



SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Jurist Fanny Fernlöf och jurist Angelo Skog
Advokatfirman Cederquist KB

MOTPART

Kalmar Vatten AB, 556481-7509

Ombud: Advokat Hampus Ek och advokat Hanna Jönsson
Foyen Advokatfirma KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kalmar Vatten AB genomförde en upphandling av om- och tillbyggnation av befintligt avloppsreningsverk i Tegelviken, Kalmar, inklusive erforderlig efterbehandling av förorenad mark samt rivning av befintligt verk. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LUF. Totalt tre anbud inkom och efter utvärdering utsågs Serneke Anläggning AB (Serneke) till entreprenör.

YRKANDEN

NCC Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från Serneke inte ska beaktas.

Kalmar Vatten bestrider bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR

NCC

Serneke uppfyller inte det obligatoriska kravet på att minst fyra godkända referensprojekt för anbudsgivaren ska bifogas anbudet. Av avsnitt AUB.51 i de administrativa föreskrifterna avseende prövning av anbudsgivaren framgår att anbudsgivaren ska ha minst fyra entreprenadprojekt som till någon del är utförda under de senaste fem åren. Således uppställs ett uttryckligt krav på att anbudsgivaren ska bifoga minst fyra referensprojekt i sitt anbud som ska uppfylla de krav som uppställs. Bland dessa återfinns ett krav på att respektive projekt i någon del ska vara utfört de senaste fem åren alternativt vara pågående. Att ett projekt är pågående förutsätter att det har påbörjats. Dessutom ska två av de godkända referensuppdragen vara partnering- eller samverkansprojekt. Av Sernekes anbud framgår att Serneke bifogat fyra referensprojekt för att styrka att företaget uppfyller kravet. Referensprojekt 3, som utgör ett av de två bifogade samverkansprojekten, har inte påbörjats. Beräknat startdatum är år 2020. Av Sernekes hemsida framgår att uppdraget ännu inte har påbörjats. I och med att Kalmar Vatten har kontaktat den angivna referenspersonen för Referensuppdrag 3 har Kalmar Vatten genomfört en otillåten begäran om förtydligande enligt 4 kap. 8 § LUF. Oavsett om projektering- och kalkyleringsfas påbörjats styrker det inte Sernekes erfarenhet eftersom erfarenhet av projektet ännu inte har erhållits av Serneke. Referensuppdraget uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och kan inte anses vara godkänt. Därigenom kan det inte heller utgöra ett av två partnering/samverkansuppdrag. Anbudet brister i avseenden gällande referensprojekt för anbudsgivaren. Redan av det följer att Sernekes anbud borde ha förkastats.

Av AUB.51 i de administrativa föreskrifterna, framgår avseende prövning av anbudsgivarens nyckelpersoner, att referensprojekt ska lämnas även för dessa. ”Den offererade projekteringsledaren ska ha varit ansvarig för projektering och konstruktion i minst tre projekt från detaljprojektering till överlämnad anläggning. Alla dessa tre projekt ska ha varit industriprojekt”. Serneke uppfyller inte det obligatoriska kravet på att minst tre godkända referensprojekt för den offererade projekteringsledaren ska bifogas anbudet. Referensprojekt 1 Bulltofta, är inte ett industriprojekt såsom Serneke angett. Det är istället en entreprenad avseende kontorsfastighet, vilket är en vanlig entreprenad. Entreprenadens huvuddrag är avgörande för klassificeringen av densamma. Det framgår tydligt av AFA.21 i de administrativa föreskrifterna för Referensprojekt 1 att det är en kontorsentreprenad som avses. Att en kontorsentreprenad har utförts i anslutning till en industrianläggning medför inte att entreprenaden avser en industrianläggning. Kalmar Vatten hänvisar i vaga ordalag till tilläggsarbeten/ÄTA-arbeten. Oaktat om detta har förekommit utgör de perifera delar av entreprenaden, vilket inte påverkar upphandlingsföremålets klassificering. Inte heller vad projekteringsledaren anför kring de arbeten som utförts i referensuppdraget är specifika för industriprojekt. De utgör dessutom perifera delar av projektet. Referensuppdraget är inte tillfyllt. Kalmar Vatten borde därför ha förkastat Sernekes anbud. Genom att ta upp Sernekes anbud till utvärdering och lägga referensprojekten till grund för poängsättning har Kalmar Vatten förfarit i strid med likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LUF. Om Sernekes anbud hade förkastats skulle NCC ha vunnit upphandlingen. Kalmar Vattens agerande har därmed medfört skada för NCC.

Kalmar Vatten

Serneke har bifogat fyra referensprojekt för att styrka det uppställda kravet i AUB.51. Vid samtal med den för Referensprojekt 3 angivna referenspersonen har Kalmar Vatten erhållit muntliga uppgifter om att kontraktet rörande

projektet var påskrivet och att projektering påbörjats. Partnerings- eller samverkansprojekt påbörjas vanligtvis genom att projektering- och kalkyleringsarbete genomförs vilket också utgör en aktiv del av projektet. Enligt ordalydelsen i AUB.51 så accepteras erfarenhet av entreprenadsprojekt som till någon del är utförda under de senaste fem åren. Det har inte uppställts något krav på att byggstart måste ha skett. Att projektering- och kalkyleringsarbete utförts innebär att en aktiv del av genomförandet av ett partneringsprojekt/samverkansprojekt pågår och entreprenadprojektets utförande därmed också har påbörjats.

När det gäller vad NCC anført om referensprojektet Bulltofta som Serneke åberopat för projekteringsledarens räkning kan inte förvaltningsrätten lägga en senare uppkommen omständighet till grund för att besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om, i vart fall inte så länge uppgiften inte varit uppenbart felaktig. Skyldigheten att kontrollera att inkomna anbud avviker från ska-kraven i förfrågningsunderlaget kan inte sträcka sig längre än till att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Vid tiden för anbudsutvärderingen fanns inga skäl för Kalmar Vatten att misstänka att åberopat referensprojekt I inte var ett industriprojekt. Om förvaltningsrätten skulle besluta att även senare uppkomna omständigheter på denna detaljnivå kan läggas till grund i en överprövningsprocess skulle detta leda till oerhört betungande krav på en upphandlande enhet. I ett sådant fall är Sernekes åberopade referensprojekt ett industriprojekt.

Att döma av texten i AFA.21 rubricerad "Allmän orientering om entreprenaden" ur de administrativa föreskrifterna för Bulltofta förefaller det vara korrekt som NCC anført. Det vill säga att det varit fråga om en mer traditionell byggentreprenad som inte direkt avsett sådant arbete som man annars förknippar med en industriell anläggning, om än med viss teknisk komplexitet vad gäller installationer och arbete med maskinrum. Vad som beskrivs i

AFA.21 är dock bara allmän orientering om entreprenadens huvuddrag. För att få en fullständig bild av det arbete som utförts måste man granska kontraktshandlingarna och gå igenom vilka ÅTA-arbeten som därutöver utförts. Kalmar Vatten har mot bakgrund av vad NCC anfört varit i kontakt med Serneke för att kontrollera hur projektledaren resonerat när hon åberopat Bulltofta som referensprojekt. Hon har uppgett bl.a. följande som svar. Bulltofta vattenreningsverk är industrianläggning som levererar tjugo procent av dricksvattnet till Malmö stad. Den miljö i vilken entreprenaden och uppdraget utfördes har varit en pågående industriell verksamhet. I det aktuella projektet genomfördes arbete i ett maskinhus med pumpar och ett kontrollrum för styrning av reningsverkets olika processer. Hela konstruktionen inventerades i grunden och medförde flera konstruktionsväxlingar inne i kontrollrummet samt att ett helt nytt installationsgolv utfördes. Vid sidan av dessa arbeten revs två kassuner med pumpar som togs ur drift, en ny skorsten byggdes för processen, igensättningar kring befintliga nya genomföringar för ledningar, hela byggnaden miljöinventerades och inkommande vattenledningar flyttades.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 4 kap. 8 § LUF framgår att en upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Det framgår av 20 kap. 6 § LUF att om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Fyra entreprenadprojekt

Serneke har redovisat fyra entreprenadprojekt för att uppfylla det obligatoriska kravet i AUB.51. NCC har anfört att ett av Sernekes referensprojekt, Referensprojekt 3, inte är påbörjat och därför inte uppfyller kravet. Kalmar Vatten har anfört att de via kontakt med referenspersonen i projektet har fått uppgift om att projekterings- och kalkyleringsfasen i referensprojektet är påbörjad. NCC menar att det inte är tillräckligt att projekterings- och kalkyleringsfasen är påbörjad för att Serneke ska kunna tillgodogöra sig erfarenheten. NCC anför vidare att kontakten med referenspersonen utgör ett otillåtet förtydligande.

Av AUB.51 "Prövning av anbudsgivare" i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande;

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst fyra entreprenadprojekt som till någon del är utförda under de senaste fem åren, räknat från datum för sista anbudsdag i denna upphandling. B accepterar pågående projekt, dock ska projekt som innefattar täta bassänger vara överlämnat inom de senaste tio åren räknat från datum för sista anbudsdag i denna upphandling.

När det gäller frågan om förtydligande enligt 4 kap. 8 § LUF gör förvaltningsrätten följande bedömning. En upphandlande enhet har möjlighet att

begära förtydligande av en leverantör. Vid förtydligandet får anbudet dock inte tillföras nya sakuppgifter, utan ett förtydligande får endast konkretisera redan i anbudet lämnade uppgifter. Förvaltningsrätten finner att kontakten med en av leverantören lämnad referensperson i ett referensprojekt för att stämna av uppgifter inte kan anses utgöra en otillåten begäran om förtydligande, utan att det rör sig om konkretisering av i anbudet redan lämnade uppgifter. Kalmar Vattens agerande har inte varit i strid med likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten har sedan att pröva om Serneke uppfyller det obligatoriska kravet på att redovisa fyra entreprenadprojekt i AUB.51 genom redovisning av Referensprojekt 3. Av utredningen i målet framgår att det rör sig om ett projekt där samverkansavtal är ingånget, men byggnationen inte är påbörjad. Ett entreprenadsprojekt av den aktuella storleken får anses vara påbörjad även innan byggnationen är startad. Enligt Kalmar Vatten är projekterings- och kalkyleringsfasen i Referensprojekt 3 påbörjad. Det finns inte anledning att ifrågasätta den uppgiften. Enligt AUB.51 accepteras ett pågående projekt. Sernekes anbud får anses uppfylla det obligatoriska kravet på fyra entreprenadprojekt i AUB.51.

Referensprojekt för nyckelperson

NCC har anfört att Sernekes anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på tre godkända referensprojekt för den offererande projekteringsledaren. Anledningen till det är att NCC menar att ett av referensprojekten inte utgör ett industriprojekt.

Av AUB.51 i upphandlingsdokumentet framgår avseende projekteringsledaren bl.a. följande;

Den offererade projekteringsledaren ska ha varit ansvarig för projektering och konstruktion i minst tre projekt från detaljprojektering till överlämnade anläggning. Alla dessa tre projekt ska ha varit industriprojekt.

Kalmar Vatten har på fråga under ”frågor och svar” förtydligat vad man avser med industriprojekt i AUB.51 upphandlingsdokumentet. ”*Kravet på att vissa referensprojekt ska avse entreprenader som är industriprojekt innebär att dessa ska projekt ska avse en industrianläggning, till skillnad från entreprenad avseende bostäder etc.*”

Av förtydligandet framgår således att projektet ska avse en industrianläggning. Mer specificerat krav än så har upphandlande enhet inte ställt upp. Det ankommer på NCC att visa att vinnande anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet, för att talan ska vinna bifall. Vinnande leverantör har i sitt anbud lämnat ett referensprojekt avseende Bulltofta vattenreningsverk, om- och tillbyggnad av maskinhus och kontorsdel. Projektet har genomförts med stöd av LUF. Projekteringsledaren har förklarat varför detta projekt har åberopats som ett industriprojekt. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som framkommit kring referensuppdraget att NCC inte har visat att det obligatoriska kravet för projekteringsledaren i AUB.51 i upphandlingsdokumentet inte är uppfyllt.

Sammanfattningsvis har Kalmar Vatten haft fog för att anta vinnande leverantörs anbud. NCC har inte visat att Kalmar Vatten har agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF. NCC har därmed inte lidit eller riskerat lida skada av Kalmar Vattens agerande. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Sofie Bäckström



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 nyårsafton, 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 rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

