

**SÖKANDE**

Anders Rudolfsson Entreprenad Byggprojekt AB, 556889-1153

MOTPART

Olofströms kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Olofströms kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd ”Takomläggning Vilboksskolan, Kyrkhults gymnastiksal samt Olofströms sim- och idrottshall”. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för upphandlingar under tröskelvärdet. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit, däribland från Anders Rudolfsson Entreprenad Byggprojekt AB (Area Byggprojekt AB, hädanefter benämnt ”bolaget”) och CR Ottossons Bygg AB. Bolagets anbud förkastades med i huvudsak följande motivering.

Referensprojekt 1, Vittskövle skola takreivering har omfattat omläggning av tak bestående av takpannor.

Kravet för referensprojekt var att de skulle ha omfattat reivering och/eller omläggning av papptak på större offentlig byggnad som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad.

För Ombud samt Arbetsledare gällde krav om 5 års arbetslivserfarenhet inom takläggning som omfattats av t.ex. omläggning av papptak, reivering av befintliga

papptak eller likvärdigt på större offentliga byggnader som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad räknat från 2019-01-01.

Detta skulle styrkas genom bifogande av CV eller likande där kraven tydligt framgick.

Bifogat CV för Ombud samt Arbetsledare anger varken referensprojekt eller år när eventuella projekt skulle ha utförts. Angivet krav gällande 5 års arbetslivserfarenhet inom papptak, renovering av befintliga papptak eller likvärdigt på större offentliga byggnader som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad räknat från 2019-01-01 kan således ej styrkas.

Av tilldelningsbeslutet, daterat den 11 juni 2024, framgår att kommunen har för avsikt att ingå avtal med CR Ottossons Bygg AB.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen rättas så att bolaget tilldelas kontrakt i upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK ANFÖR

Bolaget

Referensprojekt

Bolaget har angett två likvärdiga referensuppdrag som omfattar takarbete, med rätt kontraktssumma och rätt datum. Att taket på Vittskövle skola har takpannor är korrekt men det är likväl ett takarbete som är likvärdigt med det arbete som upphandlas. I upphandlingsdokumenten anges ”som motsvarande...”, vilket ska förstås som att det obligatoriska kravet handlar om likvärdigt takarbete (dock inte just med papp) och utgör en ej uttömmande exemplifiering av vad som kan anses vara ett likvärdigt uppdrag.

Hade inte skrivningarna varit så vaga och otydliga kunde bolaget ha lämnat in ett annat referensuppdrag på just ett papptak, men deras tolkning (som också är en rimlig tolkning) var att takarbete på offentlig byggnad skulle vara tillräckligt. Antingen accepterar en upphandlande myndighet likvärdiga uppdrag och exemplifierar vad som kan avses med det (som gjorts i detta fall) eller också anger man specifikt vilka uppdrag som kvalificerar som referensuppdrag redan i det obligatoriska kravet.

Om den upphandlande myndigheten vill ha speciella krav på referensuppdrag behöver det framgå tydligt, gärna i en mall eller blankett som går att fylla i.

Av upphandlingsdokumenten framgår därtill följande.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren skall ha tillräcklig teknisk kapacitet, erfarenhet och resurser för att kunna genomföra det uppdrag som upphandlingen avser. Anbudsgivare intygar genom undertecknande av handling 07.1, Anbudsformulär att kravet är uppfyllt.

Personal

Anbudsgivaren intygar genom undertecknande av handling 07.1 Anbudsformulär att vid avtalsstart kommer personal ha all erforderlig kompetens, utbildning och behörighet som krävs för uppdragets utförande.

Ovan har intygats av bolaget och de obligatoriska kraven är därmed uppfyllda. Att därutöver ställa specifika krav på att referensprojekt måste finnas på arbeten med papptak på just offentlig byggnad inom viss tid och med vissa belopp är oproportionerligt och utesluter många anbudsgivare. Att lägga ett papptak fungerar tekniskt precis likadant på en offentlig som en privat byggnad. Det finns därför inget motiv att uppställa detta krav.

Kommunen anför nu, som bolaget förstår det, att det aldrig var ett obligatoriskt krav att referensuppdrag skulle ha utförts på offentlig byggnad. Däremot var det ett obligatoriskt krav att det skulle vara arbete med papptak. Bolaget ifrågasätter hur en anbudsgivare ska kunna förstå att det ena gäller men inte det andra.

Den enda rimliga tolkningen av upphandlingsdokumenten är därför att två likvärdiga takarbeten med ett värde om minst 1 000 000 kr, d.v.s. två motsvarande entreprenader, är det enda obligatoriska kravet. De två andra kriterierna, "papptak" och "offentlig byggnad", är en exemplifiering av (d.v.s. en motsvarighet till/"som motsvarande avses...") vad som kan vara likvärdiga entreprenader. I sådant fall torde en takomläggning på en offentlig byggnad värderas lika högt som en papptakomläggning på en icke-offentlig byggnad.

Arbetsledare

Bolaget har angett en arbetsledare som har arbetat hela sitt liv inom byggsektorn och lagt flera papptak, vilket också rimligen kan utläsas av CV:t. Självklart är också att den kompetens som behövs finns tillgänglig inom företaget och med företagens underentreprenörer.

Om den upphandlande myndigheten har särskilda krav på hur CV:t ska vara utformat måste det tydligt framgå av upphandlingsdokumenten, gärna via en mall eller formulär som kan fyllas i.

Det obligatoriska kravet gällande CV som utvisar rätt erfarenhet har uppfyllts av bolaget. Att i upphandlingsdokumenten skriva att något "tydligt ska påvisas" men inte ange exakt hur, blir en mycket subjektiv bedömning som är omöjlig för entreprenören att förhålla sig till. Referensuppdragen för arbetsledaren i fråga är ju också angivna i upphandlingen.

Vinnande anbudsgivare uppfyller inte de obligatoriska kraven

CR Ottossons Bygg AB:s referensprojekt är, såvitt bolaget kan bedöma, inte arbeten på en offentlig byggnad. Ett virkesskjul kan knappast anses vara likvärdigt med skolor eller badhus. Om bolaget hade vetat att dessa typer av byggnader hade räknats som likvärdiga byggnader, hade det kunnat lämna flera referensprojekt på denna typ av papptakläggning. Kraven i upphandlingsdokumenten har därmed varit allt för otydligt uppställda och/eller har varit otillåtna att ställa med hänvisning till proportionalitetsprincipen.

Kommunen

Anbudsgivares erfarenhet/Referensprojekt

Följande krav uppställdes gällande de två referensprojekten.

Anbudsgivare skall:

- de senaste fem (5) åren ha erfarenhet av att som totalentreprenör ha genomfört två (2) motsvarande entreprenader. Som motsvarande entreprenader avses renovering och- eller omläggning av papptak på större offentlig byggnad som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad.
- Entreprenadernas startdatum får ej vara tidigare än 2019-01-01.
- Entreprenaderna skall ha en kontraktssumma på minst 1 miljon SEK exklusive mervärdesskatt vardera.

Av förklaringen till vad kommunen bedömer som motsvarande entreprenader ovan framgår tydligt att det är renovering och/eller omläggning av papptak som efterfrågas. Det finns inget utrymme för anbudsgivare att åberopa likvärdigt, motsvarande eller annat än just papptak. Det framgår även av handlingen "Rambeskrivning Bygg" att det är papptak som entreprenaden avser.

Med anledning av ovanstående saknar kommunen möjlighet att godta annat än referensprojekt omfattande papptak. Laggning av papptak kräver en helt egen teknik, utbildning och kunskap än vad som krävs för t.ex. laggning av tak med takpannor.

Det som vidare beskrivs gällande motsvarigheten är "...på större offentlig byggnad som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad". Med denna beskrivning avses att förklara för anbudsgivare vilken storlek på tak som kommunen anser vara motsvarande. Uppräkningen av de olika byggnaderna är endast en exemplifiering av byggnader som kan anses motsvarande gällande takens storlek, yta och omfattning, vilket även förtydligas av att det i meningen anges "t.ex." och "annan likvärdig byggnad".

Det är uppenbart att det obligatoriska kravet, motsvarigheten, inte är kopplad till just offentlig byggnad. Kommunen har inte ställt krav gällande offentlig byggnad. Laggning av papptak sker på samma sätt oavsett om byggnaden är offentlig eller inte.

Kommunen vill med denna skrivning försäkra sig om att anbudsgivare har tillräcklig kapacitet och erfarenhet av att utföra det uppdrag som upphandlingen avser. Referensprojekten ska påvisa att anbudsgivare har utfört laggning av papptak på större byggnader med stora takytor då det krävs mer kapacitet av en anbudsgivare att utföra denna typ av projekt än att lägga papptak på en villa.

Bolaget lämnade två referensprojekt, bl.a. "Vittskövle skola takrenovering". Detta referensprojekt avser inte laggning av papptak utan laggning av tak med takpannor vilket bolaget också bekräftar i sin ansökan om överprövning. Anbudet uppfyller inte samtliga obligatoriska krav på motsvarande projekt. Det är således inte på grunden "offentlig byggnad" som bolagets anbud förkastas utan på grunden att det angivna referensprojektet inte avsåg laggning av papptak.

Kravet gällande anbudsgivares erfarenhet är inte oproportionerligt.

Vinnande anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven

Precis som bolaget anför har vinnande anbud angivit "Pappläggning virkesskjul" och med detta uppfyllt kvalificeringskraven för referensprojekt. Kommunen har bedömt att motsvarigheten är uppfylld då referensprojektet omfattar pappläggning på tre stora virkesskjul med ett värde av 1 000 000 SEK exklusive moms under de senaste fem åren. Vilket ytterligare styrker vad som sagts ovan gällande motsvarighet.

Ombud och arbetsledare

Kraven avseende ombud och arbetsledare var att anbudsgivaren skulle offerera ett ombud och en arbetsledare som hade minst fem års arbetslivserfarenhet räknat från den 1 januari 2019. Detta skulle framgå av CV eller liknande som bifogades anbudet. Erfarenheten skulle ha omfattat t.ex. omläggning av papp-tak eller likvärdigt på större offentliga byggnader som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad. Det innebär att i intyg som bifogas anbudet ska det klart och tydligt gå att utläsa ovan gällande vilka arbetsuppgifter man haft, typ av projekt samt tidsperiod.

Bolaget har bifogat ett CV där det framgår att personen haft anställningar från 1990 och fram till 2012. Det framgår också utbildningar. Från 2012 anger man att personen varit VD och ägare för bolaget. Detta påvisar inte den arbetslivserfarenhet som efterfrågas för ombud inom omläggning av papp-tak eller likvärdigt på större offentliga byggnader, t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad.

Det kan inte anses styrkt att personen har arbetslivserfarenhet inom omläggning av papptak eller likvärdigt med hänvisning till att han är VD för ett byggföretag. Det finns inte heller några år eller datum angivna efter 2012 vilket gör att kravet gällande fem års arbetslivserfarenhet från den 1 januari 2019 inte kan styrkas. Det återfinns heller inte några exempel på vilka projekt som arbetslivserfarenheten skulle ha omfattat. De obligatoriska kraven avseende ombud och arbetsledare är inte uppfyllda.

Kommunen anser att kraven är väldigt tydligt utformade med angivande av antal år samt datum från när dessa år ska börja räknas. Det exemplifieras också klart och tydligt vad arbetslivserfarenheten skulle ha omfattat. Att lämna CV eller likvärdigt där arbetslivserfarenhet framgår är inget specifikt för denna upphandling, utan det är ett gängse förfarande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänna utgångspunkter

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Förvaltningsrättens bedömning

Öppenhet, proportionalitet och förkastande av bolagets anbud

Av upphandlingsdokumenten (AFB.623) framgår att anbudsgivaren de senaste fem åren ska ha erfarenhet av att som totalentreprenör ha genomfört två motsvarande entreprenader. Som motsvarande entreprenader avses renovering och/eller omläggning av papptak på större offentlig byggnad som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad. Entreprenadernas startdatum får inte vara tidigare än den 1 januari 2019 och ska ha en kontraktssumma på minst 1 000 000 kr exklusive mervärdesskatt vardera.

Enligt förvaltningsrättens mening ska upphandlingsdokumenten förstås som att det motsvarande uppdraget ska avse arbete med papptak. Formuleringen ”annan likvärdig byggnad” tar närmast sikte på en byggnad som är likvärdig med en skola eller ett äldreboende och inte en byggnad som är likvärdig med en byggnad med papptak. Att kravet ska förstås på det här sättet kan inte anses vara otydligt för en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-27/15 [Pippo Pizzo], p. 36). Vad gäller frågan om kravets proportionalitet har kommunen uppgett att läggning av papptak kräver en annan teknik, utbildning och kunskap än vad som krävs för exempelvis läggning av tak med takpannor. Förvaltningsrätten anser inte att det är visat att kravet på att entreprenaderna ska ha avsett arbete på papptak är oproportionerligt.

I målet är ostridigt att en av de entreprenader som bolaget har angett till styrkande av ovanstående krav inte avser renovering eller omläggning av papptak. Eftersom kravet därmed inte är uppfyllt har kommunen redan av detta skäl haft fog för att förkasta bolagets anbud (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

I upphandlingsdokumenten (AFB.623) anges vidare att anbudsgivaren ska offerera dels ett namngivet ombud, dels en namngiven arbetsledare. Dessa

personer ska ha minst fem års arbetslivserfarenhet inom takläggning som omfattats av t.ex. omläggning av papptak, renovering av befintliga papptak eller likvärdigt på större offentliga byggnader som t.ex. skola, äldreboende eller annan likvärdig byggnad räknat från den 1 januari 2019. Dessa uppgifter ska styrkas genom att CV eller liknande bifogas anbudet där kraven tydligt framgår.

Bolaget har lämnat in ett CV för en person som såvitt framkommit avser både ombud och arbetsledare. Av detta framgår personens utbildningar, att denne haft olika anställningar sedan 1990 och att personen sedan 2012 är VD och ägare för bolaget. I likhet med kommunen anser förvaltningsrätten inte att det tydligt framgår att personen i fråga har den arbetslivserfarenhet inom angiven tidsperiod som framgår av kravet. Bolagets påståenden att behövlig kompetens finns inom bolaget och dess underentreprenörer och att arbetsledarens/ombudets referensuppdrag har angetts, saknar avgörande betydelse i detta hänseende.

Eftersom kraven på ombud och arbetsledare därmed inte är uppfyllda har kommunen även på dessa grunder haft fog för att förkasta bolagets anbud.

Skada

Bolaget har också gjort gällande att inte heller vinnande anbudsgivare, CR Ottossons Bygg AB, uppfyller det krav som bolaget förkastats med anledning av.

En anbudsgivare vars anbud rätteligen ska förkastas kan normalt sett inte anses lida skada till följd av felaktigheter i upphandlingen. Det kan emellertid finnas skäl att pröva en invändning mot den vinnande anbudsgivarens anbud, om invändningen direkt eller indirekt skulle medföra att det inte finns något annat anbud att anta och upphandlingen därför måste göras om (jfr EU-domstolens

avgöranden den 4 juli 2013 i mål C-100/12 [Fastweb], och den 5 april 2016 i mål C-689/13 [PFE]).

Av handlingarna framgår att det, utöver CR Ottossons Bygg AB, fanns en annan anbudsgivare som bedömdes uppfylla kvalificeringskraven och som utvärderades. Bolaget har inte anfört några brister i förhållande till denna anbudsgivare eller dess anbud. Eftersom ett förkastande av CR Ottosson Bygg AB:s anbud därmed inte skulle medföra att det inte finns några andra giltiga anbud, kan bolaget inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av eventuella brister i CR Ottosson Bygg AB:s kravuppfyllelse.

Slutsatser

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det saknas anledning att ingripa i upphandlingen på grund av vad bolaget har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Noah Tunbjer

Rådman

Föredragande: David Hedendahl



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 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.