



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-07-07
Meddelad i Växjö

Mål nr
593-17

SÖKANDE

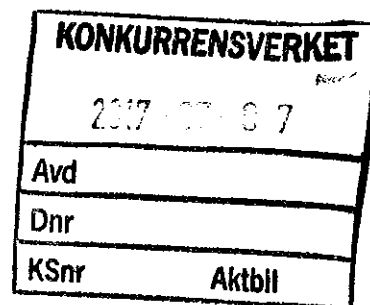
Blekinge Rot AB
Västervägen 5
372 52 Kallinge

MOTPART

Sölvesborgs kommun
294 80 Sölvesborg

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Blekinge Rot:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 152798

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

Telefax
0470-255 02

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M

Sölvesborgs kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av totalentreprenad med partneringupphandling kallad om och tillbyggnad av Nya Falviksgårdens skola. Upphandlingsformen var öppet förfarande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbesked den 14 februari 2017 utsågs John Svensson Bygg AB (JSB AB) som leverantör. Fem anbud inkom varav ett diskvalificerades.

Blekinge Rot AB (Blekinge Rot) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen ska rättas och att Blekinge Rot tilldelas kontraktet med godkännande av referenserna, alternativt att referenserna utgår ur utvärderings- och tilldelningskriterierna och Blekinge Rot tilldelas kontraktet. I huvudsak anförs följande. Blekinge Rot uppfyller kravet på inlämnade referenser för partnering. Kommunen har felaktigt enbart bedömt inlämnade referenser med noll poäng. I förfrågningsunderlaget har kommunen uppställts krav på referensuppgifter från tre utförda partneringentreprenader. Kravet var att de skulle uppgå till 20 miljoner kr. I övrigt framgår inget om genomförandet. Det ställs inget krav på att upphandlingen skulle ha benämnts som partneringentreprenad. Däremot kan det förstås att entreprenaderna skulle ha genomförts på partneringliknande sätt. En sådan entreprenad utmärks av på vilket sätt den upphandlas och genomförs och inte hur den benämns. Det råder ingen oenighet mellan parterna på vilket sätt kommunen avser att partneringen ska utföras i det aktuella projektet. Partnering kan göras på olika sätt. Svårighetsgrad och oförutsebarhet i projektet leder till hur den slutliga formen blir. En del beställare i husbyggnadsbranschen kallar upphandlingen för partnering i totalentreprenadform. Andra kallar den enbart totalentreprenad med samverkansskede och genomförandeskede. En partneringentreprenad är ingen entreprenadform utan upphandlas alltid som totalentreprenad. Kommunen däremot ser det som två olika entreprenadformer. Detta är felaktigt. Kommunen borde i stället formulerat kravet enligt

följande. Upphandlingen ska ha genomförts på ett sätt som innefattar utökad samverkan mellan parterna/partnering, där upphandlingen skett i flera skeden. Exempel på detta är skede ett, utredningsskede i samverkan och skede två, upphandling och genomförande i totalentreprenad. – Referenspersonerna har svarat rätt på frågorna att referensprojekten genomförts som totalentreprenad. Detta undantar inte att projekten ska uppfattas som partneringentreprenader. En uppgörelse på fast pris eller löpande räkning är inte heller något som är avgörande. Referenspersonen har upplyst kommunen om att entreprenaderna bestått av en utrednings och samverkansfas samt en genomförandefas. Kommunen har även infordrat referensprojekt på genomförda byggentreprenader för att därmed se om resurser och förmåga finns från objekt motsvarande eller högre svårighetsgrad, jämfört med det aktuella projektet. Referensobjekten gällande partneringentreprenader får i detta sammanhang anses inhämtade för att utgöra tilldelningskriterier, då de endast tjänar till att ge kommunen besked om erfarenhet finns gällande metoden partnering. De kan inte kopplas till anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Detta strider i så fall mot praxis (EG-domstolens dom i mål C-632/06, Lianakis) samt Kammarrättens i Sundsvalls dom den 13 februari 2009, mål nr 3474-08).

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det framgår med tydlighet under avsiktsförklaringen i förfrågningsunderlaget vad kommunen avser med partnering. Att det är skillnad mellan partneringentreprenad och totalentreprenad framgår av konkurrensverkets Uppdragsforskningsrapport 2014:4. Dessutom har kommunen inte baserat Blekinge Rots referenser med utgångspunkt av benämningen partneringentreprenad utan har efter genomgång av referenserna konstaterat att bolaget inte uppfyller kriterierna i ställda krav. Kommunen kontaktade de referenser bolaget angett och frågade med vilken entreprenadform projekten genomförts. Svaret från alla tre referenserna var totalentreprenad. Det strider inte mot LOU att

ställa krav på ovanstående referenser. Av Blekinge Rots lämnade referenser framgår sålunda att företaget saknar erfarenhet inom partneringentreprenad.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § 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 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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. Domstolen har enbart att pröva vad som omfattas av parternas yrkanden samt återopade handlingar. I upphandlingsmål har som huvudregel den som ansöker om överprövning bevisbördan för att upphandlande myndigheten agerat felaktigt.

Utvärderingskriteriet avseende tidigare erfarenhet av partneringentreprenad

I förfrågningsunderlagets avsiktsförklaring förklarar kommunen att projektet ska genomföras som ett partneringprojekt. Med partnering avses – enligt förfrågningsunderlaget – följande. ”Ett strukturerat arbetssätt för att stödja lagarbete över kontraktsgrensarna. Dess fundamentala delar är fastlagda gemensamma mål, gemensamt överenskomna system för problem- och konfliktlösning, samt ett aktivt sökande efter ständigt mätbara förbättringar.”

I underlaget anges även vad entreprenörens åtagande innebär. Bland annat ska entreprenören för kommunens räkning säkerställa genomförandet inom den beslutade kostnadsramen. Samverkan ska ske mellan kommunen, arkitekten, entreprenören och projektörer. De sistnämnda ska kommunen och entreprenören gemensamt utse. Samverkan avser projektering, kostnadsstyrning, produktionsstyrning, upphandling av underentreprenörer, riskhantering och planering. Projektet är uppdelat i två skeden. Enligt utvärderingsmodellen för upphandlingen poängsätts anbudet efter bl.a. tidigare erfarenhet och kompetens, som visas genom referenser.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Blekinge Rot gör genom sin ansökan gällande att utvärderingen utförts felaktigt, i första hand för att de lämnade referenserna underkänts och i andra hand genom beaktande av kravet på referenserna som sådant. De efterfrågade referenserna avser att visa tidigare erfarenhet av den efterfrågade, i förfrågningsunderlaget beskrivna, entreprenadformen. Alldeles oavsett om den avsedda entreprenadformen kan utföras på olika sätt och med olika benämningar har referenterna vid förfrågan nekat till att denna form av entreprenad har använts.

Referenserna har använts som ett tilldelningskriterium i upphandlingen. Av bl.a. de rättsfall Blekinge Rot åberopar följer att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte utgöra kriterier för tilldelning. Vid utvärderingen har en poängsättning av anbudet skett, som påverkats av antalet godkända referensprojekt. Enligt kommunen finns det inte hinder mot en sådan poängsättning inom ramen för tilldelningsfasen, där det avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till ökad kvalitet. Med beaktande av hur den upphandlade tjänsten utformats anser inte heller förvaltningsrätten att vad Blekinge Rot

har anfört i denna del är tillräckligt för att visa, att kommunen agerat i strid med bestämmelserna i LOU om tilldelning av kontrakt. Blekinge Rot:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109-ID-LOU)

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Helene Larsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.