



SÖKANDE

Arcona Aktiebolag, 556066-3196

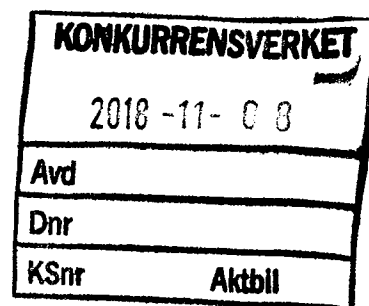
Ombud: Advokat Mikael Engström och biträdande jurist Peter Riiga
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Upplands Bro kommun, 212000-0100
196 81 Kungsängen

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Upplands Bro kommun (kommunen) genomförde en upphandling av en Sporthall anpassad för bordtennis, dnr UH-18-95 (upphandlingen), genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. De fem bolagen Bauest AB (Bauest), Swencn AB (Swencn), Arcona Aktiebolag (Arcona), Winge Byggnadsaktiebolag (Winge) och Esterand AB (Esterand) inkom med anbud innan sista anbudsdagen. Genom tilldelningsbeslut den 24 augusti 2018 beslutade kommunen att ingå avtal med Winge. Av tilldelningsbeslutet framgår att anbudet från Bauest förkastats i kvalificeringsfasen då bolaget inte ansetts uppfylla samtliga obligatoriska krav.

Efter att tilldelningsbeslutet överklagats av Arcona drog kommunen tillbaka detta och genomförde nya anbudsutvärderingar. Den 25 september 2018 fattade kommunen ett nytt tilldelningsbeslut där kommunen återigen beslutade att ingå avtal med Winge. Av det nya tilldelningsbeslutet framgår att anbuden från både Bauest och Swencn förkastats då anbuden inte ansetts uppfylla samtliga obligatoriska krav.

Arcona ansöker om överprövning av tilldelningsbesluten och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning ska genomföras varvid anbuden från Winge, Bauest, Swencn samt Esterand inte ska anses uppfylla samtliga obligatoriska krav och därmed förkastas. Till stöd för sin talan anför Arcona bl.a. följande. Kommunen har överträtt likabehandlingsprincipen genom att anta Winges anbud trots att detta inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Varken Winge, Bauest eller Swencn uppfyller kravet på referensuppdrag. Esterand uppfyller inte kravet på att bifoga CV för angivna nyckelpersoner och redovisning av eventuella underentreprenörer. Hade anbuden från dessa bolag rätteligen förkastats

hade Arcona tilldelats kontraktet. På grund av detta har Arcona lidit eller i vart fall riskerat lida skada.

Winge uppfyller inte de obligatoriska kraven på så sätt att bolaget inte redovisat två referensuppdrag avseende liknande uppdrag/arbeten. De två referensuppdragen som ska bifogas till anbudet ska avse nybyggnation av sporthall eller liknande anläggningar. Winge har till sitt anbud endast bifogat ett referensuppdrag som är relevant i förhållande till upphandlingen, en nybyggnation av en sporthall för racketsport. Det andra referensuppdraget avser renovering av en skola och uppfyller därför inte de obligatoriska kraven. Av detta följer att Winge endast redovisat ett referensuppdrag avseende liknande uppdrag/arbeten och inte två som krävs för att kvalificeras i upphandlingen. Swencn har bifogat två referensuppdrag avseende bostäder och har därmed inte heller uppfyllt de obligatoriska kraven gällande referensuppdrag. Bauests anbud förkastades rätteligen. Arcona anför i samband med det nya tilldelningsbeslutet från den 25 september 2018 att de visserligen inte invänder mot att även anbudet från Swencn förkastats men att det borde förkastats på grund av att bolaget inte uppfyllt de obligatoriska kraven avseende referensuppdrag. Genom att utvärdera anbud som rätteligen skulle förkastats så har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen.

Det är uppenbart att de materiella kraven på referensuppdrag består av såväl första som andra stycket i förfrågningsunderlagets punkt 2.4 och att dessa krav ska uppfyllas av vart och ett av de referensuppdrag som bifogas. Detta innebär att vart och ett av de två referensuppdragen ska visa på fackkunskap för typen av nybyggnation samt för objektet idrottshall. Den tolkning som kommunen gör gällande strider mot kravets ordalydelse som innebär att inte mindre än två liknande referensuppdrag måste bifogas. Av Wings referensbeskrivning framgår att uppdraget avser renovering och inte en nybyggnation. Länkbyggnadens storlek i kvadratmeter är inte i närheten av

upphandlingsobjektets och är därför inte ett liknande eller jämförbart objekt. Vidare utgör länkbyggnaden en avsevärt annan och enklare konstruktion än sporthallen för vilken det krävs en helt annan specifik fackkunskap och erfarenhet. Wings referensuppdrag avseende renoveringen av Haganässkolan utgör således inte ett liknande uppdrag/arbete i den mening som följer av förfrågningsunderlaget i upphandlingen.

Det slag av byggnation som avses är en sporthall och inget annat. Definitionen av ”efterfrågad fackkunskap”, och därmed även av ”liknande uppdrag”, hänvisar uttryckligen till inget mindre än kunskaper vad det gäller idrottshall. Det går inte att förstå hur kommunen menar att Wings referensuppdrag utgör ett ”liknande uppdrag”.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Antaget anbud uppfyller kvalificeringskraven och kommunen har inte överträtt likabehandlingsprincipen på det sätt den kommer till uttryck i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Att referensuppdragen ska avse nybyggnation av sporthall är oriktigt. Liknande uppdrag definieras som att de två uppdragen ska avse efterfrågad fackkunskap. Ingenstans i förfrågningsunderlaget finns krav på att båda referensuppdragen ska avse sport- eller idrottshallar. Det har varit tillräckligt att ett av referensprojekten avsett en idrottshall och det andra avsett ”efterfrågad fackkunskap”. Kommunen har medvetet i anbudsformuläret angett att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag och alltså inte som obligatoriskt krav angett att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av nybyggnation av sporthall för att på så sätt möjliggöra en större krets anbudssökande och därmed undgå att bryta mot grundprinciperna i LOU. Om kommunen hade angett att båda referensuppdragen måste avse nybyggnation av sporthall, skulle detta till en början uttryckligen ha angivits.

Winge har lämnat in två referensobjekt, varav det ena objektet avser nybyggnation av idrottshall. Det objekt Arcona har invändningar mot är en renovering av Hagnässkolan i Kungsängen. Som framgår av projektbeskrivningen utfördes den som totalentreprenad med omfattning i prisnivå med nu aktuell sporthall. Projektet innebar att en befintlig länkbyggnad om 800 m² revs och att en ny länkbyggnad på ca 1000 m² uppfördes. Således avser referensobjektet nybyggnation. Kommunen anser att uppförande av den nya länkbyggnaden sammantaget med övriga i entreprenaden ingående delar gällande bl.a. samordning och projektstyrning kräver sådan fackkunskap och erfarenhet som krävs för nybyggnation av en sporthall och som därför angetts som obligatoriskt krav i anbudsformuläret. De referensuppdrag som Winge bifogat visar att bolaget har gott bransch-kunnande vad gäller idrottshall och övrig samordning vilket är vad som krävs enligt anbudsformuläret. Wingses anbud med återopade referenser möter kraven såsom de uppställts i förfrågningsunderlaget. Eftersom Kommunen antagit ett anbud som uppfyller samtliga krav har inte Arcona varit aktuell för kontraktstilldelning och har därmed inte lidit skada.

Enligt kommunens mening har inte Arcona refererat till förfrågningsunderlaget på ett korrekt sätt. Det finns i förfrågningsunderlaget inte någonstans krav på att båda referensuppdragen ska ha avsett sport- eller idrottshallar. "Liknande arbeten" omfattas inte av definitionen av "liknande uppdrag". Vid tillämpningen av LOU kan en upphandlande myndighet inte tolka in och gå utöver vad som uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget. När det i förfrågningsunderlaget finns en uttrycklig definition av ett begrepp kan den upphandlande myndigheten inte inskräpa denna utöver dess ordalydelse. En sådan inskräpning till något annat än vad som uttryckligen angivits, till något annat eller mer specifikt, skulle utan tvekan stå i strid med den unionsrättsliga grundläggande principen om öppenhet och förutsebarhet den s.k. transparensprincipen såsom denna kommer till uttryck i 4 kap 1 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

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

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som Arcona har anfört.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkten 1 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ”Sporthall anpassad för bordtennis”.

I punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

2.4 Företagets erfarenhet av liknande uppdrag

Anbudsgivaren (företaget) ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses efterfrågad fackkunskap.

Anbudsgivaren ska kunna visa att denne utfört liknande arbeten på ett tillfredställande sätt med gott branschkunskande samt med goda kunskaper vad det gäller idrottshall och övrig samordning.

Som bevis för uppfyllande av ovanstående krav ska referensuppdrag bifogas:

- *Två (2) liknande uppdrag som anbudsgivaren genomfört under de fem (5) senaste åren.*
- *Om anbudsgivaren har utfört liknande arbeten åt B, ska B:s uppdrag anges som en av referensuppdragen.*
- *Uppdragen ska vara avslutade (slutbesiktigade).*
- *Uppdragen ska innehålla uppgift om uppdragsgivare, referensperson hos uppdragsgivaren med telefon och epost.*
- *Uppdragsgivare får inte tillhöra samma företagskoncern som anbudsgivaren.*

Den första frågan som förvaltningsrätten har att pröva är om Winge och Swencn uppfyller det i förfrågningsunderlaget obligatoriska kravet på att bifoga två referensuppdrag. Förvaltningsrätten noterar att det i målet är ostridigt att ett av Wings referensuppdrag angående nybyggnationen av sporthall för racketsport uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Frågan är om Wings andra bifogade referensuppdrag, d.v.s. renoveringen av Höganässkolan, uppfyller det ovan nämnda kravet. Motsvarande fråga gäller även de referensuppdrag som Swencn bifogat till sitt anbud.

Arcona har anfört att begreppet referensuppdrag utgör ett kvalificeringskrav och får antas syfta till att säkerställa att anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för den typ av upphandling som upphandlingen avser, dvs. fackkunskapen nybyggnation av objektet sporthall.

Kommunen bestrider detta och har anfört att det i förfrågningsunderlaget inte finns något krav på att båda referensuppdragen ska ha avsett sport- eller idrottshallar.

Av punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska bifoga referensuppdrag. För att uppfylla detta ska anbudsgivaren skicka in två liknande uppdrag som anbudsgivaren genomfört under de fem senaste åren. Vidare framgår att begreppet liknande uppdrag definieras som efterfrågad fackkunskap. Eftersom begreppet finns definierat anser förvaltningsrätten att någon tolkning utifrån hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget inte ska göras (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juli 2016 i mål nummer 3559-3561-15). Vad som avses med begreppet fackkunskap är däremot inte definierat. Enligt förvaltningsrättens mening ska detta, utifrån förfrågningsunderlaget, förstås som nybyggnation. Av detta följer att stöd saknas för att referensuppdragen ska omfatta specifikt sport- eller idrottshallar. Däremot ska referensuppdragen omfatta nybyggnationer.

Ett av de referensuppdrag som Winge bifogat till sitt anbud avser renovering av Hagnässkolan i Kungsängen. Av handlingarna i målet framgår att Winge under detta uppdrag rivit en länkbyggnad för att sedan uppföra en ny sådan. Enligt förvaltningsrättens mening har Winge under detta uppdrag utfört en nybyggnation. Genom att skicka in två liknande uppdrag som utförts de senaste fem åren har Winge således uppfyllt förfrågningsunderlagets obligatoriska krav i denna del. Det var därmed rätt av kommunen att inte förkasta Winges anbud och det saknas således skäl för ingripande med stöd av LOU mot bakgrund av vad Arcona har anfört i denna del.

Eftersom denna bedömning innebär att kommunen inte har gjort fel, såvitt avser de av Arcona åberopade grunderna, när Winge tilldelats kontraktet kan Arcona inte ha lidit eller riskerat att lida skada av om någon annan

leverantör än Winge borde ha uteslutits på övriga av Arcona åberopade grunder. Förvaltningsrätten finner ändå skäl att pröva även dessa grunder.

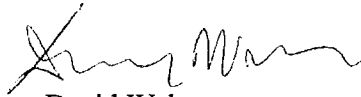
Swencn har bifogat två referensuppdrag avseende dels totalentreprenad av 49 st bostadsrätter dels totalentreprenad av 59 st bostadsrätter. Genom att skicka in två liknande uppdrag som utförts de senaste fem åren har således Swencn uppfyllt förfrågningsunderlagets obligatoriska krav i denna del. Förvaltningsrätten konstaterar dock att Swencn bifogat CV på engelska vilket innebär att bolagets anbud rätteligen borde ha förkastats på denna grund istället. Det saknas således skäl för ingripande med stöd av LOU mot bakgrund av vad bolaget har anfört även i denna del.

Arcona har vidare anfört att Esterand inte har bifogat CV för nyckelpersoner och inte heller redovisat underentreprenörer. Av punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska bifoga en beskrivning av företagets organisatoriska upplägg för detta uppdrag. Vidare framgår att beskrivningen minst ska omfatta eventuella underleverantörer. Av punkterna 2.3.2 samt 2.3.3 framgår att CV ska bifogas för entreprenörens projekteringsledare samt arbetschef och platschef m.fl. Förvaltningsrätten konstaterar att det av handlingarna i målet inte framgår att Esterand har bifogat CV tillhörande de personer som i organisationsplanen uppges vara bolagets projekteringsledare, arbetschef eller platschef. Därtill noterar förvaltningsrätten att det CV som skickat in avser underentreprenörer som inte uppgivits i organisationsplanen. Av detta följer att anbudet från Esterand rätteligen borde ha förkastats.

Som ovan konstaterats innebär dock det förhållandet att kommunen inte förkastat anbudet från Esterand inte att Arcona lidit eller riskerat att lida någon skada. Skäl till ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).



David Wahren

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Karl Billstam har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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.