



SÖKANDE

Malmberg Water AB, 556292-9272

Ombud: Advokat Peter Savin och jur.kand. Malin Kulander
Advokatfirman Glimstedt HB

MOTPARTER

1. Kinda kommun, 212000-0399

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB

2. Jens-Åke Andersson Bygg AB, 556290-7690

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjnings-
sektorerna (LUF)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ”Om-
och tillbyggnad Rimforsa Vattenverk” inte får avslutas förrän rättelse har
vidtagits med innebörden att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet
från Jens-Åke Andersson Bygg AB inte ska beaktas.

ANSÖKAN M.M.

Kinda kommun (kommunen) genomför upphandlingen ”Om- och
tillbyggnad Rimforsa Vattenverk”, dnr 2018-00151, genom förenklat
förfarande enligt LUF. Tilldelning ska ske till det ekonomiskt mest
fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. Två anbudsgivare har inkommit
med anbud i upphandlingen, Malmberg Water AB (Malmberg) och Jens-
Åke Andersson Bygg AB (Jens-Åke Bygg). Den 18 december 2018
meddelade kommunen ett tilldelningsbeslut enligt vilket Jens-Åke Bygg

tilldelades kontraktet. Av upphandlingsrapporten framgår att båda anbudsgivarna bedömdes uppfylla ställda obligatoriska krav.

Malmberg ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så vis att en ny prövning av inkomna anbud ska genomföras.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Jens-Åke Bygg har uppgett att bolaget inte önskar yttra sig i målet.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Malmberg

I punkten AFB.52 i upphandlingsdokumentet har kommunen ställt krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad. Detta ska styrkas genom referenser. Jens-Åke Bygg har som obligatoriska referensobjekt åberopat ombyggnad av pappersmaskin respektive betongkammare till kulvertsystem. Inget av de åberopade referensobjekten uppfyller kommunens krav rörande maskininstallation/reovering av vatten- och avloppsanläggningar. De avser inte heller projekt liknande den aktuella entreprenaden.

Kravet på yrkesmässig och teknisk kapacitet kan inte tolkas som alternativt i förhållandet mellan bygg- och maskinentreprenören på det sätt som kommunen har gjort gällande. Såväl utifrån kravets syfte som dess ordalydelse kan kravet inte uppfattas på något annat sätt än att kommunen har velat säkerställa att anbudsgivarna besitter kompetens avseende såväl byggentreprenadarbeten som maskininstallationer. Det saknas alltså stöd i upphandlingsdokumentet att kraven på bygg- respektive maskinentreprenörer i denna upphandling ska vara alternativa. Tvärtom

anges exempelvis att ”*både* bygg- och maskinprojekt ska ha genomförts under de senaste fem åren” i det aktuella kravet.

Då kommunen har krävt att anbudsgivaren ska besitta erfarenhet av maskininstallation/reovering avseende vatten- och avloppsanläggningar kan detta inte uppfattas på annat sätt än att kommunen har velat säkerställa att sådan kompetens finns hos den vinnande leverantören. Jens-Åke Bygg har i anbudet inte visat att bolaget överhuvudtaget besitter någon kompetens avseende den typ av arbete som entreprenaden avser, nämligen bygg, mark och installationsarbete som ingår i utbyggnaden av ett vattenverk. På motsvarande sätt har kommunen velat säkerställa att anbudsgivaren besitter kompetens avseende byggentreprenadarbeten av viss storlek. Det är av detta skäl som bolaget har åberopat ett annat företags kapacitet. Detta har Jens-Åke Bygg underlåtit att göra avseende kravet på erfarenhet av aktuella maskininstallationer.

Vad kommunen har avsett när den upprättade upphandlingsdokumentet saknar helt betydelse för hur kravet ska tolkas och tillämpas. Då det är fråga om en offentlig upphandling ska kraven tolkas på objektiv grund. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att kravet ska uppfattas på det sätt som kommunen har gjort gällande, är kravet så otydligt formulerat att upphandlingsdokumentet brister i transparens. Under sådana förhållanden föreligger en brist i upphandlingens konkurrensuppsökande skede vilket medför att upphandlingen ska göras om.

I punkten AFB.52 har kommunen även ställt krav på att platschef/arbetsledare ska ha dokumenterad erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser. Vidare ska övriga nyckelpersoner ha dokumenterad kompetens och erfarenhet av sådana arbeten som avses i handlingarna. De av Jens-Åke Bygg offererade nyckelpersonerna uppfyller inte kommunens krav på att ha dokumenterad erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser. Av de

fyra CV som Jens-Åke Bygg har bifogat sitt anbud saknas uppgift om vilka tidigare utförda arbeten respektive person har erfarenhet av. Detta är en avvikelser från det uttryckliga kravet kommunen har uppställt i upphandlingen.

Jens-Åke Bygg saknar erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser och uppfyller därmed inte de i upphandlingen ställda kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen har agerat i strid med principen om likabehandling genom att kvalificera anbudet från Jens-Åke Bygg trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Utan beaktande av Jens-Åke Byggs anbud, lämnade bolaget det anbud med lägsta pris. Om upphandlingsfelet inte hade förekommit hade bolaget haft möjlighet att tilldelas kontraktet. Upphandlingsfelet har medfört att bolaget lider eller riskerar att lida skada.

Kommunen

Den aktuella upphandlingen ska enligt de administrativa föreskrifterna ske genom s.k. generalentreprenad, vid vilken generalentreprenören ikläder sig huvudansvaret för entreprenadens genomförande i förhållande till beställaren. Vid entreprenader avseende vattenverk kan såväl bygg- som maskinentreprenörer agera generalentreprenör. Den entreprenör som vid den aktuella typen av uppdrag ikläder sig rollen som generalentreprenör kan, med hänsyn till sin egen kompetens och erfarenhet samt den typ av entreprenadarbeten som man själv typiskt sett utför, välja att anlita underentreprenörer avseende de delar av entreprenaden som man inte avser att hantera på egen hand.

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen sökt tillvarata möjligheten till ökad konkurrens och inte utestänga en viss grupp av entreprenörer från deltagande. Detta har skett genom att upphandlingen genomförts, och upphandlingsdokumenten utformats, utifrån det faktum att

byggentreprenörer och maskinentreprenörer har olika erfarenheter, kompetenser och inriktningar på sin verksamhet. En konsekvens därav är att kommunen har utformat krav på ett sådant sätt att såväl byggentreprenörer som maskinentreprenörer kan uppfylla kraven och konkurrera om generalentreprenadkontraktet. För att såväl byggentreprenörer som maskinentreprenörer ska kunna visa att de har relevant erfarenhet och kompetens har krav på referensuppdrag anpassats utifrån de olika typer av verksamheter som de respektive entreprenörerna normalt bedriver.

Av AFB.52 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbudsgivarna har haft att redovisa ett uppdrag hänförligt till den typ av verksamhet som anbudsgivaren bedriver. Kravet har således kunnat uppfyllas genom åberopande av olika typer av referensuppdrag. Jens-Åke Bygg är en byggentreprenör och har uppfyllt kravet på referensuppdrag genom att hänvisa till ett uppdrag avseende vattentät gjutning överstigande 5 mkr. Att det i upphandlingsdokumentet anges att ”både bygg och maskinprojekt ska ha genomförts under de senaste 5 åren” innebär inte att såväl ett bygg- som ett maskinprojekt behöver ha utförts och redovisats av anbudsgivaren, utan enbart att samma tidsperiod gäller för de båda alternativa referensuppdragen. Möjligen har det funnits andra tänkbara och eventuellt lämpligare sätt att formulera det aktuella referenskravet på. Kommunen har dock en skyldighet att, oavsett om kravet utformats på optimalast tänkbara sätt eller inte, upprätthålla de krav och villkor som angetts i upphandlingsdokumentet.

Malmbergs påstående om att det inte framgår att de nyckelpersoner som Jens-Åke Bygg har offererat och bifogat meritförteckning för har efterfrågad erfarenhet är felaktigt. Av ingivna meritförteckningar och däri redovisade arbetslivserfarenheter, utbildningar och anställningar m.m. framgår att offererade nyckelpersoner har sådan erfarenhet och kompetens som efterfrågats av kommunen. Vid kontakt med referensperson har kommunen

verifierat att åberopade referensuppdrag har utförts på föreskrivet sätt och avsett de efterfrågade typerna av arbete. Informationen har utgjort en del av Jens-Åke Byggs anbud, vilken kommunen har varit skyldig att beakta. Därtill har offererade nyckelpersoners erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser verifierats vid den nämnda kontakten. Att kommunen kontrollerat vinnande anbudsgivares referenser strider inte mot likabehandlingsprincipen. Om kommunen däremot hade bortsett från den informationen hade det inneburit ett åsidosättande av de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Kommunen har därför rätteligen bedömt att Jens-Åke Byggs anbud uppfyller kraven även i denna del.

Upphandlingen genomförs i enlighet med LUF och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Malmberg har inte lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LUF. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse av upphandlingen på det sätt som Malmberg har yrkat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Av 4 kap. 1 § LUF framgår att upphandlande enheter ska 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 20 kap. 6 § LUF framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande bestämmelserna 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.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Malmberg har gjort gällande att inget av de av Jens-Åke Bygg åberopade referensobjekten uppfyller av kommunen ställt krav rörande maskininstallation/renovering av vatten- och avloppsanläggningar. Kommunen har anfört att den delen av kravet enbart gäller i förhållande till maskinentreprenörer samt att Jens-Åke Bygg är en byggentreprenör och därför endast behöver uppfylla kravet på att ha utfört projekt med vattentät gjutning.

Av den i målet aktuella punkten i upphandlingsdokumentet, AFB.52, framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens för att kunna genomföra aktuell entreprenad. Detta ska styrkas genom referenser.

Byggentreprenören ska ha utfört projekt med vattentät gjutning och där projektets omfattning överstigit 5 mkr. För maskinentreprenören ska maskininstallation/renovering i vatten och avloppsanläggningar med en omfattning på minst 4 mkr genomförts. Både bygg och maskin projekt ska ha genomförts under de senaste 5 åren. Uppdragen ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat avseende kvalitet, tidhållning, budget och uppdragsresultat, vilket anbudsgivaren ska intyga i anbud. Dessa uppgifter kan komma att verifieras.

Referensuppdragen redovisas i formulär till anbud.

Kommunen har anfört att kravet på referensuppdrag skiljer sig åt beroende på om anbudsgivaren är en bygg- eller maskinentreprenör medan Malmberg

har anfört kravet inte kan tolkas som alternativt i förhållandet mellan bygg- och maskinentreprenörer på det sätt som kommunen har gjort gällande. Med hänsyn till kravets utformning och ordalydelse, finner förvaltningsrätten att det aktuella kravet inte kan förstås på annat sätt än att anbudsgivare till sitt anbud ska bifoga referenser för projekt med vattentät gjutning *samt* projekt gällande maskininstallation/renovering i vatten- och avloppsanläggningar. Denna tolkning stämmer även överens med övriga formuleringar i kravet. Som exempel anges att ”*både bygg och maskin projekt ska ha genomförts under de senaste 5 åren*” och att ”*uppdragen ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat avseende kvalitet, tidhållning, budget och uppdragsresultat, vilket anbudsgivaren ska intyga i anbud*”. Kommunen har anfört att Jens-Åke Bygg uppfyller kravet såvitt avser att ange referensuppdrag avseende vattentät gjutning. Skäl att ifrågasätta detta har inte framkommit. Det är dock i målet ostridigt att anbudet från Jens-Åke Bygg inte innehåller något referensuppdrag rörande maskininstallation/renovering av vatten- och avloppsanläggningar. Jens-Åke Bygg kan därmed inte anses uppfylla aktuellt krav.

Malmberg har vidare gjort gällande att det av de fyra CV som Jens-Åke Bygg har bifogat sitt anbud inte framgår vilka tidigare utförda arbeten respektive person har erfarenhet av. Kommunen har anfört att information om detta har framkommit när kommunen har verifierat åberopade referensuppdrag samt att informationen har utvisat att offererade nyckelpersoner har erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser.

Av den i målet aktuella punkten i upphandlingsdokumentet, AFB.52, framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

- *Platschef/Arbetsledaren ska ha dokumenterad erfarenhet av sådana arbeten som entreprenaden avser.*
- *Övriga nyckelpersoner ska ha dokumenterad kompetens och erfarenhet av sådana arbeten som avses i handlingarna.*

Ovanstående ska styrkas genom att till anbudet bifoga CV/meritförteckning gällande offererad arbetsledare som visar deras erfarenhet och tidigare utförda arbeten.

Av de av Jens-Åke Bygg till anbudet bifogade CV/meritförteckningar framgår de aktuella personernas arbetslivserfarenhet samt utbildningar. Någon dokumenterad erfarenhet avseende sådana arbeten som entreprenaden avser framgår inte av de bifogade handlingarna. Inte heller visar handlingarna några tidigare utförda arbeten. Annat kan inte förstås än att dessa uppgifter ska framgå av till anbudet bifogade CV/meritförteckningar. Att kommunen genom kontakt med referenser har verifierat offererade nyckelpersoners erfarenhet kan därmed inte anses medföra att det aktuella obligatoriska kravet är uppfyllt. Mot denna bakgrund kan Jens-Åke Bygg inte heller i denna del anses uppfylla ställt krav i upphandlingen.

Genom att ha kvalificerat Jens-Åke Byggs anbud trots att det – enligt vad som ovan har angetts – inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen, har kommunen handlat i strid med principen om lika-behandling. Jens-Åke Bygg har tilldelats kontrakt i upphandlingen framför Malmberg som lämnade anbud med det näst lägsta priset. Mot denna bakgrund får Malmberg anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada genom kommunens agerande. Därmed finns skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LUF.

Vid bifall till en ansökan om överprövning har förvaltningsrätten, oavsett hur yrkandet har utformats, att välja mellan ett besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (RÅ 2005 ref. 47). Det fel som har skett kan inte antas ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten finner därför att ett ingripande i form av rättelse med innebörden att en ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från Jens-Åke Bygg inte ska beaktas är en tillräcklig åtgärd. Ansökan ska därför bifallas på det sättet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eric Wahlberg
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Martin Rudgård.



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.