



SÖKANDE

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

Ombud: Advokaten Daniel Modéus
Modéus Advokatbyrå
Harebacken 3
443 32 Lerum

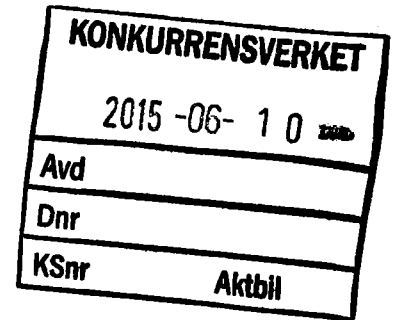
MOTPART

Nässjö kommun
Stadshuset
571 80 Nässjö

Ombud: Advokaten Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Nässjö kommun genomför två upphandlingar av byggentreprenader. Den ena avser Brinellskolan (Hantverket 2) i Nässjö och inrymmer två delar, dels ombyggnation av omklädesrum i hus 3, dels byte av ytterväggar på matsal i hus 1. Den andra avser Åkerskolan (Modellen 1), ombyggnation av omklädesrum.

Dok.Id 165011

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

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

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

I båda upphandlingarna anges som ett av de obligatoriska kraven enligt Administrativa Föreskrifter, AFB.52, punkt 6 att anbudsgivaren ska ange två referenser för slutförda byggtreprenader som anbudsgivaren utfört på ett tillfredställande sätt under de fem senaste åren. Referenserna ska avse två olika uppdragsgivare. Har anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag för Nässjö kommun ska kommunen anges som en av referenserna. Nässjö kommun kommer att kontakta referenspersonerna för att få uppgift om

- a. Anbudsgivarens noggrannhet och yrkesskicklighet,
- b. Anbudsgivarens förmåga att hålla tidsplaner,
- c. Anbudsgivarens förmåga att samarbeta med beställaren,
- d. Att uppdraget/n slutförts på ett korrekt sätt.

Anbudsgivaren kommer att förkastas om referenspersonerna inte ger anbudsgivaren godkänt på samtliga punkter, a-d ovan. Nässjö kommuns referens kommer att likställas med andra referenser.

I upphandlingen avseende Åkerskolan inkom anbud från två anbudsgivare varav Nässjö Bygg AB:s (Nässjö Bygg) var ett. Kontraktet tilldelades Byggkompaniet, sedan Nässjö Bygg uteslutits med hänvisning till att bolaget underkänts i referensförfrågan 4.1 punkt b) och d).

I upphandlingen avseende Brinellskolan inkom anbud från tre anbudsgivare varav Nässjö Byggs var ett. Kontraktet tilldelades Byggkompaniet, sedan Nässjö Bygg uteslutits med hänvisning till att bolaget underkänts i referensförfrågan 4.1 punkt b) och d).

YRKANDEN M.M.

Nässjö Bygg ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingarna inte ska få avslutas innan rättelse har gjorts på så sätt att även Nässjö Byggs anbud beaktas vid utvärderingarna.

Nässjö kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Nässjö Bygg

I båda entreprenaderna skulle enligt förfrågningsunderlaget det anbud antas som hade det lägsta totala utvärderingspriset. I båda entreprenaderna skulle Nässjö Bygg ha tilldelats kontraktet om bolaget inte blivit uteslutet.

Bakgrunden till uteslutningen av Nässjö Bygg är följande. Nässjö Bygg är ett byggföretag som är verksamt i Nässjö med omnejd sedan lång tid och bolaget har under senare år haft flera entreprenader med kommunen som beställare. Som förfrågningsunderlaget var utformat var Nässjö Bygg därför tvunget att ange kommunen som en av referenserna. Eftersom det var specifika byggentreprenader som efterfrågades för referenstagning lämnade Nässjö Bygg i båda upphandlingarna referensuppdraget "Parkgården ombyggnad kök och WC", ett uppdrag som fallit väl ut på alla de punkter som kommunen enligt förfrågningsunderlaget skulle fråga referenspersonerna om.

Kommunen har emellertid enligt tilldelningsbesluten uteslutit Nässjö Bygg ur upphandlingarna för att bolaget underkänts i referensförfrågan 4.1 punkt b) och d). Nässjö Bygg skulle alltså enligt referenspersonen ha brustit beträffande "förmåga att hålla tidsplaner" och "att uppdraget slutförts på ett korrekt sätt". Det stämmer inte beträffande det av Nässjö Bygg åberopade referensuppdraget, det slutfördes på ett korrekt sätt och med iakttagande av tidsplanen. Kommunens krav i förfrågningsunderlagen var att anbudsgivarna skulle lämna referenser bestående i "slutförda byggentreprenader som anbudsgivaren utfört på ett tillfredsställande sätt under de fem senaste åren". Det är vad som står i AFB.52, vilket är den korrekta platsen att ut-

tömmande ange kvalificeringskraven. Nässjö Bygg har till följd därav angivet ett specifikt referensuppdrag, med en person som kontaktperson, men kommunen har i sin referensupptagning/referenslämnade uteslutit Nässjö Bygg på grund av påstådda missförhållande i andra uppdrag, både slutförda och pågående.

Genom att utesluta Nässjö Bygg ur upphandlingarna av andra skäl än de som efterfrågats i förfrågningsunderlagen har kommunen brutit i tillämpningen av sina egna kvalificeringskriterier. Detta utgör ett brott mot de upphandlingsrättsliga reglerna om förutsägbarhet.

I sitt yttrande nämner kommunen även anbudsformuläret. Det framgår att anbudsgivaren, förutom själva referensen (ett referensuppdrag, enligt Nässjö Byggs mening) även ska ange uppdragsgivare för referensen, samt kontaktperson och telefonnummer. Det stämmer alltså inte som kommunen skriver, att det av anbudsformuläret framgår att det som efterfrågas i förfrågningsunderlagen är uppgift om uppdragsgivare. Emellertid efterfrågar man naturligtvis kontaktuppgifter till uppdragsgivare i referensuppdraget, annars omöjliggörs ju referenstagning.

Kommunen anför vidare att det vore orimligt om referenspersonerna endast får uttala sig om det projekt som anbudsgivaren angivit. Det vore det inte, enligt Nässjö Byggs mening. Det är kommunens ansvar att utforma sina kvalificeringskrav tydligt, så att anbudsgivarna kan förutse vad kommunen kommer att fästa avseende vid och därmed vilka chanser man har att vinna upphandlingen. Om kommunen kräver uppgift om ett referensuppdrag är det inte orimligt att det är detta uppdrag som ligger till grund för prövningen.

Den upphandlande myndigheten må ha förhållandevis stor frihet att utforma sina krav. Däremot har man mycket liten frihet att gå utanför för-

frågningsunderlagets ordalydelse i sin prövning. Om det föreligger oklarheter i förfrågningsunderlaget faller ansvaret för detta alltid tillbaka på den upphandlande myndigheten, i synnerhet oklarheter som öppnar för godtycke.

Det är inte i alla lägen oförenligt med de upphandlingsrättsliga grundprinciperna att den upphandlande myndigheten beaktar sin egen erfarenhet vid referenstagningen av leverantörer. Detta förutsätter dock att det framgår att referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när. I detta fall har kommunen på ett godtyckligt sätt valt att utesluta en anbudsgivare som man funnit misshaglig.

Om kommunen skulle ha rätt att förkasta anbudsgivare enbart på den grunden att kommunen själv vid referenstagning gett anbudsgivaren underkänt på någon av punkterna a)-d) utan hänvisning till något specifikt projekt och utan att behöva visa vari bristerna består, skulle detta ge möjlighet till en godtycklighet vid anbudskvalificeringen som inte är förenlig med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

För att uppfylla kraven på transparens och likabehandling måste den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget klargöra hur den avser att använda egna referenser. De egna referenserna ska likställas med andra referenser och anbudsgivarna ska kunna utläsa hur referenstagningen ska gå till. Om inte detta krav upprätthålls, medför förfarandet med egenreferenser ett kringgående av rekvisiten och de höga beviskraven i 10 kap. 2 § punkt 4. Nässjö Bygg anser inte att kommunen i detta fall har klargjort att man avsåg att använda egna referenser på det sätt man faktiskt gjorde. Förfarandet brister således i transparens.

Man kan invända att referenstaging alltid innefattar ett visst mått av subjektivitet, då kontaktpersonen för referensuppdraget förutsätts delge den upphandlande myndigheten sin uppfattning om anbudsgivaren. Det förkastliga i denna upphandling är emellertid att kommunen själv, med sin tolkning av förfrågningsunderlagens ordalydelse, förbehåller sig rätten att på subjektiva grunder, och utan att behöva motivera dessa, utesluta en anbudsgivare.

Kommunen nämner exempel på entreprenader där kommunen menar att Nässjö Bygg brustit. De exempel kommunen tar upp – och som tydligen ligger till grund för beslutet att utesluta Nässjö Bygg – visar att kommunen tillåter sig en vidlyftig tolkning av förfrågningsunderlagen. Kravet i AFB.52 var att lämna två referenser för slutförda byggentreprenader. I sin lista tar nu kommunen även upp pågående entreprenader (Hultetskolan och Kommunhuset Vipar) som tydligen också lagts till grund för beslutet.

Därutöver är kommunens sammanställning behäftad med grova felaktigheter som uppenbarligen är ägnade att smutskasta Nässjö Bygg. Kommunen nämner ingen av det stora antal entreprenader som Nässjö Bygg genomfört med framgång under det senaste decenniet. Däremot tar kommunen upp några entreprenader där det för närvarande föreligger tvist mellan parterna, som ännu inte har prövats av domstol.

- Kommunen anger beträffande Runnerydsskolan i Nässjö att entreprenaden skulle ha varit klar i november 2013. Detta är felaktigt. I den pågående tvisten är det ostridigt mellan parterna att färdigställandetiden framflyttats till v 23 2014, vilket skedde redan i entreprenadens tidigaste skede. Nässjö Bygg anser för egen del att man haft rätt till ytterligare tidsförlängning. Entreprenaden är färdig och tagen i bruk av kommunen sedan länge. Den färdigställdes efter avtalad tidpunkt (v. 23 2014) vilket berodde på andra förseningsorsaker.

ker utanför Nässjö Byggs kontroll, som kommunen vägrar att kännas vid. Vid färdigställandet kvarstod dock ett fel avseende huvudsakligen en felaktig dörrtyp, värt 200 000 kr, som kommunen inte vill låta Nässjö Bygg avhjälpa. Detta är vad som avses med kommunens "hävning", inget annat.

- I entreprenaden på Åkersskolan är färdigställandetiden angiven till mars 2014 enligt notering i byggmöteprotokoll. Därutöver föreligger en hindersanmälan från Nässjö Bygg (till följd av en leverantörs konkurs) som kommunen inte besvarat. Entreprenaden togs i bruk i mars 2014.
- I entreprenaden på Parkgården har Nässjö Bygg reserverat sig i tidsplanen mot hinder på grund av otjänlig väderlek. Det förelåg tvistiga hinder i entreprenaden som flyttade fram arbetet till vinterhalvåret. Även kommunen kunde konstatera att inga arbeten kunde utföras under vinterperioden, vilket försenade entreprenaden. Denna kunde ostridigt tas i bruk 2013-06-01.
- Entreprenaden på Brinellskolan godkändes vid slutbesiktning i exakt överenskommen tid. Tidsplanen i en entreprenad avser tidpunkten för färdigställande av entreprenaden, vilket i entreprenadrättslig mening är detsamma som tidpunkten för godkänd slutbesiktning. Därefter ska eventuella kvarstående fel avhjälpas, vilket i sig inte har något med försening av entreprenaden att göra. Denna entreprenad var inte försenad. Nässjö Bygg medger dock att det fanns enstaka fel som inte har avhjälpats. Dessa motsvarar ca. 5 000 kr. Att kommunen över huvud taget tar upp denna entreprenad och tydligen lägger den till grund för uteslutningen av Nässjö Bygg i de nu omtvistade upphandlingarna är talande.

- Entreprenaden på Hultetskolan är mycket riktigt försenad. Det är ett pågående projekt som försenats av sena tilläggsbeställningar från kommunens sida, samt en större vattenskada. Detta är omständigheter som Nässjö Bygg inte ansvarar för. En smärre försening från Nässjö Byggs sida föreligger dock troligen. Entreprenaden är pågående, alltså inte slutförd som kommunen efterfrågade i sin upphandling.
- Entreprenaden på Kommunhuset Vipan är ett pågående projekt. Det försenades redan i byggstarten till följd av ett överklagande, vilket inte Nässjö Bygg kan hjälpa.

Kommunen betonar i sitt yttrande särskilt att det är Nässjö Byggs aktuella förmåga som är relevant. Det kan då noteras att de påstådda bristerna mestadels avser avslutade entreprenader under tidigare år. Kommunen kommenterar inte ens att Nässjö Bygg för närvarande har tre pågående entreprenader, med ett sammanlagt värde om ca. 74 000 000 kr, som löper helt enligt överenskomna tidsplaner och som delvis är tagna i bruk.

Av ovanstående redovisning följer att man inte kan säga att det framgår att referenstagningen skett på ett objektivet sätt. Tvärtom har kommunen lagt sina subjektiva åsikter om Nässjö Bygg till grund för sitt beslut om uteslutning. Dessa åsikter hos kommunen har naturligtvis sin grund i att det förekommer tvistigheter mellan parterna i andra entreprenader, tvister som ännu inte avgjorts av domstol. Enligt Nässjö Byggs mening medför kommunens tillämpning av förfrågningsunderlagen att kommunen kringgår den restriktivitet som ska präglade uteslutningsmöjligheterna vid påstådda fel i yrkesutövningen, en restriktivitet som kommit till uttryck i rättstillämpningen.

Nässjö Bygg har tydligen fallit i onåd hos vissa av kommunens tjänstemän. Man kan retoriskt fråga sig hur länge kommunen avser att hålla Nässjö

Bygg utanför kommunens upphandlingar. Detta är – med kommunens tolkning – helt upp till kommunens tjänstemän att avgöra. Punkterna i AFB.52, punkt 6, a)-d). medger i praktiken fri prövningsrätt, de är så vaga att anbudsgivarna har saknat möjlighet att förutse hur utfallet av referensupptagningen skulle bli. Punkterna medför att det lämnas utrymme för godtycke vilket är oförenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Nässjö Bygg bestrider att kommunen haft rätt att utesluta Nässjö Bygg med stöd av 10 kap. 2 § 4 p LOU. Nässjö Bygg anser sig inte ha gjort sig skyldig till avtalsbrott eller annat allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är enligt lagtextens ordalydelse den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för sitt påstående i denna del. Beviskravet är högt, bestämmelsen ska tillämpas restriktivt (Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09 samt kommentaren till LOU, s. 411). Blott den omständigheten att kommunen de facto hävt mindre delar av entreprenadkontrakt med Nässjö Bygg i någon tidigare entreprenad är således inte tillräckligt, i synnerhet inte då omständigheterna i dessa entreprenader är tvistiga. Kommunen har inte klart visat att Nässjö Bygg gjort sig skyldig till ett allvarligt fel vid yrkesutövningen.

Som framgår ovan skulle Nässjö Bygg ha tilldelats kontaktet i båda upphandlingarna om bolaget inte blivit uteslutet. Genom felen i upphandlingarna, bestående i att Nässjö Bygg felaktigt uteslutits, har Nässjö Bygg lidit eller kan komma att lida skada.

Nässjö kommun

Kommunen har i de båda upphandlingarna ställt krav på att anbudsgivarna ska lämna referenser. Av AFB.52 punkt 6 framgår att det som efterfrågas är två uppdragsgivare, inte två referensuppdrag. Nässjö Byggs påstående

om att det som efterfrågats var specifika byggentreprenader är således felaktigt.

Det framgår också att referenspersonerna kommer att frågas om anbudsgivarens noggrannhet och skicklighet, förmåga att hålla tidsplaner o.s.v. Vad referenspersonerna ska lämna uppgift om är således tydligt angivet och det kan inte heller råda någon tvekan om att det är anbudsgivarens erfarenhet och förmåga som sådan som ska bedömas, inte erfarenheten och förmågan i ett enskilt projekt. Hade det varit ett särskilt projekt som skulle bedömas, skulle detta angivits i de frågor som referenspersonen har haft att svara på; anbudsgivarens noggrannhet och yrkesskicklighet i entreprenaden o.s.v. Tvärtom framgår exempelvis av fråga d) under AFB.52 punkt 6 att referenspersonen ska svara på "att uppdraget/uppdragen slutförts på ett korrekt sätt", vilket visar att referenspersonen ska bedöma samtliga uppdrag om det förekommit mer än ett.

Även av anbudsformuläret framgår att det som efterfrågats är uppgift om uppdragsgivare, inte specifika projekt. Nässjö Byggs påstående om att referenspersonerna endast får uttala sig om det projekt som anbudsgivaren angivit är således både felaktigt och orimligt. Det skulle innebära att en uppdragsgivare som är missnöjd med fyra projekt av fem möjliga, ändå skulle vara tvungen att lämna positiva referenser om anbudsgivaren anger det enda projekt som faktiskt lyckats.

Kommunen har genom att ange att referensgivaren ska ha erfarenhet av slutförda entreprenader, förtydligat vilken kategori av referenter som efterfrågas. Dessutom framgår det vilka frågor som referenterna ska bedöma. Kommunen har därmed utformat ett referenskrav som är betydligt mer utförligt än vad som är nödvändigt enligt praxis. Det måste vara uppenbart att Nässjö Byggs invändning mot kravet enbart beror på att bolaget annars inte uppfyller kravet.

Det synes otvistigt att kommunen har rätt att beakta sin egen erfarenhet vid referenstagning. Påståendet om att förfarandet skulle bryta mot likabehandlings- och transparensprincipen är dock svårt att förstå. I de aktuella upphandlingarna har det inte gått att missta sig på att kommunen ska anges som en av referenserna, om anbudsgivaren tidigare har utfört uppdrag för kommunen. Det framgår också tydligt att kommunens referensupptagning sker på samma sätt som för övriga referensers och behandlas likvärdigt med dessa. Kommunen har således haft att bedöma samma frågor som övriga referensgivare och det har på samma sätt krävts godkänt på samma frågor. Att referenspersonerna skulle motivera sin uppfattning har inte krävts av någon referensgivare, varför det inte åligger kommunen att behöva göra detta för att referensuppgiften ska godtas. Liksom för andra referensgivare krävs det inte heller att uppfattningen grundar sig på en prövning i domstol. Vad Nässjö Bygg påstår om godtycklighet är därför obegripligt och saknar grund.

Därtill kommer att Nässjö Bygg är väl medvetet om att bolaget har misskött flera entreprenader för kommunens räkning under de senaste åren. Mot denna bakgrund är det istället högst anmärkningsvärt att Nässjö Bygg påstår att kommunens beslut att utesluta Nässjö Bygg bygger på godtycklighet.

Kommunen bedriver i många delar en känslig verksamhet, där konsekvenserna av att tidsplaner inte följs blir allvarliga. Flera exempel finns där Nässjö Bygg inte hållit bestämda tidsramar utan där entreprenaderna har varit kraftigt försenade, med stora kostnader och andra olägenheter för kommunen som följd:

- Nässjö Bygg tilldelades under 2013 totalentreprenaden för om- och tillbyggnad av hiss och wc i Runnerydsskolan i Nässjö. Entreprenaden skulle ha varit klar under november 2013. Kommunen har vid upprepade tillfällen påtalat förseningarna och konsekvenserna

av dessa för Nässjö Bygg, och har då fått löften om nya datum för när arbetena skulle varit färdigställda. Dessa löften har dock inte infriats. Kommunen tvingades i februari i år till slut att häva entreprenaden för flera arbeten som inte var slutförda. Kommunen har även ställt krav på förseningsvite. Eftersom entreprenaden fortfarande inte är färdig innebär Nässjö Byggs uppgift om att entreprenaden skulle varit färdigställd v 23 2014, vilket i sig var för sent, att entreprenaden är kraftigt försenad. Kommunen motsätter sig att Nässjö Bygg har haft rätt till tidsförlängning, utöver vad som framgår av vitesframställan. Nässjö Byggs underlåtenhet att åtgärda punkterna i besiktningsprotokollet, trots upprepade påminnelser om detta, visar att bolaget har brister i förmågan att såväl hålla tidplaner samt att slutföra uppdrag.

- Nässjö Bygg tilldelades under 2013 totalentreprenaden för tillbyggnad av omklädningsrum och tillbyggnad av entré på Åkersskolan i Nässjö. Entreprenaden skulle varit färdigställd i januari 2014, men godkänd slutbesiktning kunde inte åstadkommas förrän i slutet av augusti 2014. Förseningen medförde olägenheter, eftersom tillbyggnaden är avsedd för elever med särskilda behov. Kommunen har begärt vite för förseningstiden. Nässjö Byggs hindersanmälan lämnades först den 20 februari 2014, dvs. efter att entreprenaden skulle varit färdig. Nässjö Byggs uppgift om att entreprenaden togs i bruk i mars 2014 är felaktig. Rätteligen kunde lokalerna inte slutbesiktigas eller tas i bruk förrän i augusti 2014.
- Nässjö Bygg tilldelades under 2012 totalentreprenaden för renovering av gårdsbjälklag för Parkgården i Nässjö där kommunen bedriver äldrevård. Entreprenaden skulle varit färdigställd i oktober 2012 men godkänd slutbesiktning kunde inte genomföras förrän i april 2014. Kommunen har ställt krav på förseningsvite. Den kraf-

tigt utdragna byggprocessen medförde stor irritation och skapade dessutom merarbete för kommunens personal på Parkgården. Avtalstiden för entreprenaden på Parkgården löpte från mars 2012 till den 31 oktober 2012, dvs. under sommarhalvåret då det inte råder någon otjänlig väderlek. Entreprenaden är fortfarande inte färdigställd.

- Nässjö Bygg fick i januari 2014 generalentreprenaden för ombyggnation av Brinellskolan i Nässjö till att även inrymma åk 7-9. Entreprenaden skulle varit färdig under v 31 2014, för att klara det ökade elevantalet från höstterminen 2014 och framåt. Trots upprepade löften om färdigställande från Nässjö Bygg slutfördes inte dessa, varför kommunen har varit tvungen att häva kontraktet för återstående arbeten. Att entreprenaden godkändes innebär inte att entreprenaden är färdigställd eftersom det kvarstår flertalet besiktningpunkter att åtgärda, vilket Nässjö Bygg också synes medge. Värdet av detta uppgår till avsevärt mer än 5 000 kr.
- Nässjö Bygg har ett pågående entreprenadavtal avseende Hultetsskolan i Nässjö. Entreprenaden är för närvarande 20 veckor försenad. I januari skulle 75 barn ha placerats på de tre nya förskoleavdelningarna, och skadorna för skolans och förskolans verksamheter samt olägenheterna för barn, föräldrar och personal går inte ens att uppskatta. Kommunen bestrider att förseningen skulle bero på tilläggsbeställningar eller vattenskada. Den enda beställning som tillkommit har gjorts på initiativ av Nässjö Bygg och avser ett nytt ventilationsaggregat som skulle underlätta entreprenaden. Denna beställning kunde genomföras på ett fåtal dagar, från prisförslag till installation. Några andra beställningar har inte gjorts och något hinder har inte heller anmälts av Nässjö Bygg. Vattenskadan inträffade i februari 2013, dvs. månader efter att entreprenaden skulle

varit färdig. Orsaken till förseningen beror inte på någon annan än Nässjö Bygg.

- Nässjö Bygg har ett pågående entreprenadavtal avseende ombyggnation av Kommunhuset Vipan, med tillhörande verksamheter. Denna entreprenads Etapp 1 är för närvarande tio veckor försenad. Nuvarande tidsplan indikerar en lika lång försening för hela entreprenaden. Att Nässjö Bygg skyller förseningen på ett överklagande är anmärkningsvärt. Färdigställandetidpunkten är fastställd först genom avtalet mellan Nässjö Bygg och kommunen, vilket givetvis inte kunde tecknas innan förvaltningsrätten hade meddelat dom i målet avseende överklagandet. Överklagandet har således inte påverkat avtalad tid för färdigställande.

Nässjö Bygg har således under en lång tid visat en oförmåga att hålla angivna tidsplaner. Detta har kontinuerligt påtalats av kommunen och Nässjö Bygg har då lämnat löften om åtgärder – löften som bolaget sedan inte har kunnat hålla. Det upprepade beteendet fortsätter även i pågående entreprenader. Nässjö Byggs påstående om att kommunens kritik vid referenstagningen har varit godtycklig är mot denna bakgrund uppseendeväckande.

Sammantaget har referenstagningen och utvärderingen av denna skett i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Någon grund för rättelse finns därmed inte, varför Nässjö Byggs ansökan om överprövning ska avslås.

Nässjö Byggs upprepade avtalsbrott och sättet att hantera dessa på innebär också att kommunen har fog att ifrågasätta Nässjö Byggs trovärdighet ur ett professionellt perspektiv. Det handlar dessutom om kontraktsbrott i känsliga verksamheter, såsom skola och hälso- och sjukvård, vilket innebär att brottet är allvarligare än för motsvarande brister i andra verksamheter.

Förseningarna är inte heller marginella utan tvärtom i flera fall avsevärda och har orsakat allvarliga problem för de verksamheter som drabbats, vilket som sagt är bl.a. äldrevård samt skola och barnomsorg. Kommunen har löpande påtalat förseningarna för Nässjö Bygg och även informerat om vilken skada de innebär. Nässjö Bygg har trots detta inte presenterat någon åtgärdsplan eller på annat sätt visat att bolaget kan hantera och komma till rätta med de problem som bolaget uppenbarligen har, vilket innebär att kommunen inte har anledning att förvänta sig ett bättre resultat om man träffar ett nytt avtal. Nässjö Byggs påstående om godtycklighet i detta mål visar tvärtom att bolaget inte inser allvaret i de problem som uppstått och inte har tagit till sig av den upprepade kritik som kommunen framfört.

Kommunen motsätter sig inte att Nässjö Bygg tidigare utförde sina uppdrag på ett fullgott sätt. Kommunens synpunkter grundar sig dock på att Nässjö Bygg under de senaste åren, visat på stora brister i flera fall avseende förmågan att hålla tidsplaner och slutföra entreprenader. Vad som är relevant för kommunen är den aktuella förmågan hos anbudsgivaren varför man också, i enlighet med LOU, efterfrågat erfarenhet av projekt från de fem senaste åren. Att kommunen redovisat brister även i pågående entreprenader innebär givetvis inte att kommunen inte haft fog för sin uppfattning avseende slutförda projekt inom den efterfrågade tidsperioden.

Kommunen har således goda skäl att inte godkänna Nässjö Bygg avseende förmågan att hålla ställda tidsplaner samt förmågan att slutföra projekten. Kravet på referenser har skett på ett tydligt, likabehandlande och relevant sätt. LOU innebär inte att kommunen måste acceptera en avtalspartner som upprepade gånger bryter mot ställda överenskommelser och fortsätter att göra detta. Sammantaget finns det inte skäl för förvaltningsrätten att bifalla Nässjö Byggs ansökan om överprövning.

Sammantaget innebär vidare det upprepade och långvariga beteendet, att det rör utsatta verksamheter, att bristerna ligger relativt nära i tiden, att det inte har skett någon förbättring trots otaliga samtal med Nässjö Bygg och att det inte finns anledning att tro att det ska bli bättre nästa gång, att kommunen kan visa att Nässjö Bygg har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Kommunen har därmed även rätt att utesluta Nässjö Bygg med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU, vilket innebär att Nässjö Bygg under alla förhållanden inte lidit skada av kravet på referenser. Bolagets ansökan ska således avslås även på denna grund.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 10 kap. 2 § första stycket LOU anges omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. En grund för uteslutning är att leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen (punkt 3). En annan grund är att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta (punkt 4).

Bestämmelserna om uteslutning i 10 kap. 2 § LOU ska tolkas mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Enligt artikel 45.2 första stycket i direktivet får en ekonomisk aktör uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt bl.a. om han enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetikern (punkt c)

eller om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten (punkt d).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan är om Nässjö kommun haft grund för att utesluta Nässjö Bygg från upphandlingarna med stöd av 10 kap 2 § LOU och med hänvisning till att Nässjö Bygg har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och om Nässjö kommun kan visa detta.

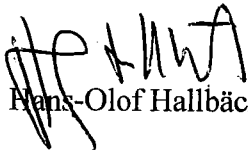
Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 61 uttalat att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Det är den upphandlande myndigheten, d.v.s. Nässjö kommun, som har bevisbördan för att sådant fel förekommit. Bedömningen tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. När det gäller bevismedel bygger processen på att bevisföringen är fri, dvs. den är inte begränsad till vissa bevismedel. Avseende beviskravets höjd är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det allvarliga fel i yrkesutövningen som Nässjö kommun åberopar består i att Nässjö Bygg vid flera entreprenader på senare tid, där kommunen varit beställare och Nässjö Bygg varit entreprenör, uppvisat bristande förmåga att hålla tidsplaner och slutföra entreprenader. Till stöd för detta åberopar Nässjö kommun en redogörelse för ett antal konkreta fall. Kommunen uppger därutöver bl.a. följande. Kommunen har genom Nässjö Byggs upprepade avtalsbrott och sättet att hantera dessa på haft fog för att ifrågasätta Nässjö Byggs trovärdighet ur ett professionellt perspektiv. Det handlar

dessutom om kontraktsbrott i känsliga verksamheter, såsom skola och hälso- och sjukvård, vilket innebär att brottet är allvarligare än för motsvarande brister i andra verksamheter. Förseningarna är inte heller marginella utan tvärtom i flera fall avsevärda och har orsakat allvarliga problem för de verksamheter som drabbats. Kommunen har löpande påtalat förseningarna för Nässjö Bygg och även informerat om vilken skada de innebär. Nässjö Bygg har trots detta inte presenterat någon åtgärdsplan eller på annat sätt visat att bolaget kan hantera och komma till rätta med de problem som bolaget uppenbarligen har, vilket innebär att kommunen inte har anledning att förvänta sig ett bättre resultat om man träffar ett nytt avtal.

Förvaltningsrätten finner att de fel som påtalas av Nässjö kommun är sådana fel som avses med uttrycket allvarliga fel i yrkesutövningen i 10 kap. 2 § LOU. Det saknar betydelse huruvida kommunen i förfrågningsunderlagen redogjort för hur underlag skulle inhämtas och bedömning ske enligt nämnda 10 kap. 2 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening utgör uppgifterna som framgår av den redogörelse Nässjö kommun åberopat tillräckligt underlag för att Nässjö kommun ska anses ha gjort sannolikt att Nässjö Bygg gjort sig skyldigt till sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som utgör grund för uteslutning. Vad Nässjö Bygg anfört, bl.a. om att kommunens sammanställning av entreprenader är behäftad med grova felaktigheter och att kommunen inte nämner någon av det stora antal entreprenader som Nässjö Bygg genomfört med framgång under det senaste decenniet, utgör inte tillräckliga skäl för annan bedömning. Nässjö kommun har därmed haft fog för att utesluta Nässjö Bygg från upphandlingarna. Då Nässjö Bygg således inte förmått göra sannolikt att Nässjö kommun brutit mot LOU på sätt som medfört att Nässjö Bygg lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening ska dess ansökan om överprövning avslås.

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


Hans-Olof Hallbäck

