



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

BESLUT

2018-01-10

Meddelat i Jönköping

Mål nr 10-18

KLAGANDE

Normans i Jönköping AB, 556505-6719

Ombud: Advokat Katarina Ibold
Advokatfirman Delphi i Östergötland AB

MOTPART

Södra Munksjön Utvecklings AB, 556394-3397

Ombud: Stadsjurist Mathias Westergaard-Nielsen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 11 december 2017 i mål nr 5314-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

Dok.Id 217886

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Normans i Jönköping AB (bolaget) yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från Jönköpings Entreprenad & Markbyggnads AB förkastas. Bolaget anför bl.a. följande. Otydligheten i förfrågningsunderlaget vad gäller anbudstidens giltighetstid är inte av sådant slag att den påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det saknas därför skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av att förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen ska göras om istället för att förordna om rättelse i enlighet med bolagets yrkande. Enligt praxis är en förvaltningsdomstol i och för sig inte bunden av en parts yrkande om val av åtgärd utan kan välja att besluta att en upphandling ska göras om eller att den ska rättas. En förutsättning för den mer ingripande åtgärden, att upphandlingen ska göras om, är emellertid att det fel som förekommit i upphandlingen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Även om domstolar alltså har möjlighet att välja åtgärd ska dessa, i vart fall när det är fråga om mål om offentlig upphandling, tillämpa officialprincipen med försiktighet (jfr exempelvis RÅ 2009 ref. 69 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 12 juni 2015 i mål nr 692-15).

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I lagen om offentlig upphandling finns inga särskilda bestämmelser om talerätt. De allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291) blir därför tillämpliga. Av 33 § andra stycket nämnda lag framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det har gått honom eller henne emot.

Normans i Jönköping AB har ansökt om överprövning av en upphandling och yrkat att rättelse ska ske på visst sätt. Förvaltningsrätten har funnit skäl att ingripa mot upphandlingen och beslutat att upphandlingen ska göras om. Enligt kammarrättens mening har inte förvaltningsrättens beslut en sådan precis och påtaglig betydelse för Normans i Jönköping AB att bolaget har talerätt (jfr HFD 2012 ref. 2). Överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Kammarrättsrådet Ola Holmén (ordförande) och tf. kammarrättsassessorn Finn Hultin (referent) har deltagit i avgörandet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING****DOM**
2017-12-11
Meddelad i JönköpingMål nr
5314-17**SÖKANDE**

Normans i Jönköping AB, 556505-6719

Ombud: Advokaten Katarina Ibold
Advokatfirman Delphi i Östergötland AB
Box 465
581 05 Linköping**MOTPART**Södra Munksjön Utvecklings AB, 556394-3397
Södra Strandgatan 10
553 20 JönköpingOmbud: Stadsjuristen Mathias Westergaard-Nielsen
Jönköpings kommun, Stadskontoret
551 89 Jönköping**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Det kommunala bolaget Södra Munksjön Utvecklings AB (SMUAB) genomför en förenklad upphandling av totalentreprenad för anläggningsarbete som benämns ”Kv. Östen 3 samt delar av Simsholmen 1:1, Jönköpings kommun – Rivning av byggnader samt del av industrispår Södra Munksjön”. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Normans i Jönköping AB (Normans) antagits. Normans ansöker om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandlingen avser rivning av hela byggnader inom Östen 3 och ca 450 meter industrispår inom Simsholmen 1:1 i Jönköpings kommun. Omfattningen är ca 13 400 kvm. Anbud ska lämnas på hela upphandlingsföremålet och endast en leverantör kommer att antas. Alternativa utföranden är inte tillåtna.

Anbudens innehåll och utformning

I de administrativa föreskrifterna anges följande. Anbud ska avlämnas på bifogat anbudsformulär och i noggrann överensstämmelse med dessa administrativa föreskrifter samt tillhörande handlingar och däri åberopade normer och föreskrifter. Anbudssumman ska vara angiven i svenska kronor och innehålla samtliga däri begärda handlingar och uppgifter. Ett anbud som inte innehåller efterfrågade uppgifter och handlingar kommer att förkastas. Anbudet ska vara SMUAB tillhanda senast den 4 oktober 2017 och vara giltigt t.o.m. den 4 januari 2018.

På anbudsformulärets första sida är följande text förtryckt. Härmed erbjuder vi oss att utföra entreprenaden i full överensstämmelse med Administrativa föreskrifter daterade 2017-08-14. Under rubriken ”anbudets giltighetstid” anges följande. Detta anbud är för oss bindande t.o.m. den _____. (se AFB.33 i Administrativa föreskrifter, anbudsgivare är bunden av sitt anbud 60 dagar från anbudstidens utgång).

Anbudsprövningen

Anbudsgivare ska ha teknisk förmåga, erfarenhet och resurser för att genomföra aktuell entreprenad. Anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. Anbudsgivaren ska presentera sin förmåga och kapacitet att utföra uppdraget i den omfattning

och helhet som upphandlingsdokumenten omfattar. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av det område som upphandlingen avser och visa detta genom att ange referensuppdrag där uppdraget har varit liknande de krav som ställs i denna upphandling. Erfarenheten ska styrkas genom att anbudsgivaren i bilaga till anbudet anger minst tre referensuppdrag. I bilagan ska anbudsgivaren beskriva referensuppdragen enligt följande:

1. Uppdragsgivarens organisation.
2. Uppdragsgivarens kontaktperson, namn, telefonnummer och e-post. Kontaktpersonen ska ha kunskap om hur arbetet bedrivits i sin verksamhet och kunna bekräfta att uppdraget genomförts såsom det angetts i beskrivningen.
3. Tidpunkten för referensuppdragets genomförande.

I anbudet ska också följande redovisas:

- Minst tre genomförda referensuppdrag avseende likvärdiga uppdrag som har genomförts och avslutats under de fem senaste åren. Referensuppdragen ska åtföljas av kontaktuppgifter till referent som kan styrka genomförda uppdrag.
- För nystartade företag gäller att referenser eller beskrivning måste bifogas, som visar på motsvarande erfarenhet och kompetens för namngivna personer i företagets ledning och för nyckelpersoner i det nystartade företaget.

YRKANDEN

Normans yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Jönköpings Entreprenad & Markbyggnads AB (JEMAB) ska förkastas.

SMUAB anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR**Normans**

SMUAB har brutit mot LOU genom att utvärdera och anta anbudet från JEMAB, trots att detta inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Normans, som kom på andra plats vid anbudsutvärderingen, har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

I upphandlingsdokumentens administrativa föreskrifter anges att anbudet ska vara giltigt t.o.m. den 4 januari 2018. JEMAB har dock i anbudsformuläret angett att anbudet är bindande t.o.m. den 24 december 2017. Vidare har JEMAB inte före det att tilldelningsbeslutet fattades gjort gällande att den angivna anbudstiden skulle vara en felskrivning och mot bakgrund av detta begärt att få rätta felet. SMUAB har inte heller begärt att JEMAB skulle rätta felet. Därmed har JEMAB inte uppfyllt upphandlingsdokumentens krav avseende anbudets giltighetstid.

JEMAB uppfyller inte heller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav på att referenserna ska innehålla e-postadresser till kontaktpersonerna.

JEMAB:s referenser avser dessutom annat än större industribyggnader, nämligen en skola, ett äldreboende och en mindre industribyggnad. Ytan för dessa uppgår till 1 350 kvm, ca 1 700 kvm och 4 300 kvm och motsvarar därmed omkring 10, 13 respektive 30 procent av den byggnad som ska rivas i upphandlingen. Vidare uppgår JEMAB:s pris för rivningen av byggnaden till 2 950 000 kr, vilket motsvarar ett utvärderat pris på 3 457 743 kr.

Anbudssummorna för JEMAB:s angivna referenser uppgår till 194 000 kr, 486 750 kr och 1 347 000 kr. Mot bakgrund härav uppfyller referenserna inte upphandlingsdokumentens krav på att referenserna ska vara av liknande art och omfattning som upphandlingsföremålet.

SMUAB

Anbudet från JEMAB uppfyller samtliga obligatoriska krav och SMUAB har således inte brutit mot LOU. Följaktligen har Normans inte lidit och kan inte heller komma att lida skada i LOU:s mening.

Det är riktigt att JEMAB har angett en annan anbudstid än vad som krävs enligt de administrativa föreskrifterna. JEMAB har dock enligt anbudsformuläret åtagit sig att utföra entreprenaden i full överensstämmelse med de administrativa föreskrifterna och är således bundna av den giltighetstid som anges där, dvs. den 4 januari 2018. Detta har JEMAB även bekräftat efter begäran om förtydligande från SMUAB. JEMAB:s bekräftelse inkom till SMUAB den 8 november 2017.

Det kan konstateras att det har funnits en otydlighet i upphandlingsdokumenten då fyra av sju anbudsgivare har angett fel anbudstid. I anbudsformuläret har angetts att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud 60 dagar efter anbudstidens utgång, dvs. t.o.m. den 4 december 2017.

JEMAB har angett de kontaktuppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret och dessa har varit tillräckliga för att SMUAB skulle kunna komma i kontakt med referenterna.

Bedömningen av huruvida kravet på relevanta och liknande uppdrag är uppfyllt ska göras i förhållande till det nu aktuella upphandlingsföremålet i sin helhet, varvid det måste finnas utrymme för SMUAB att kontrollera hur det uppställda kravet är uppfyllt genom en samlad bedömning av åberopade referenser. Att i förevarande fall kräva att storleken på referensobjektet ska vara exakt samma som den aktuella entreprenaden skulle inte vara relevant och dessutom strida mot proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**Gällande regler**

I 4 kap. 1–2 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 4 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

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

Förvaltningsrättens bedömning*Kravet på anbudens giltighetstid*

För att det ska finnas grund för att förkasta ett anbud krävs att det finns klart stöd i upphandlingsdokumenten eller i gällande lagstiftning (jfr EU-domstolens dom i mål C-27/15, Pizzo, p. 51). Upphandlingsdokumentens administrativa föreskrifter respektive upphandlingsformulär innehåller direkt motstridiga krav i fråga om anbudens giltighetstid. Det kan därmed inte anses att det finns klart stöd för att förkasta JEMAB:s anbud med hänvisning till att det inte uppfyller kravet på giltighetstid.

Eftersom Normans inte grundar sin talan på att själva motstridigheten utgör ett fel i upphandlingen saknas möjlighet att besluta om ingripande med hänvisning till detta (se RÅ 2009 ref. 69).

Kravet på kontaktuppgifter till referenser

Kontaktuppgifterna till JEMAB:s referenser är tillräckligt utförliga för att fylla sitt syfte. Kravet i fråga ska därför inte tolkas som att det inte blir uppfyllt om telefonnummer lämnas men e-postadresser saknas. Detta vore oproportionerligt.

Kravet på likvärdiga referensuppdrag

Det finns ett obligatoriskt krav på att redovisa tre likvärdiga referensuppdrag. Vart och ett av JEMAB:s referensuppdrag avser rivning av byggnader vars yta uppgår till mindre än en tredjedel av det som nu ska rivas. Två av dem avser byggnader med en yta på vardera omkring en tiondel härav. Som SMUAB anför kan det visserligen inte krävas att referensuppdragen ska vara av exakt samma storlek som upphandlingsföremålet. I vart fall när det gäller de två mindre referensuppdragen är skillnaden emellertid alltför stor för att det ska vara fråga om likvärdiga

uppdrag. SMUAB har därför inte haft fog för att ta upp JEMAB:s anbud till utvärdering.

Normans kom på andra plats vid anbudsutvärderingen. Det förhållandet att JEMAB:s anbud rätteligen inte borde ha utvärderats innebär att Normans lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Val av åtgärd

När det ska bestämmas om en upphandling ska rättas eller göras om anser förvaltningsrätten att även den upphandlande myndighetens argument kan beaktas. I denna del kommer bedömningen därför inte att begränsas till de grunder som åberopas av sökanden.

Som sagts ovan innehåller upphandlingsdokumenten motstridiga krav i fråga om anbudens giltighetstid. Vissa anbudsgivare har följt det ena kravet och vissa har följt det andra. De har således inte lämnat anbud på samma villkor. Under angivna förhållanden är rättelse inte en lämplig och tillräcklig åtgärd för att avhjälpa bristerna i upphandlingen. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Max Uhmeier

Förvaltningsrättsfiskalen Max Uhmeier har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.