



SÖKANDE

NMC Anläggning AB, 556873-9121
Box 96
561 22 Huskvarna

Ombud: jurist Josefine Gyllenram
Freja Partner AB
Krokslätts Fabriker 30
431 37 Mölndal

MOTPART

Jönköpings kommun, upphandlingsavdelningen
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-10-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns GC/VA Hakarpsvägen (refnr: 19/53). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än NMC Anläggning AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats. Bolaget har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandling avser utförande av byggentreprenad. Den entreprenadsrättsliga upphandlingsformen är generalentreprenad och entreprenadformen är en utförandeentreprenad. Standardavtalet Allmänna Bestämmelser AB 04 för utförandeentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten gäller för entreprenaden som omfattar i huvudsak följande:

- Om- och tillbyggnad av Hakarpsvägen med ny gång- och cykelväg.
- Ledningsarbeten, VA-ledningar inkl. brunnar för avvattnings av berörda ytor m.m.
- All framgrävning och hantering och skydd av befintliga kablar och ledningar som berörs av entreprenaden ingår i entreprenaden.
- Schakt och återfyllning för belysning, el, tele, opto, kabelarbeten, kabelskyddsror och sättning och riktning av stolpfundament för belysning.
- Läggnings av elkabel och sättning av fundament för belysningsstolpar.
- Ny stödmur och trappa.
- Återställande av mark som använts under entreprenaden.

Krav

Anbudshandlingar ska vara upprättade på svenska. I anbudet ska anges:

- Anbudssumman
- Uppgift om att hänsyn tagits till eventuella tilläggskrivelser, nummer och datum.
- Uppgift om ombud.
- Prissatt mängdbeskrivning där slutsumman ska stämma överens med anbudssumman.
- Uppgift om vem som besvarar förfrågningar angående anbudet.
- Företagets system för kvalitets- och miljösäkring inkl. egenkontroll av entreprenaden samt hantering av arbetsmiljöfrågor.
- Ett tidigare referensobjekt avseende kommunala Gatu- och VA-anläggningar med en entreprenadsumma av minst tre milj. kr.

Referensobjektet får vara max fem år gammalt räknat från slutbesiktning till anbudstidens utgång.

- Platsorganisation, organisationsplan för entreprenaden jämte CV och referenspersoner för nyckelpersoner (arbetschef, platschef, utsättare och BAS-U inkl. intyg).

Anbudsprövningen

Teknisk kapacitet

Leverantören ska ha en organisation och verksamhet som har kompetens och erfarenhet från entreprenader avseende kommunala Gatu- och VA-anläggningar. Ett referensobjekt med en entreprenadsumma av minst tre milj. kr ska anges. Referensobjektet får vara max fem år gammalt räknat från slutbesiktning till anbudstidens utgång. Den upphandlade enheten förbehåller sig rätten att ta egna referenser på anbudsgivaren vad gäller tidigare utförda kontrakt.

Yrkeskunnande

I platsorganisationen som angivits kommer kommunen kontrollera att följande tjänster har yrkeserfarenhet enligt nedan.

- En arbetschef med minst tre års erfarenhet av liknande entreprenader.
- En platschef med minst tre års erfarenhet av liknande entreprenader, avseende kommunala Gatu- och VA-anläggningar, som platschef.
- En utsättare med minst tre års erfarenhet av liknande entreprenader, avseende kommunala Gatu- och VA-anläggningar, som utsättare.
- BAS-U med erforderlig utbildning som kan styrkas med intyg.
- Elinstallationsarbete (t.ex. kabelförläggning) ska utföras av personal från företag som finns registrerat hos Elsäkerhetsverket och som innehar ett internt egenkontrollprogram för berörda elinstallationer. Företaget ska ha minst en auktoriserad elinstallatör för regelefterlevnad knuten till företaget.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fem leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har fyra ansetts kvalificerade. Anbudet från Holst Entreprenad AB (Holst) antogs som det kvalificerade anbudet som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris. Bolagets anbud förkastades med i huvudsak följande motivering. I bolagets anbuds saknas referenspersoner för nyckelpersoner i enlighet med punkten AFB.31 i upphandlingsdokumenten. Anbudet är därför inte komplett. Dessutom innehåller anbudet en à-prislista som inte efterfrågats i upphandlingsdokumenten.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse varvid en ny utvärdering ska genomföras. Bolagets anbud ska då anses kvalificerat för anbudsprövningens utvärderingsdel. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Bolaget har redovisat referenspersoner för nyckelpersoner i anbudsbilagan "Referensobjekt" (referensbilagan). Kommunen har inte ställt krav på att det ska lämnas in någon à-prislista och den av bolaget inlämnade à-prislistan har inte påverkat prissättningen i dess anbud. Därmed har à-prislistan saknat betydelse för prövningen av bolagets anbud. Mot bakgrund härav har

bolagets anbud förkastats felaktigt och bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Utveckling av ansökan

I referensbilagan har bolaget angivit flera projekt som det arbetat med och en kontaktperson för varje projekt. Att ange en kontaktperson för ett specifikt projekt måste anses likvärdigt med att ange en referensperson. Bolaget har därigenom samlat alla referenspersoner i anbudet istället för att fördela ut dem på specifika nyckelpersoner i platsorganisationen. De av bolaget offererade nyckelpersonerna har arbetat i flertalet av de projekt som angivits i referensbilagan. Vidare har referensbilagan enkelt kunnat stämmas av mot de CV:n för att få fram vilka projekt aktuell nyckelperson har deltagit i. Kommunen har således utan svårighet kunnat kontrollera nyckelpersonernas yrkeskunnsande genom att kontakta angivna referenspersoner, d.v.s. kontaktpersonerna. Därmed bör bolagets anbud anses uppfylla upphandlingsdokumentens krav i denna del.

Inte heller Holst (vinnande anbudsgivare) har angett referensperson för varje enskild nyckelperson, utan endast för offererad platschef (i likhet med bolaget). Holst har även uppgivit en referensperson för samtliga nyckelpersoner. Att uppge en referensperson utan någon som helst beskrivning av vilken typ av person som avses och helt utan sammankoppling till någon specifik nyckelperson kan inte anses uppfylla ställda krav. Detta mot bakgrund av att bolagets anbud har förkastats med hänvisning till att sammankoppling mellan angivna referenspersoner respektive nyckelpersoner inte kan göras. I anbudet från Holst går det inte att koppla samman angiven referensperson med samtliga nyckelpersoner. Om förvaltningsrätten skulle finna att kommunens uppfattning, att angivna referenspersoner måste kunna kopplas samman med angivna nyckelpersoner, är korrekt skulle detta medföra att inget anbud i upphandlingen skulle uppfylla kraven. Under sådana förhållanden har upphandlingsdokumenten varit otydliga och

kommunen har inte behandlat anbudsgivarna lika. Därmed finns det skäl att besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen

Inställning

Det är inte korrekt att bolaget uppfyllt kravet på att ange referenspersoner genom referensbilagan. Det är bristen i denna del som utgör grunden för att förkasta bolagets anbud och å-prislistan saknar således betydelse. Sammantaget är anbudsprövningen korrekt utförd och det saknas därför grund för att besluta om ett ingripande med stöd av LOU.

Utveckling av kommunens inställning

En lista med referensobjekt går inte att likställa med en lista med referenspersoner, eftersom där angivna referensobjekt och kontaktpersoner inte kan sammankopplas med nyckelpersonerna. Endast vad gäller en av nyckelpersonerna (platschefen) framgår av dennes CV vilka referensprojekt han har arbetat i. För övriga nyckelpersoner går det inte att utifrån inlämnade CV:n och inlämnad lista för referensobjekt att avgöra i vilka projekt respektive person har deltagit. Istället skulle upphandlaren ha behövt ringa till de angivna referenspersonerna och fråga om aktuell nyckelperson deltagit i aktuellt projekt. Anbudet uppfyller således inte kravet på att ange referenspersoner för nyckelpersoner. Därmed har kommunen haft grund för att förkasta anbudet.

Vinnande anbudsgivare har angivit namn på en referensperson för samtliga nyckelpersoner. Det är godtagbart att endast ange en referensperson. Det är också godtagbart att samma referensperson lämnas för flera nyckelpersoner. Det föreligger således en sammankoppling mellan referensperson och nyckelpersoner i enlighet vad som stadgas i upphandlingsdokumenten.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Anbudsgivare ska i sina anbud lämna CV och referenspersoner för nyckelpersoner, definierade som arbetschef, platschef, utsättare och BAS-U inkl.

intyg. Underlagen i form av CV och referenspersoner ska tillsammans styrka kraven under underrubriken Yrkeskunnande (se ovan under Anbudsprövningen). Det anges visserligen inte närmare vem som kan åberopas som referensperson eller vilket underlag denna person förväntas kunna bidra med. Det får dock förutsättas att angiven referensperson i vart fall kan bekräfta att den offererade nyckelperson som referenspersonen åberopas för uppfyller de krav som ställs för relevant roll, t.ex. att den person som offereras som arbetschef har minst tre års erfarenhet av liknande entreprenader. I avsaknad av närmare specifikation finns det dock endast ett begränsat utrymme att ställa ytterligare krav.

Av referensbilagan som bolaget åberopat framgår inte annat än att bolaget genomfört ett antal närmare angivna referensuppdrag och att vissa personer kan kontaktas för att få detta bekräftat. I förening med inlämnat CV för offererad platschef kan man möjligen sluta sig till vilka av de tio kontaktpersoner som anges i referensbilagan som i vart fall tillsammans skulle kunna bekräfta att kraven för rollen som platschef uppfylls. Detsamma skulle då gälla för rollen "BAS-U inkl. intyg". Vad gäller offererad arbetschef anges varken någon referensperson eller något referensuppdrag i för personen inlämnat CV. Detta CV kan alltså inte på något sätt stämmas av mot referensbilagan. Vidare kan konstateras att motsvarande gäller den person som offererats som elansvarig. Det är dock tveksamt om denne ska betraktas som nyckelperson i upphandlingsdokumentens mening. Inte heller för den person som offereras som utsättare anges någon referensperson i inlämnat CV. Referensuppdrag anges, dock inte på ett sätt som överensstämmer med de referensuppdrag som anges i referensbilagan. Någon avstämning är inte heller möjlig avseende denna person. Sammantaget finner förvaltningsrätten att kommunen har haft grund för att förkasta bolagets anbud med hänvisning till att anbudet är ofullständigt då det saknas uppgift om referensperson för nyckelpersoner.

Vad gäller anbudet från Holst har det i detta anbud uttryckligen angetts att en särskilt utpekad person är referensperson för samtliga nyckelpersoner. Någon omständighet som visar att det finns skäl att anta något annat än att det varit möjligt för denna person att bekräfta att samtliga nyckelpersoner uppfyller samtliga krav under underrubriken Yrkeskunnande har inte framkommit. Vad bolaget anför och åberopar medför således inte att det finns sannolika skäl att kommunens anbudsprövning har genomförts i strid med LOU. Det har inte heller gjorts sannolikt att upphandlingsdokumentens föreskrifter utformats i strid med LOU.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Håkan Jöngren

Tf. rådman Håkan Jöngren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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.

