



SÖKANDE

YIT Sverige AB, 556297-5143
Svetsarvägen 24 2 Tr
171 41 Solna

Ombud: Advokaterna Sylvia Lindén och Johan Wedsberg
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

Ombud: Advokat Ponthus Andersson och jur.kand. Gustav Delén
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-10-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Rosenborgskajen (dnr UH-2019-134). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande. Kontraktet tilldelades annan leverantör än YIT Sverige AB.

YIT Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska genomföras där bolagets anbud beaktas.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har bedömt att bolaget inte uppfyller de krav på platschef, arbetsledare och BAS-U som listas under AFB.52. I AFB.52 anges att anbudsgivare ”ska” erbjuda platschef, arbetsledare och BAS-U med minst tre goda relevanta referenser inom anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt, de tio senaste åren på platschef samt en god relevant referens inom de tio senaste åren på arbetsledare och BAS-U. Dessa krav styrks med relevant dokumentation, relevanta referenser samt CV:n. Som ett utflöde av principen om transparens framgår det av EU-praxis att betydelsen av och räckvidden för sådana uttryck som inte definierats i unionsrätten ska fastställas i enlighet med deras normala betydelse i vanligt språkbruk med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som uttrycken ingår i. Vad gäller termen ”anläggningsbyggnation” framgår av 1 kap. 4 § plan- och bygglagen att anläggning indelas i dels byggnader, dels andra anläggningar ”byggnadsverk: en byggnad eller annan anläggning”. Det som gäller i fråga om byggnad ska också tillämpas på andra anläggningar än byggnader.

Bolaget bestrider att de offererade personerna inte uppfyller de krav som listas under AFB.52. Avseende den offererade platschefen har kommunen angett att det sammantaget saknas tre goda referenser för platschefen, vilket krävs för att uppfylla det obligatoriska kravet. Av de handlingar som bolaget

gett in framgår emellertid att den offererade platschefen under de senaste tio åren har åtminstone tio goda relevanta referenser inom anläggningsbyggnation eller likvärdiga objekt. Alla dessa referensuppdrag omfattar anläggnings- respektive byggnadsentreprenaden, vilket framgår av beskrivningen av respektive uppdrag. För samtliga referensuppdrag finns även uppgifter om kund- och referenspersoner med kontaktuppgifter. Kravet på att ange minst tre relevanta referensuppdrag är således uppfyllt med råge. Avseende referenserna ett och två har kommunen angett att dessa inte uppfyller kravet på anläggningsarbeten, vilket är missvisande eftersom något krav på just ”anläggningsarbeten” överhuvudtaget inte återfinns i upphandlingsdokumenten. Som framgår av AFB.52 är det emellertid inte heller ett krav att referenserna ska avse specifikt anläggningsbyggnation utan det är tillräckligt att dessa avser likvärdiga objekt. Bestämmelser om krav på bevis på referensuppdrag i kvalificeringsfasen avseende byggentreprenader återfinns i 15 kap. 11 § LOU. Begreppet likvärdiga referensuppdrag är dock inte ett begrepp som hämtats direkt från lagtexten. Om det i en upphandling förekommer ett krav på att referens ska avse likvärdiga uppdrag får kravets innebörd, och om en anbudsgivarens anbud uppfyller kravet, därför bedömas med utgångspunkt i de aktuella upphandlingsdokumenten (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 8227-18). Viktigt att ha i åtanke vid denna bedömning är emellertid att ”likvärdigt” inte har samma betydelse som ”samma” (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6180-11). Det har således inte uppställts något krav på att referenserna ska avse specifikt anläggningsbyggnation utan endast att dessa ska avse likvärdiga objekt, vilket således är annat än såväl anläggningsbyggnation som anläggningsarbeten. Referenserna ett och två avser större byggentreprenadprojekt med en entreprenadsumma som motsvarar det nu aktuella uppdraget. Referensuppdragen har ställt likvärdiga krav på platschefens yrkesmässiga kunskap och erfarenhet som det nu aktuella uppdraget. Både uppdragen har även innehållit motsvarande arbetsmoment som vid anläggningsbyggnation. Om upphandlingsdokumenten likväl skulle anses innehålla oklarheter avseende vad som är likvärdigt får

den upphandlande myndigheten bära risken för dessa (jfr Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7229-15). Det är således inte skäl för att inte godkänna referensuppdragen. Även bortsett från dessa två referenser har bolaget angett ytterligare åtta goda relevanta referenser. Kommunen har angett att det avseende övriga referenser saknats underlag för bedömningen. Det har dock inte ställts något krav på hur omfattande beskrivningen av referensuppdragen ska vara. Kravet är enligt AFB.52 endast att erfarenheten ska styrkas med relevant dokumentation, relevanta referenser samt CV:n. Såvitt framkommit har kommunen inte heller kontaktat de av bolaget angivna referenspersonerna för att verifiera att referenserna är relevanta utan begränsat sin prövning till ingiven referensförteckning och CV:n. Kommunen har därigenom avvikit från AFB.52 där det anges att erfarenheten kan styrkas genom relevanta referenser. Vid kontroll med de av bolaget angivna referenspersonerna hade kommunen erhållit en mer omfattande beskrivning av referensuppdragen.

Vad gäller BAS-U har bolaget offererat en person som varit BAS-U i två uppdrag som till sin omfattning och art är likvärdiga med det nu aktuella uppdraget. Kravet på minst en god relevant referens inom de tio senaste åren för BAS-U är således uppfyllt.

Vad gäller den offererade arbetsledaren har kommunen angett att det sammantaget saknas en god referens, vilket krävs för att uppfylla det obligatoriska kravet. Av de handlingar som bolaget gett in framgår emellertid att den offererade arbetsledaren under de senaste tio åren haft åtminstone fem goda relevanta referenser inom anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt. Kommunen har anfört avseende referens ett att den offererade arbetsledaren inte hade den rollen. Det är dock inget krav enligt AFB.51 att referensuppdraget för arbetsledaren måste avse en tidigare roll som arbetsledare. Detta följer också av kommunens resonemang avseende referens två där den offererade arbetsledaren var platschef. Avgörandet blir i stället om referensen

uppfyller kravet på att vara god och relevant. Den offererade arbetsledaren var projektingenjör/kalkylator på grundläggning, framför allt pålning. Han hade även arbetsuppgifter som är likvärdiga en arbetsledare i nämnda uppdrag. Kravet enligt AFB.52 är därför uppfyllt. När det gäller referens två har kommunen angett att detta bedöms vara för litet för att vara relevant. Det har dock inte angetts något krav på entreprenadsumma i AFB.52. Detta uppdrag omfattar sådana arbeten som det nu aktuella uppdraget avser. Även i denna del är kravet i AFB.52 således uppfyllt. Kommunen har angett att referens tre inte uppfyller kravet eftersom det bedöms vara ett underhållskontrakt. "Likvärdiga projekt" behöver som ovan nämnt inte vara anläggningsbyggnation. Referensuppdraget har haft en entreprenadsumma som motsvarar det nu aktuella uppdraget. Det har också omfattat anläggningsarbeten. Det bör således vara tydligt att detta är ett likvärdigt objekt och att kravet i AFB.52 därmed är uppfyllt. Även bortsett från dessa referensuppdrag har bolaget angett minst två ytterligare goda relevanta referenser inom anläggningsbyggnation avseende den offererade arbetsledaren. Kommunen har anfört att dessa två övriga referenser saknar underlag för bedömningen. Detta är dock förvånande då dessa beskrivs utförligt i ingivet CV. Avseende dessa referensuppdrag har kommunen inte heller gjort sådan kontroll med angivna referenspersoner som följer av AFB.52. Vid en sådan kontroll med angivna referenspersoner hade kommunen erhållit en mer omfattande beskrivning av referensuppdragen. Det ska noteras att kommunen först efter kontroll med referenspersonerna kan anses ha uppfyllt den kvalificering som kommunen själv har angivit i upphandlingen. Bolaget har brutit mot de grundläggande principerna genom att inte kvalificera bolaget.

För det fall att bolaget ändå inte skulle bedömas uppfylla kraven enligt AFB.52 har kommunen frångått den uttryckliga rätten till komplettering med CV och referensobjekt som anbudsgivarna har enligt AFB.314 i de administrativa föreskrifterna där det framgår att referensobjekt enligt AFB.52 och CV:n på arbetschef, platschef inte behöver fogas till anbudet utan kan

komma att begäras in inför utvärdering av anbud. Att bolaget gett in CV:n och referensförteckningar till styrkande av det formella kravet i AFB.31 på att CV:n på platschef, arbetsledare och BAS-U samt kontaktuppgifter till referenspersoner ska framgå av anbudet fråntar inte bolaget rätten till komplettering enligt AFB.314. Som framgår av AFB.314 är det för uppfyllande av kraven enligt AFB.52 som anbudsgivare ges uttrycklig rätt att komplettera anbudet. Detta måste således skiljas från det formella kravet enligt AFB.31 som bara avser ingivande av handlingar, men som inte ställer krav på att dessa ska styrka erfarenhet enligt AFB.52. Om bolaget hade erhållit möjlighet att komplettera anbudet hade bolaget inkommit med ytterligare bevisning till styrkande av att offererad platschef, arbetsledare och BAS-U uppfyller kraven enligt AFB.52. Genom att inte ge bolaget en sådan möjlighet och därigenom avvika från vad som följer av upphandlingsdokumenten har kommunen agerat i strid med såväl likabehandlingsprincipen som öppenhetsprincipen.

Kommunen har också angett att bolaget lämnat ett anbud med onormalt låga à-priser i maskinprislistan. Kommunen har efterfrågat en förklaring till dessa låga priser men kommunen har inte funnit bolagets förklaring godtagbar. Bolaget bestrider att de offererade priserna skulle förefalla vara onormalt låga. I vart fall har bolaget lämnat en tillfredsställande förklaring till prissättningen. Det är inte riktigt att bolaget skulle ha utgått från att angivna mängder i mängdförteckningen är fasta. Utifrån angivna mängder har bolaget bedömt sannolikheten för utfall på respektive konto och agerat därefter i anbudsarbetet. Bedömningen har då varit att à-priser balanserar sig och ger kostnadstäckning på samtliga konton samt lämnar marginal för skälig vinst. Till detta kommer att à-priserna är en mycket liten del av utvärderingssumman. À-priserna uppgår till cirka tre procent av utvärderingssumman. I det här fallet skiljer det sig endast 17 100 kr mellan de offererade à-priserna om man jämför bolagets anbud och vinnande anbudsgivarens anbud. Även

mycket låga priser innebär inte alltid att ett anbud är onormalt lågt (se HFD 2016 ref. 3 II).

Bolagets förklaring är vidare detaljerad och noggrant redovisad. Det saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna. Det har inte visats att bolagets förklaringar skulle sakna affärsmässighet. Kommunen har mot denna bakgrund inte haft fog för åtgärden att begära en förklaring och beslutet att förkasta bolagets anbud på nu angiven grund strider därför mot de grundläggande principerna. Bolaget hade lägst utvärderingssumma och hade tilldelats kontrakt om bolagets anbud hade kvalificerats. Bolaget har därmed lidit skada till följd av vart och ett av de åberopade felpåståendena.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Det är anbudslämnaren som ansvarar för att lämna erforderliga uppgifter i anbudet. Risken för att tillräckliga uppgifter inte lämnas och att kravuppfyllelse därmed inte kan bekräftas åvilar anbudslämnaren. Kommunen kan enbart bedöma och beakta de uppgifter som framkommer i anbudet.

Definitionen av termen ”anläggning” saknas i såväl PBL som i annan lagstiftning. Vid införandet av PBL gjordes regeringen tvärtom bedömningen att termen ”anläggning” inte behövde definieras. De av bolaget åberopade bestämmelserna i PBL ger därför ingen ledning i fråga om tolkning av vad som avses med ”anläggningsbyggnation” och inte heller avseende termen ”likvärdiga projekt”. Vad som avses med ”anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt” framgår inte heller omedelbart av de administrativa föreskrifterna eller av AB04. Det framgår däremot att referenserna ska vara relevanta för det upphandlade projektet. Innebörden av detta är således att referensprojekten och deras eventuella likvärdighet och relevans ska bedömas med utgångspunkt i projektet Rosenborgskajen såsom det är beskrivet i de administrativa föreskrifterna.

Bolaget har offererat samma person som både platschef och BAS-U. Till styrkande av denna persons erfarenhet och för angivande av referensprojekt har bolaget gett in CV och två separata referensförteckningar som avser åberopade uppdrag som platschef respektive andra uppdrag som BAS-U. I denna persons CV har bolaget angett tio uppdrag avseende platschef. Av uppställningen framgår benämning på projekt, entreprenadsumma och vad entreprenaden huvudsakligen omfattat liksom namn på och i vissa fall kontaktuppgifter till respektive kund. Fyra av dessa projekt anges också i den ingivna referensförteckningen avseende platschef och två av dem i referensförteckningen avseende BAS-U. De aktuella beskrivningarna av referensprojekten är i samtliga fall mycket ospecifika och knapphändiga och det är varken utifrån bifogat CV eller av referensförteckningarna möjligt att bedöma om de angivna projekten har avsett anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt eller inte samt om de är relevanta i förhållande till det nu aktuella upphandlade projektet. I den offererade personens CV anges totalt tio uppdrag från de senaste tio åren där denna person varit platschef. Avseende fem av dessa referensprojekt finns ingen beskrivning alls av vilken typ av arbeten som uppdragen omfattat. Detta kan således inte läggas till grund för en bedömning att kravet varit uppfyllt. Två referensuppdrag som beskrivits i såväl CV som i referensförteckning omfattat nybyggnation av lägenheter respektive om- och nybyggnation av gymnasieskola. Byggnationer som dessa utgör helt uppenbart inte anläggningsbyggnation eller likvärdiga objekt relevanta för den aktuella upphandlingen. Några uppgifter om att projekten skulle ha innehållit motsvarande arbetsmoment som vid anläggningsbyggnation finns inte i anbudshandlingarna. Inte heller av uppgifterna som lämnats avseende de tre återstående uppdragen framgår att dessa skulle utgöra sådana relevanta anläggningsbyggnationer eller likvärdiga projekt. Det enda som framgår av listan i CV-dokument är namnet på projektet i fråga. Enligt referensmallen krävs därutöver en kortfattat beskrivning av uppdraget som har utförts. Utan den aktuella beskrivningen kan den upphandlande myndigheten omöjligt bedöma vilken typ av arbete som har utförts och därmed inte

heller om referensen uppfyller ställda krav. Bolaget har därmed inte visat att kraven om angivande av minst tre goda referenser för platschef och en god referens för BAS-U är uppfyllda.

Vad gäller kravet avseende referens för arbetsledare ska anbudsgivaren ange minst en god relevant referens inom anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt de senaste tio åren. I den för denna befattning offererade personens CV har fem referensprojekt angetts. Inget av dessa projekt uppfyller kraven för en god relevant referens. Av förteckningen över dessa uppdrag framgår att den offererade personen vid det senaste projektet inte ens haft rollen som arbetsledare utan i stället projektingenjör och kalkylator. Av uppgifterna gällande det andra referensprojektet framgår att uppdraget haft en – i jämförelse med projektet Rosenborgskajen – mycket låg omsättning. Uppdraget utgör därmed inte heller ett likvärdigt och relevant projekt. Slutligen avser de tre övriga projekten underhåll av väg, vilket skiljer sig från anläggningsbyggnation på flera väsentliga punkter. Ett vägunderhållskontrakt avser reparationer, skötsel och upprustning av vissa vägsträckor och saknar helt relevans för det upphandlande projektet. Bolaget har därmed inte heller visat att kravet på en god relevant referens inom anläggningsbyggnation eller liknande inom de tio senaste åren är uppfyllt.

Bolaget har vid ingivandet av sitt anbud bifogat uppgifter om referensobjekt och CV:n för arbetschef och platschef. Kommunen har därför saknat anledning och skäl att begära in ytterligare uppgifter från bolaget avseende dessa. Det ska även noteras att bolaget lämnat referensuppgifterna på den avsedda blanketten hämtad från upphandlingsdokumenten. Eftersom bolaget redan i det inlämnade anbudet redogjort för åberopade referenser hade det inte varit förenligt med likabehandlingsprincipen för kommunen att begära in eller lämna bolaget möjlighet till komplettering. Kommunen har därför inte agerat på sådant sätt som är oförenligt med de upphandlingsrättsliga principerna.

Bolaget har även gjort gällande att kommunen inte har uppfyllt den kvalificering som kommunen angett i AFB.52. I AFB.52 anges att "Kommunen kan komma att kontakta angivna referenser för att verifiera lämnade uppgifter". Av kravets lydelse framgår därmed tydligt att det inte är ett obligatoriskt moment i kvalificeringen att ta kontakt med uppgivna referenser. Vidare framgår att det vid en sådan kontakt med de angivna referenserna skulle vara fråga om att verifiera de uppgifter som redan lämnats i anbudet. Eftersom tillräckliga uppgifter om uppdragen i anbudet inte lämnats har det också saknats anledning för kommunen att verifiera dessa uppgifter. Kommunen har därmed inte handlat i strid med den i AFB.52 uppgivna kvalificeringen.

Upphandlingen avser en utförandeentreprenad med ersättning i form av fastpris utan indexering med reglerbara mängder enligt mängdsförteckning. Regleringen därutöver sker mot fasta à-priser. Bolaget har i anbudet gett in en à-prislista med angivande av fasta priser. På ett flertal poster har bolaget angett en krona per enhet. Kommunen har inom sin förhållandevis stora frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2895-2896-17). Kommunen har gjort bedömningen att priserna är onormalt låga. Ett flertal av de angivna priserna avviker kraftigt från den gängse prissättningen för liknande arbeten i branschen och eftersom den offererade ersättningen för arbete enligt de aktuella posterna aldrig kan täcka kostnaderna för skäliga löner och sociala avgifter är priserna för dessa tillkommande arbeten enligt kommunens bedömning onormalt låga. Kommunen har därför begärt att bolaget förklarar de låga priserna. Bolaget har inkommit med en kortfattad förklaring där det huvudsakligen framgår att bolaget har sett priserna i à-prislistan som en helhet och att à-priserna med ett utfall enligt förfrågad mängd balanserar upp sig och ger kostnads-täckning på samtliga konton samt lämnar marginal för vinst. De i à-prislistan angivna mängderna avser emellertid inte någon efterfråga mängd utan

avser endast fiktiva mängder som angetts i syfte att utvärdera leverantörernas anbud. Mängderna kan därför inte ge ett tillfredsställande underlag för att göra en affärsmässig bedömning. Mot bakgrund av utformningen av bolagets prissättningsmodell för arbetena föreligger det en betydande risk att bolaget inte skulle komma att utföra tillkommande arbeten med de resurser som har låga priser och att upphandlingen därför inte skulle få avsett resultat innebärande att entreprenaden ska utföras till det lägsta priset. Kommunen har därför haft anledning att ifrågasätta anbudets affärsmässighet och bolaget har genom den lämnade förklaringen inte visat att bolagets anbud är seriöst menat. Bolaget har inte på ett tillfredsställande sätt förklarat de låga priserna.

Eftersom bolagets anbud inte uppfyllt de obligatoriska kraven och att bolaget inte kunnat lämna en tillfredsställande förklaring till de onormalt låga priserna har bolagets anbud rätteligen förkastats.

Bolaget genmäler därefter följande. Termen ”anläggning” anses täcka de flesta konstruktioner i samhället enligt förarbetsuttalanden och omfattar därmed de flesta konstruktionerna i samhället. Termen ”anläggning” har inte någon annan innebörd än termen entreprenad.

Det anges inte i upphandlingsdokumenten att anbudsgivare i samband med anbudet ska ge in CV:n som styrker platschef, arbetsledare och BAS-U uppfyller kraven i AFB.52. Kommunen kan inte i efterhand uppställa ett sådant krav (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål 2554-19). Under AFB.31 anges att ”anbudet ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter” och att det ska innehålla, i nu aktuellt avseende ”CV:n på platschef, arbetsledare och BAS-U”. Det är alltså ett obligatoriskt krav i upphandlingen att till anbudet bifoga CV:n på platschef, arbetsledare och BAS-U. I AFB.314 framgår emellertid att de referensobjekt och CV som nämns i

AFB.52 inte behöver bifogas till anbudet. Anbudsgivare ska dock vara beredda att lämna dessa uppgifter inom två dagar från kommunens begäran. Det är således inte ett obligatoriskt krav att till anbudet bilägga handlingar eller CV:n utvisande att kraven i AFB.52 uppfyllts. Det obligatoriska kravet är följaktligen att ge in CV:n utan några specifika krav, för platschef, arbetsledare och BAS-U. Att formulera kravet på detta sätt kan vara klokt av kommunen, eftersom anbudsgivarna då inte, i vart fall inte inledningsvis, behöver ägna tid åt att omarbete de offererade personernas CV:n för att visa att de uppfyller de specifika kraven som ställts i AFB.52. I stället räcker det med att anbudsgivarna förvissas sig om att personerna de facto uppfyller kraven.

Bolaget har ostridigt bifogat CV:n för de efterfrågade personerna. Oavsett om det av bifogade CV:n framgår att kraven i AFB.52 uppfylls så har bolaget mot bakgrund av hur kommunen formulerat förfrågningsunderlaget i den lydelse som gällde vid tidpunkten för anbudens ingivande uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Om kommunen var av uppfattningen att bolaget inte uppfyllde kraven i AFB.52 skulle kommunen rätteligen ha begärt in kompletteringar enligt AFB.314. Kommunen har inte haft rätt att förkasta bolagets anbud utan grund i upphandlingsdokumenten. Bolaget kan inte anses ha försuttit sin möjlighet att komplettera anbudet med uppgifter enligt AFB.52 genom att uppfylla det obligatoriska kravet att ge in CV:n för de aktuella personerna. Kommunens påstående att bolagets anbud inte är seriöst menat är synnerligen märkligt. Likaså är kommunens verklighetsfrånvända bedömning att det föreligger en betydande risk att bolaget inte skulle komma att utföra tillkommande arbeten med de resurser som har låga priser. Bolaget är ett stort och gammalt nordiskt byggföretag med mycket gott anseende och 10 000 anställda i 11 länder. Bolaget skulle förlora sitt goda anseende om bolaget inte utförde sina åtaganden.

Kommunen anför därefter bl.a. följande. Termen ”anläggningsbyggnation” kan inte likställas med ”entreprenad”. Det strider mot gängse språkbruk i byggbranschen. Begreppets innebörd ska tolkas mot bakgrund av upphandlingsdokumenten, beskrivningen av upphandlingsföremålet och den kunskap som en rimligt informerad anbudsgivare i branschen kan tänkas ha. Enligt inledande rubricering för det standardavtal som gäller för nu aktuell entreprenad gäller att det är ”Allmänna bestämmelser för entreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader”. Redan beskrivningen av standardavtalet indikerar således att anläggning är ett särskilt område. Den omständigheten att kommunen har preciserat vilken typ av referensobjekt som accepteras i upphandlingen, dvs. anläggningsbyggnation eller likvärdiga projekt visar tydligt att gängse branschpraxis avseende skillnad mellan anläggning och hus även ska gälla för referensobjekten i upphandlingen. Eftersom det ska vara byggnation kan inte drift- och skötseluppdrag godkännas.

Det är ett obligatoriskt krav att inge bevis om tidigare erfarenhet, dock har anbudsgivarna kunnat välja mellan att ge in referensförteckningen tillsammans med anbudet eller vid förfrågan. Det är dock inte möjligt att få en förhandsbedömning av den ifyllda referensbilagan och, om den bedöms otillräcklig, ändra uppgifterna och åberopa nya referenser. Om anbudsgivaren väljer att bilägga referensbilagan till anbudet ska naturligtvis den upphandlande myndigheten kunna utgå från att den är korrekt ifylld och innehåller de bevis för kravuppfyllelse som anbudsgivaren vill åberopa. Bolaget har lämnat in specifika uppgifter och inte generella sådana i syfte att ändra dessa i ett senare skede.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU får rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller

kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I 16 kap. 7 § LOU anges att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vid prövning enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Angivna obligatoriska krav i upphandling måste upprätthållas för att anbudsgivare ska kunna behandlas lika. Ett anbud som inte uppfyller sådana krav får därför inte antas utan att det strider mot likabehandlingsprincipen. En anbudsgivares anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav kan inte heller förkastas med hänvisning till bristande kravuppfyllnad utan att detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget har gjort gällande att kommunen brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom att förkasta bolagets anbud med hänvisning till att bolaget inte uppfyllt angivna krav i AFB.52.

I AFB.52 i upphandlingens administrativa föreskrifter anges bl.a. följande under punkt 1.3:

Anbudsgivare ska erbjuda platschef, arbetsledare och BAS-U med minst tre goda relevanta referenser inom anläggningsbyggnation eller likvärdiga objekt, de 10 senaste åren på platschef samt en god relevant referens inom de 10 senaste åren på arbetsledare och BAS-U.

Ovanstående styrks med relevant dokumentation, relevanta referenser samt CV:n för kraven ovan.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framkommit annat än att termerna ”anläggningsbyggnation” och ”likvärdiga objekt” inte är definierade i upphandlingsdokumenten. Bedömningen av vad som ska avses med begreppen måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till upphandlingsdokumenten (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juni 2017 i mål nr 3262-15). Som kommunen har anfört ska referenserna vara relevanta för det upphandlande projektet. Förvaltningsrätten instämmer därför i kommunens bedömning att referensprojekten och deras eventuella likvärdighet och relevans ska bedömas med utgångspunkt i nu upphandlat projekt såsom det är beskrivet i upphandlingsdokumenten.

Under avsnittet AFC.I i entreprenadföreskrifterna anges att entreprenaden omfattar schakt och borttransport av förorenade massor, rivning av befintlig kaj och delar av rustbädd, anläggande av ny spontkaj samt kajstråk innefattande naturstensbeläggningar, kantstöd, planteringar och utrustningar m.m. och ny belysning längs kajstråk.

Förvaltningsrätten konstaterar således att det kan utläsas att en stor del av uppdraget avser rivning av befintlig kaj och anläggande av ny spontkaj och kajstråk. Något om bygg- eller ombyggnation avseende byggnader anges inte i uppdragets beskrivning, i vart fall inte uttryckligen.

Kommunen har bedömt att bolaget inte uppfyllt de obligatoriska kraven som framgår av AFB.52 då offererad platschef saknar tre goda referenser. I denna del har kommunen anfört att referens nummer ett och nummer fyra avser nybyggnation av lägenheter respektive om- och nybyggnation av gymnasieskola, vilket inte motsvarar kravet på anläggningsarbeten. Som förvaltningsrätten konstaterat ovan avser nu aktuell entreprenad inte byggnader. Förvaltningsrätten konstaterar därutöver att dessa två nyssnämnda referensprojekt är mycket sparsamt beskrivna i ingivet CV avseende platschef och ingivna referensförteckningarna. I likhet med kommunen anser förvaltnings-

rätten att övriga referensprojekt med i förekommande fall angivande av kontaktuppgifter eller entreprenadsumma är mycket sparsamt beskrivna i både CV och referensförteckningar.

Vad gäller BAS-U konstaterar förvaltningsrätten att bolaget offererat samma person som för platschef och angett två referenser som också angivits som referenser avseende platschef. Förvaltningsrätten saknar därför i denna del anledning att göra en annan bedömning än den bedömning som förvaltningsrätten gjort ovan avseende platschef.

När det gäller det obligatoriska kravet avseende referenser för offererad arbetsledare framgår att bolaget gett in CV och en separat referensförteckning. Av förteckningen framgår att tre referensuppdrag angetts. Referensuppdraget nummer ett avser grundläggning och utförande av garagevåning, spont och stagborring. Av övriga åberopade handlingar (CV) framgår att den offererade personen var projektingenjör/kalkylator i det projektet. Förvaltningsrätten konstaterar att något obligatoriskt krav på att vara arbetsledare i åberopade referensuppdrag inte uttryckligen ställts av kommunen, men förvaltningsrätten anser att huruvida offererad person haft samma befattning i tidigare åberopade projekt kan beaktas inom ramen för om referensen är god och relevant. Vad gäller referensuppdrag nummer två i förteckningen anges en mycket kort beskrivning, nämligen ”spont mot järnväg”. I den offererades personens CV beskrivs lite mer vad arbetsuppgifterna som platschef inneburit, men någon närmare beskrivning av uppdraget framgår inte. Det uppgivna kontraktsvärdet är också väsentligt lägre i jämförelse med det nu upphandlade projektet, vilket också är en omständighet som får beaktas vid bedömningen. Övriga angivna projekt i förteckningen och i CV och som ligger inom tio årsgränsen avser underhåll av väg. I denna del instämmer förvaltningsrätten i kommunens uppfattning att dessa sistnämnda uppdrag skiljer sig markant från nu aktuellt upphandlat uppdrag. Något annat har enligt förvaltningsrättens mening inte visats.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM

Utifrån det underlag som bolaget gett in i samband med anbudsgivning finner förvaltningsrätten, mot ovan nämnda bakgrund och med beaktande av vad bolaget anfört, att aktuella obligatoriska krav i AFB.52 avseende både platschef, arbetsledare och BAS-U inte visats vara uppfyllda. Förvaltningsrätten instämmer således i kommunens bedömning att bolaget inte visat att krav på tre goda relevanta referenser och en god och relevant referens lämnats avseende platschef respektive arbetsledare och BAS-U. Det förhållandet att kommunen i sin motivering hänvisat till begreppet "anläggningsarbeten" i stället för "anläggningsbyggnation" och att kommunen inte ställt något krav på hur omfattande beskrivningen av referensuppdragen ska vara föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser att det stått fritt för anbudsgivare att med stöd av relevant dokumentation, relevanta referenser och CV styrka att kraven i nu aktuellt hänseende varit uppfyllda och att anbudsgivare på lika villkor haft möjlighet att fullgöra detta. I likhet med kommunen anser förvaltningsrätten inte att kommunen, genom att inte kontakta uppgivna referenser, skulle ha agerat i strid med upphandlingsdokumenten eller LOU i något hänseende. Något krav på att kommunen kommer att kontakta angivna referenser har, såvitt framgår av upphandlingsdokumenten, inte ställts. Det framgår dock att kommunen *kan komma* att kontakta angivna referenser för att *verifiera* lämnade uppgifter.

Bolaget har därutöver anfört att kommunen frångått anbudsgivarnas uttryckliga rätt till komplettering med CV och referensobjekt som anbudsgivarna har enligt AFB.314.

Av AFB.314 framgår följande.

Följande uppgifter som inte behöver fogas till anbudet kan komma att begäras in inför utvärdering av anbud.

- 1. Anbudsgivarens årsomsättning är minst 2 gånger större än lämnat anbud*

2. *Bevis om allrisk- och ansvarsförsäkring enl. AB 04 kap. 5 § 23.*
3. *Referensobjekt enligt AFB.52*
4. *CV på arbetschef, platschef enligt AFB.52*
5. *Uppgifter ska lämnas om miljö och kvalitetssystem. Enligt AFC.221 och*
6. *AFC.222.*
7. *Elinstallationsföretaget är registrerade och har egenkontrollprogram. Enligt*
8. *AFC.187*

Anbudsgivare ska vara beredd att lämna dessa uppgifter inom två dagar.

Förvaltningsrätten kan inte se att kommunen, utifrån hur upphandlingsdokumenten är utformade, skulle ha en skyldighet att begära in komplettering inför utvärdering. En sådan skyldighet följer inte heller av LOU (jfr 4 kap. 9 § LOU). Vad bolaget har anfört om att AFB.314 ger en uttrycklig rätt att komplettera anbudet för att uppfylla kraven i AFB.52 och att kravet på så sätt skiljer sig från det formella kravet enligt AFB.31 föranleder inte förvaltningsrätten, med beaktande av vad kommunen anfört i denna del, till annan bedömning än ovanstående bedömningar.

Förvaltningsrätten har även att pröva om kommunen haft rätt att förkasta bolagets anbud p.g.a. att det varit onormalt lågt. Det är den upphandlande myndighetens uppgift att bedöma om ett anbud förefaller vara onormalt lågt och, om så är fallet, tillämpa förfarandet i 16 kap. 7 § LOU. Detta bör enligt förvaltningsrättens mening innebära att den upphandlande myndigheten ges ett relativt stort utrymme att göra bedömningen av om ett anbud förefaller onormalt lågt och om en ingiven förklaring till ett visst pris är tillfredsställande (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895-2896-17).

Möjligheten för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud med ett pris som är onormalt lågt syftar till att förebygga att myndigheten ingår avtal när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra leveransen - *eller delar av den* - i enlighet med avtalet. Avsikten med det kontradiktoriska förfarandet är att skydda en anbudsgivare från den upphandlande myndighetens godtycke och att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer när en myndighet överväger att förkasta ett anbud på grund av att priset anses vara onormalt lågt. Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (jfr HFD 2016 ref. 3 och Högsta förvaltningsdomstolens dom den 19 september 2019 i mål nr 5355-18).

Av utredningen i målet framgår att bolaget avseende ett flertal poster angett à-priser om en krona per enhet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att kommunen haft fog för att anse att bolagets anbud *föreföll* vara onormalt lågt i nu aktuella delar och därmed begära en förklaring till de låga priserna. Att bolaget anfört att det endast skiljer 17 100 kr mellan de av bolaget offererade à-priserna och vinnande leverantörens anbud föranleder inte någon annan bedömning.

Bolaget har i svar på kommunens begäran om förklaring uppgett att priserna i à-prislistan inte är att betrakta som kostnadskalkyl av enskilda konton utan som en prissättning av en helhetsbild samt att kommunen gjort sin bedömning av angivna mängder i förteckningen och bolaget har bedömt sannolikheten för utfall på respektive konto och agerat därefter. Bolaget har också anfört att prislistan har en blandning av höga och låga priser, vilket ger ett neutralt medeltal och sett som helhet och med utfall enligt förfrågad mängd balanserar à-priserna upp sig och ger kostnadstäckning på samtliga konton samt lämnar en marginal för en skälig vinst.

Av förarbetena framgår att upphandlande myndigheter har en skyldighet att säkerställa att upphandlingen är effektiv bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med avtalet (se prop. 2015/16:195 s. 794 f.) och att upphandlingen därmed får avsett resultat, som i detta är att entreprenaden ska utföras utifrån det anbud som är mest ekonomiskt med hänsyn till pris. Om ett onormalt lågt anbud visserligen kan förklaras, men trots det inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en upphandlande myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling leder till att det i den faktiska tillämpningen inte existerar något utrymme för myndigheten att anta ett anbud av sådant slag (SOU 2014:51 s. 303).

Förvaltningsrätten konstaterar att de uppgivna mängderna i à-prislistan endast är fiktiva, vilket framgår av AFB.53. Det kan därför inte hållas för visst att bolaget kommer att erhålla kostnadstäckning på samtliga konton. Detta är i vart fall inte visat. Förvaltningsrätten delar således kommunens bedömning att uppgivna mängder inte ger ett tillfredställande underlag för att göra en affärsmässig bedömning av priserna. Förvaltningsrätten anser därför inte att bolaget gett en tillräckligt tillfredsställande förklaring till de låga priserna. Under dessa förhållanden kan det anses finnas en risk att entreprenaden inte får avsett resultat, dvs. att den inte utförs till det lägsta priset. I denna del konstaterar förvaltningsrätten att vinnande anbudsgivarens totala utvärderingssumma inte skiljer sig nämnvärt mycket från bolagets utvärderingssumma. Vad bolaget har anfört om att bolaget är ett stort bolag med mycket gott anseende föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser således att kommunen även haft fog för att på nu angiven grund förkasta bolagets anbud.

Mot ovan nämnda bakgrund och då bolaget enligt förvaltningsrättens mening inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen ska ansökan om överprövning avslås.

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

Yohann Gilbert
rådman



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 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.