2013 respektive maj 2014. Administrativt och tidsmässigt hanterades de alltså som två separata projekt.

Delegationsprotokoll

Av fyra olika delegationsprotokoll från Byggnads- och miljöskyddsnämnden i Norrköpings kommun (nämnden) framgår bl.a. följande. Genom beslut den 26 juni 2013 beslutade nämnden att ge startbesked avseende stambyte

samt ombyggnad av flerbostadshus på Fastigheten Skolan 9 (Slättergatan 52–58). Genom beslut den 25 november 2013 beslutade nämnden att ge startbesked avseende stambyte samt ombyggnad av flerbostadshus på Fastigheten Skolan 9 (Slättergatan 66). Genom beslut den 3 juli 2014 beslutade nämnden att utfärda slutbesked avseende stambyte samt ombyggnad av flerbostadshus på Fastigheten Skolan 9 (Slättergatan 52). Genom beslut den 3 juli 2014 beslutade nämnden att utfärda slutbesked avseende stambyte samt ombyggnad av flerbostadshus på Fastigheten Skolan 9 (Slättergatan 66).

Förvaltningsrättens bedömning

Angående förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det som SEFAB har anfört i målet innebär att kommunen har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU och om detta i så fall har medfört att SEFAB har lidit eller kan komma att lida skada.

SEFAB har gjort gällande dels att Byggentreprenören inte har visat erfarenhet från tre tidigare projekt eftersom bolaget felaktigt har angivit Kv. Skolan som två referensprojekt, dels att produktionskostnaderna för Kv. Skolan etapp 1 respektive Kv. Skolan etapp 2 inte uppgår till minst anbudssumman. SEFAB anser att Byggentreprenörens anbud därmed inte uppfyller samtliga krav. Förvaltningsrätten kommer först att pröva Bolagets invändningar angående antalet referensprojekt.

Antalet referensprojekt

Förvaltningsrätten konstaterar att det enligt anbudsformuläret är ett obligatoriskt krav att tre liknande referensprojekt avslutade inom de fem senaste åren bifogas anbudet. Byggentreprenören har bifogat intyg gällande Kv.

Bollen Victoriaskolan, Kv. Skolan etapp 1 och Kv. Skolan etapp 2. Parterna är oense om hur begreppet "referensprojekt" ska förstås samt om Byggentreprenörens referensprojekt Kv. Skolan etapp 1 och Kv. Skolan etapp 2 kan anses utgöra två referensprojekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i förfrågningsunderlaget eller i LOU finns någon definition av begreppet "referensprojekt". Bedömningen av huruvida Kv. Skolan etapp 1 och Kv. Skolan etapp 2 kan anses vara två olika referensprojekt får därmed göras utifrån en helhetsbedömning av det som framkommit beträffande de utförda arbetena vid Kv. Skolan samt utformningen av förfrågningsunderlaget.

Mot bakgrund av att frågan om vad som utgör ett referensprojekt i förevarande fall ska prövas mot det nu aktuella förfrågningsunderlaget bedömer förvaltningsrätten att det som SEFAB anfört om att Byggentreprenören på sin hemsida och i en annan upphandling angivit arbetena inom Kv. Skolan som ett projekt inte utesluter att Kv. Skolan etapp 1 och 2 i förevarande fall kan bedömas som två referensprojekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att den nu aktuella upphandlingen genomförs enligt reglerna i 15 kap. LOU. Av 15 kap. 2 § LOU e contrario följer att 11 kap. 11 § LOU därmed inte är tillämplig. Förvaltningsrätten anser att det som SEFAB anfört i övrigt inte heller innebär att det med "3 liknande referensprojekt" i förevarande upphandling måste avses tre olika byggentreprenader. Det har således inte framkommit hinder att bedöma olika etapper inom ramen för en byggentreprenad som olika projekt.

Mellan SEFAB och kommunen är det ostridigt bl.a. att det föreligger ett entreprenadkontrakt för Kv. Skolan och att den ekonomiska uppföljningen var gemensam. Arbetena i respektive hus inom Kv. Skolan har emellertid utförts i olika etapper och de två etapperna har tids- och organisationsmäss-

igt hanterats separat. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att de två etapperna uppfyller kraven för att kunna anses som två olika referensprojekt i förevarande upphandling. Vad SEFAB anfört i denna del innebär därmed inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Referensprojektens produktionskostnad

SEFAB har gjort gällande att produktionskostnaden för Kv. Skolan etapp 1 respektive Kv. Skolan etapp 2 inte uppgår till minst anbudssumman. Byggentreprenören anser att produktionskostnaden på respektive projekt uppgår till minst anbudssumman men har även gjort gällande att detta inte är ett obligatoriskt krav.

Som förvaltningsrätten har konstaterat ovan är det enligt anbudsformuläret ett obligatoriskt krav att tre liknande referensprojekt avslutade inom de fem senaste åren bifogas anbudet. I de administrativa föreskrifterna anges sedan att referensprojekt bedöms likvärdigt om produktionskostnaden uppgår till minst anbudssumman. Förvaltningsrätten kan konstatera att de administrativa föreskrifterna inte är formulerade på så sätt att produktionskostnaden ska uppgå till minst anbudssumman för att referensprojektet ska bedömas som likvärdigt. Det anges endast att referensprojektet bedöms likvärdigt om produktionskostnaden uppgår till minst anbudssumman. Det uppställs heller inget krav på att referensprojektens produktionskostnad ska anges i anbudet.

Enligt förvaltningsrättens mening går det, mot bakgrund av det ovanstående, inte att av ordalydelsen i de administrativa föreskrifterna dra slutsatsen att ett referensprojekt kommer att bedömas som likvärdigt endast om produktionskostnaden uppgår till minst anbudssumman. Därutöver kan det konstateras att det obligatoriska kravet inte är formulerat på så sätt att referensprojektet ska vara likvärdiga, utan kravet är att de ska vara liknande. Förvaltningsrätten anser därför att formuleringen i de administrativa föreskrifterna

inte utesluter att kommunen kan komma att bedöma ett referensprojekt som liknande trots att produktionskostnaden på referensprojektet inte uppgår till minst anbudssumman.

SEFAB har inte, till stöd för att de av Byggentreprenören åberopade referensprojekten inte ska bedömas som liknande, anfört någon ytterligare omständighet än att produktionskostnaden understiger anbudssumman. Mot denna bakgrund, samt med beaktande av vad som anförts ovan, anser förvaltningsrätten att det som SEFAB har anfört inte innebär att kommunen har eftergett eller bortsett från det nu aktuella kravet. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte.

Sammanfattning

Vad SEFAB anfört i målet innebär inte att kommunen har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU på ett sätt som medfört att SEFAB har lidit eller kan komma att lida skada. SEFAB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Kristina André Lilja

Föredragande har varit Christine Lindström.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.