



SÖKANDE

Tuve Bygg AB, 556202-1237

Ombud: Advokaterna Martin Vildhede och Christoffer Erlandsson
c/o Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Higab AB, 556104-8587
Box 5104
402 23 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20191107	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 264576

Postadress

Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress

Kullen 4

Telefon

023-383 00 00

Telefax

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

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

YRKANDE M.M.

Higab AB, ett fastighetsbolag som ägs av Göteborgs stad, genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling av om- och tillbyggnad av Sjöfartsmuseet Akvariet i Göteborg (referensnummer: 0292/17). Higab meddelade den 30 augusti 2019 att Flodéns Byggnads AB (Flodéns) antagits som leverantör.

Tuve Bygg AB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny kvalificering och utvärdering genomförs, varvid Flodéns anbud ska förkastas och Tuve Bygg tilldelas kontrakt i upphandlingen. Tuve Bygg yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Tuve Bygg i korthet följande. Higab har, i strid med principerna om likabehandling och transparens, tilldelat kontrakt till Flodéns trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Flodéns anbud uppfyller de aktuella kraven kan upphandlingsdokumenten inte anses tillräckligt tydligt utformade. Det felaktiga förfarandet har medfört skada eller risk för skada för Tuve Bygg, som har lämnat det näst lägsta priset i upphandlingen.

Higab motsätter sig ansökan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Tuve Bygg anför är visat att Higab brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Tuve Bygg lidit eller kan komma att lida skada (20 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 (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokumentet (såvitt nu är av intresse)

AFB.5231 Leverantörs yrkeskunnande

- Platschef skall ha Ingenjörsutbildning och minst 7 års dokumenterad erfarenhet i rollen som platschef. Cv bifogas anbud.
- Ställföreträdande platschef (arbetsledare) skall ha Ingenjörsutbildning och minst 5 års dokumenterad erfarenhet i rollen. Cv bifogas anbud.
- Platschef skall ha erfarenhet av att i rollen som platschef ha svarat för nybyggnad eller tillbyggnad i tätbebyggt område med sprängningsarbete/bergschakt (minst 300 m³) och betongstomme.
- Platschef och arbetsledare skall ha erfarenhet av entreprenader med omfattande installationer såsom akvarium, badanläggning, laboratorium, vårdanläggning med operationsrum eller liknande.

Vad parterna anför

Tuve Bygg anför bl.a. följande. Den upphandlade entreprenaden Sjöfartsmuseet Akvariet, som är mycket omfattande, ska genomföras i centrala delar av Göteborg. Den omges av ett stort antal mycket närliggande byggnader som inhyser såväl lokaler som bostäder. Den till objektet närmaste byggnaden ligger endast omkring tio meter från museet. Byggnadens norra del ligger dessutom i direkt anslutning till den tungt trafikerade E45:an, och söder om byggnaden går en gata som är tungt trafikerad av spårvagnstrafik, biltrafik, cyklisterna och fotgängarna. Det finns även mycket lite utrymme runt den aktuella byggnaden som kan användas för och under entreprenaden. Den omständigheten att den nu aktuella byggnaden är belägen i ett av de mest tätbebyggda områdena i Göteborg ställer också höga krav på transporter och logistik. Byggnadens läge och entreprenadens omfattning ställer sammantaget höga krav på hänsyn till omgivningen och förmågan att kunna utföra entreprenaden på liten yta. Det är också mot denna bakgrund som kravet på platschefens erfarenhet av arbete som platschef i *tätbebyggt område* måste förstås. Uttrycket *tätbebyggt område* kan alltså inte förstås på annat sätt än att det tar sikte på områden som är minst lika tätbebyggda som området runt Sjöfartsmuseet Akvariet. I CV:t för den platschef som Flodéns offererat åberopas Kvibergs Krematorium som referensuppdrag. Kvibergs Krematorium är beläget utan några byggnader i dess direkta närhet. Den närmaste byggnaden som inte tillhör beställaren av entreprenaden ligger

omkring 150 meter från byggnaden, och den närmaste bostadsbyggnaden ligger omkring 250 meter därifrån. Det finns heller ingen tungt trafikerad väg i närheten och endast begränsad cykel- och gångtrafik. Vidare finns stora utrymmen kring byggnaden för avställning och avlastning som kunde användas under entreprenaden. Förutsättningarna för den åberopade referensentreprenaden skiljer sig således väsentligen från de förutsättningar som gäller för den nu upphandlade entreprenaden. Tuve Bygg har, liksom varje normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare, förstått kravet som att den entreprenad som åberopas som referensuppdrag för offererad platschef ska ha utförts i ett motsvarande tätbebyggt område.

Det har vidare framkommit att den offererade platschefen avslutade även sitt uppdrag som platschef i referensprojektet Kvibergs Krematorium den 26 september 2017, dvs. innan entreprenaden hade avlämnats och slutbesiktats. Kravet i AFB.5231 på offererad platschefs erfarenhet kan inte förstås på annat sätt än att platschefen måste ha deltagit i hela entreprenaden – från start till slutgodkännande – för att denne ska anses ha kravställd erfarenhet. Kravet måste rimligtvis tolkas så att kravställda referensuppdrag ska vara slutförda då slutskedet av en entreprenad är en mycket viktig del av densamma, där platschefen har en viktig roll för att slutföra återstående arbete och tillse att entreprenaden godkänns. Flodéns offererade platschef deltog inte i detta arbete vad avser Kvibergs Krematorium efter den 29 september 2017 utan fanns därefter tillgänglig endast för ekonomiska frågor.

Higab framför bl.a. följande. Begreppet *tätbebyggt område* har inte specificerats i upphandlingsdokumenten. Det finns inget krav på att referensprojekt ska ha byggts i ett område som är minst lika tätbebyggt som området runt Sjöfartsmuseet Akvariet eller att det ska vara på ett område med frekvent trafik i entreprenadens omedelbara närhet. Higabs avsikt med kravet på *tätbebyggt område* var att det skulle tolkas enligt vedertaget språkbruk. Om

Higab avsett använda en annan definition av tätbebyggt område i förfrågningsunderlaget hade detta behövt tydliggöras. En sådan kravställning som inneburit att det endast gäller för områden som är minst lika tätbebyggda som området runt Sjöfartsmuseet Akvariet skulle även i alltför stor omfattning ha begränsat antalet anbudsgivare och därmed hämmat konkurrensen. En definition av *tättbebyggt område* återfinns i kommunala förordningar, så även i Göteborg. Göteborgs kommun har i trafikförordningen (1998:1276, 10 kap. 1 och 3 §§) meddelat lokala trafikföreskrifter. Dessa gäller i tättbebyggt område, vilket har definierats i kartbilaga till trafikföreskriften. Kvibergs Krematorium är beläget i centrala Göteborg, inom den utmärkta gränsen för tättbebyggt område. Vidare har Statistiska centralbyråns (SCB) definition av tättbebyggt område beskrivits i ”SCBs avgränsningar av koncentrerad bebyggelse”. Vid definitionen av ”tätort”, vilken är den gemensamma nordiska tätortsdefinitionen, är tätort likställt med tättbebyggt område. SCB avgränsar tätorterna geografiskt, vilket redovisas i SCBs Geo-data. SCB har därvid rödfärgat områden som år 2015 klassades som tätortsområden. Kvibergs Krematorium ligger inom detta område. Kvibergs Krematorium är beläget i centrala Göteborg med byggnader, bilvägar, spårvagnsspår- och hållplatser samt bostadsområden i nära anslutning till området. Redan den omständigheten att det finns närliggande byggnader med ett avstånd om ungefär 150 meter medför att området är tätbebyggt. Det finns även byggnader med ett avstånd om mindre än 20 meter på ena sidan av den byggnad som entreprenaden omfattade och om ungefär 50 meter på den andra sidan om byggnaden. Erfarenheten av att exempelvis utföra sprängningsarbeten eller att ta hänsyn till vägtrafik, spårtrafik och befintliga byggnader vid Kvibergs Krematorium visar därför att platschefen har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kompetens och förmåga att genomföra det aktuella uppdraget.

Det saknas krav i upphandlingsdokumenten på att angivna referensprojekt ska vara avlämnade eller slutbesiktade eller att platschefen ska ha medverkat

under hela entreprenadtiden. Kravet innebär endast att den offererade platschefen ska ha erfarenhet av att i rollen som platschef ha svarat för nybyggnad eller tillbyggnad i tätbebyggt område, vilket Flodéns offererade platschef har.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den upphandlande myndigheten måste anses ha ett visst tolkningsutrymme beträffande skrivningar i de egna upphandlingsdokumenten (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgöranden i målen 2493-15 och 1164-19). Det är således inte hugget som stucket vilken tolkning som tillämpas, utan myndighetens tolkning bör accepteras så länge den är förenlig med formuleringarna i upphandlingsdokumenten samt de grundläggande principerna i LOU.

I AFB.5231 lämnas ingen närmare förklaring till vad Higab avser med uttrycket *tätbebyggt område*. Något krav på att referensentreprenaden ska ha byggts i ett område som är minst lika tätbebyggt som området runt Sjöfartsmuseet Akvariet kan inte utläsas av upphandlingsdokumenten. Inte heller finns kravställt att referensobjektet ska ha utförts i ett område med viss trafikintensitet i entreprenadens omedelbara närhet. Den åberopade referensentreprenaden Kvibergs Krematorium är, enligt såväl de lokala trafikföreskrifter som Göteborgs kommun beslutat om som SCBs definition, belägen inom tätbebyggt område. Vidare framgår av utredningen att Kvibergs Krematorium är uppfört i ett område med byggnader, bilvägar, spårvagnsspår och hållplatser samt bostadsområden i nära anslutning. Higab har sålunda inte brutit mot någon av principerna i LOU genom att godkänna referensentreprenaden Kvibergs Krematorium utifrån att det uppfyller kravet på att vara en nybyggnad i *tätbebyggt område*.

Vad gäller Tuve Byggs invändning om att den offererade platschefen inte uppfyller kraven på erfarenhet då denne avbrutit sitt uppdrag som platschef

för den åberopade entreprenaden innan denna hade avlämnats, konstaterar förvaltningsrätten att det av AFB.5231 inte kan utläsas något krav på att angivna referensprojekt ska vara vare sig avlämnade eller slutbesiktade eller att platschefen ska ha medverkat under hela entreprenadtiden.

Av utredningen i målet framgår att Flodéns offererade platschef haft rollen som platschef i referensprojektet Kvibergs Krematorium från det att entreprenaden startade i april 2016 till och med att den första delen av slutbesiktningen genomfördes den 26 september 2017. Utredningen i målet visar även att vederbörande, trots att han formellt sett hade avslutat sin anställning hos Tuve Bygg den 29 september 2017, stod till bolagets förfogande vid tidpunkten då referensentreprenaden godkändes vid den andra slutbesiktningen den 6 oktober 2017, låt vara att han inte deltog som representant för entreprenören vid det tillfället.

Mot bakgrund av det anförda får den offererade platschefen anses ha haft rollen som platschef i projektet med Kvibergs Krematorium i sådan utsträckning att denne uppfyller kravet i AFB.5231, varigenom han haft kravställd erfarenhet.

Upphandlingsdokumenten i nu ifrågasatta delar uppfyller de krav som följer av de grundläggande principerna om öppenhet och transparens i LOU, och en normalt omsorgsfull leverantör borde, utifrån hur kraven formulerats, haft tillräckligt goda förutsättningar att förstå kravens innebörd och hur Higgabs prövning av kvalificeringskraven skulle komma att ske. Det saknas sålunda skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Tuve Bygg har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Lennart Furufors, lagman



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

