



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-07-01
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1981-13 E
Enhet 1

SÖKANDE

ByggPartner i Dalarna AB, 556531-9984

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Norra Västmanlands kommunalteknikförbund
Box 2
737 21 Fagersta

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-07-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförs.

Dok.Id 94006

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Norra Västmanlands kommunalteknikförbund (nedan NVK) har genom ett förenklat förfarande genomfört en upphandling av om-, ny- och tillbyggnad av Rosen 1 Mariaskolan etapp 2 (upphandlingen). Genom tilldelningsbeslut den 10 april 2013 antogs anbudet från Bröderna Svensson Byggnads AB (BSAB).

YRKANDEN

ByggPartner i Dalarna AB (ByggPartner) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att anbudet från BSAB förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs.

NVK bestrider yrkandet om rättelse och anser att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

UTVECKLING AV TALAN

ByggPartner

BSAB:s anbud utgör inte ett rent anbud såtillvida att det inte uppfyller samtliga av NKV i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. NVK har därmed åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att låta utvärdera anbudet från BSAB.

I punkt AFB.51 första stycket i förfrågningsunderlaget för upphandlingen anges att anbudsgivaren ska redovisa minst två referensobjekt som ska vara utförda under den senaste treårsperioden för att styrka att anbudsgivaren har dokumenterad erfarenhet av att leda och utföra totalentreprenader liknande nu aktuellt projekt. BSAB har angett fyra referensobjekt. Det första, LSS-boende Folkparken, utgör enligt uppgift nyproduktion och är därför inte en liknande entreprenad. Det andra, Mariaskolan Etapp 1, är ännu inte slutbesiktigad och är därför fortfarande under utförande. Den kan

inte anses utgöra ett utfört referensobjekt. Det tredje, ombyggnationen av Reningsverk By Landet, kan svårligen anses vara en liknande entreprenad. Oavsett om det fjärde objektet, Trygghetsboende Kv Resedan 1 Norberg, får anses vara en liknande totalentreprenad eller inte, skulle det i så fall vara det enda liknande referensobjektet enligt uppställda krav.

BSAB:s anbud uppfyller inte heller skall-kravet i punkt AFB.51 andra stycket – som hänvisar till punkt AFD.34 – i förfrågningsunderlaget. Enligt punkt AFB.51 andra stycket ska anbudsgivaren ange minst två referensobjekt utförda under den senaste treårsperioden för att visa att projekteringsledare har dokumenterad erfarenhet av att leda denna typ av entreprenad. I punkt AFD.34 anges bland annat att projekteringsledning ska ha dokumenterad erfarenhet av att leda den typ av projektering som avses i detta fall och att det ska redovisas enligt anbudsformulär.

Kravet på att presentera dokumenterad erfarenhet hos projekteringsledningen av ifrågavarande entreprenadtyp utgör ett sådant skall-krav i fråga om den offererade platsorganisationens yrkeskvalifikationer. Detta krav är ställt i förhållande till anbudsgivarens kapacitet och utgör ett kvalificeringskrav. BSAB anger i sitt anbud att offererad projekteringsledare utgörs av Kjell Hägg. Bilagt anbudet finns ett brev som förefaller vara från bolaget SVB Rör AB genom Kjell Hägg. Anbudet ger inte stöd för någon annan uppfattning än att SVB Rör AB, genom Kjell Hägg, ska fungera som underentreprenör i fråga om projekteringsledning. En anbudsgivare kan åberopa ett externt företags resurser genom att tillhandahålla ett åtagande eller ett kontrakt som visar att anbudsgivaren kommer att förfoga över de resurser han åberopar för att fullgöra kontraktet. Det saknas emellertid ett uttryckligt åtagande från SVB Rör AB i anbudet, vilket är ett krav när annat företags kapacitet tas i anspråk i en upphandling. Dessutom är inte handlingen från SVB Rör AB undertecknad och kan inte anses utgöra bevis för något avtal mellan BSAB

och underentreprenören om att BSAB kan förfoga över underentreprenörens resurser i denna del vid fullgörandet av kontraktet. NVK har angett att kravet på dokumenterad projekteringsledning inte utgör ett krav som är riktat till anbudsgivaren utan till en typisk underentreprenör men det finns inget i förfrågningsunderlaget som ger stöd för en sådan uppfattning.

Dessutom anges i den handling där Kjell Häggs referenser presenteras, att dessa avser referensobjekt i fråga om projektledning, inte projekteringsledning. Projektledning utgörs av det praktiska arbete som utförs av en ledare vid styrningen av ett helt projekt som sådant enligt en viss metod, medan projekteringsledaren leder det specifika utrednings- och förberedelsearbete som föregår själva det operativa genomförande av exempelvis en totalentreprenad. Det finns det inte något stöd i LOU för att åsidosätta likabehandlingsprincipen på så sätt att den upphandlande myndigheten kan ha överseende med sedan tidigare kända leverantörers anbud i fråga om att uppfylla ställda skall-krav.

ByggPartner har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av att NVK handlat i strid med principen om likabehandling. Om NVK hade agerat i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna hade ByggPartners anbud antagits såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga.

NVK

NVK gör gällande att BSAB:s anbud uppfyller ställda skall-krav.

Entreprenaden som upphandlingen avser får anses som en tämligen ordinär ny- och ombyggnad på totalentreprenad. Arbetena omfattar ombyggnation av befintlig skolbyggnad samt nybyggnad av en aktivitetshall. BSAB har i sitt anbud hänvisat till två referensobjekt. Det ena är LSS-boendet Folkparken som likvärdigt den nu aktuella totalentreprenaden. Objektet var

en nybyggnation som även innefattade en lågenergilösning precis som aktuell entreprenad. Det andra är Mariaskolan etapp 1 som är en totalentreprenad som avser ombyggnad av en gymnastiksal till klassrum. Detta objekt är i stort sett klart och ska slutbesiktigas. Det kan därför anses utfört under de tre senaste åren då det inte finns något krav på att den ska vara slutbesiktigad och färdigställd. I referenslistan redovisas även ombyggnaden av bostadshus till Trygghetsboende Kv Resedan 1 Norberg. BSAB har således uppvisat tillräckliga bevis för att kravet om dokumenterad erfarenhet av att leda och utföra totalentreprenader liknande nu aktuellt objekt är uppfyllt.

De krav som ställs på anbudsgivaren och på arbetsledning och projekteringsledning avser två olika saker. Kravet på anbudsgivaren avser det företag som lämnar anbud. Kravet på arbetsledare och projekteringsledare avser offererad arbetsledare och projekteringsledare. Något hinder mot att offererad arbetsledare och projekteringsledare är anställd hos annat företag föreligger inte. Bestämmelserna om hänvisning till annans kapacitet är inte tillämpliga på en sedvanlig inhyrning av arbetskraft från annan entreprenör eller bemanningsföretag, om inte den upphandlande myndigheten angivit annat. Kjell Hägg är en hos BSAB typiskt inhyrd projekteringsledare. NVK har endast uppställt krav på att anlita projekteringsledare ska ha viss erfarenhet. NVK har inte heller föreskrivit att underentreprenörer endast får anlitas efter beställarens godkännande utan endast redovisat i punkt AFD.28 att entreprenören ska samråda med beställaren före antagande av underentreprenör.

BSAB har i anbudsformuläret angivit att Kjell Hägg kommer att vara projekteringsledare. I den åberopade referensen har i rubriken angetts att Kjell Hägg varit projektledare. Då tre av fyra projekt som angivits har varit projekt för NVK känner NVK till att Kjell Hägg haft rollen som

projekteringsledare och inte projektledare. Det handlar om ett uppenbart skrivfel.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att pröva om det, på grundval av vad ByggPartner anfört, är visat att NVK har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att det medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU. De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet som framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om BSAB:s anbud uppfyller skall-kravet i punkt AFB.51 i förfrågningsunderlaget avseende att anbudsgivaren ska redovisa minst två referensobjekt som ska vara utförda under den senaste treårsperioden för att styrka att anbudsgivaren har dokumenterad erfarenhet av att leda och utföra totalentreprenader liknande nu aktuellt projekt.

Förvaltningsrätten finner, utifrån de uppgifter om objekten som finns tillgängliga i målet, inte skäl att ifrågasätta NVK:s bedömning och anse att åtminstone LSS-boendet Folkparken, Mariaskolan etapp 1 och Trygghetsboende Kv Resedan 1 Norberg kan anses utgöra totalentreprenader liknande det aktuella projektet. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger således inte.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om BSAB:s anbud uppfyller skall-kravet i punkt AFB.51, som hänvisar till punkt AFD.34, i förfrågningsunderlaget avseende att projekteringsledare ska ha

dokumenterad erfarenhet av att leda denna typ av entreprenad och att minst två referensobjekt utförda under den senaste treårsperioden samt kontaktperson ska anges.

ByggPartner har i denna del gjort gällande att BSAB:s anbud inte uppfyller aktuellt skall-krav eftersom bolaget i anbudet har åberopat ett annat företags kapacitet utan att ha visat att BSAB förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Detta eftersom det saknas ett åtagande från SVB Rör AB i anbudet, vilket är ett krav enligt 15 kap. 15 a § LOU. Nämnade bestämmelse har följande lydelse.

En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Det är ostridigt i målet att Kjell Hägg inte är anställd hos BSAB utan att han arbetar för ett annat företag. När en anbudsgivare avser anlita en projekteringsledare som arbetar för ett annat företag än anbudsgivaren, är det enligt förvaltningsrätten att anse som att anbudsgivaren åberopar ett annat företags kapacitet i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU.

Förvaltningsrätten noterar härvid att det i aktuell punkt i förfrågningsunderlaget inte finns ett uttryckligt krav på att anbudsgivare som avser att använda annat företags kapacitet ska styrka detta i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU. Oaktat detta anser förvaltningsrätten att en anbudsgivare som åberopar andra företags kapacitet i ett anbud måste följa vad som anges i 15 kap. 15 a § LOU. Om en anbudsgivare har bedömt att det finns behov att åberopa andra leverantörers kapacitet, inträder enligt bestämmelsens andra mening en skyldighet att visa att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

BSAB har till sitt anbud bilagt en handling som är daterad den 6 mars 2013 med avsändare Kjell Hägg, SVB Rör AB. I handlingen anges fyra

objektreferenser med tillhörande kontaktpersoner. Handlingen är ställd till BSAB och det anges att handlingen avser objekt Mariaskolan, Om- och tillbyggnad, etapp 2. Handlingen är inte undertecknad. I punkt AFD.28, som NVK har åberopat, i förfrågningsunderlaget med rubriken "Underentreprenörer" framgår att entreprenören ska samråda med beställaren före antagande av underentreprenörer. NVK har dock i målet inte påstått att det har skett ett samråd mellan BSAB och NVK i denna fråga. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är styrkt att BSAB kommer att förfoga över åberopad nödvändig kapacitet, dvs. projekteringsledare med dokumenterad erfarenhet, när kontraktet ska fullgöras i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU. ByggPartner har således visat att BSAB:s anbud inte uppfyller skall-kravet i punkt AFB.51, som hänvisar till punkt AFD.34, i förfrågningsunderlaget avseende att projekteringsledare ska ha dokumenterad erfarenhet av att leda denna typ av entreprenad.

Som ByggPartner har angett uppfyller således inte BSAB:s anbud samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att ByggPartner har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Det är tillräckligt med rättelse. Med denna utgång saknas skäl att pröva övrig åberopad grund för ett ingripande mot upphandlingen.

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



Ann-Britt Bäck
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Sara Linde.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

1