



SÖKANDE

Byggkompaniet i Nässjö AB, 556684-8460
Queckfeldtsgratan 67
571 38 Nässjö

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma KB
Södergratan 22
211 34 Malmö

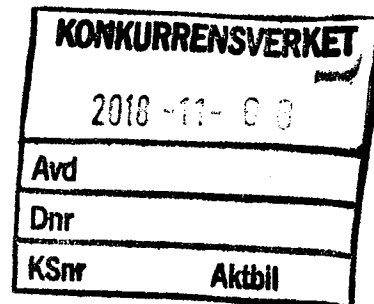
MOTPART

Nässjö kommun, Tekniska servicenämnden
571 80 Nässjö

Ombud: Advokaten Helena Royson
Advokatfirman Wåhlin AB
Östra Hamngatan 5
411 10 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Nässjö kommun (kommunen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns ”Nybyggnad av förskola, Bullerbyn 1” (ref: 2501-151). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Byggkompaniet i Nässjö AB antagits. Byggkompaniet i Nässjö AB har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingen avser en utförandentreprenad (generalentreprenad) med ersättningsformen fast pris utan indexreglering. I upphandlingen ingår bl.a. följande:

Dok.Id 274769

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	-	måndag–fredag 08:00–16:00

- Rivning av befintliga byggnader.
- Nybyggnad av förskola med sex avdelningar med tillhörande mottagningskök, administration och teknikutrymmen. Nya gårdshus.
- Ny markanläggning med vägar, utrustning m.m., ca 9 000 kvm.
- Befintlig parkering som berörs ca 1 500 kvm.
- Nybyggnad ca 1 400 kvm

För entreprenaden gäller Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 04.

Anbudet ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter i föreskriven form. Kommunen förutsätter att det, av anbudsgivaren, lämnade anbudet är resultatet av ett samarbete mellan en generalentreprenör, dennes underentreprenör och underentreprenör till underentreprenören. För att kommunen ska kunna säkerställa att angivna underentreprenörer är registrerade för, och har teknisk och personell kapacitet att utföra begärda arbeten för resp. verksamhet, ska organisationsnummer för namngivna företag anges i anbudet. Utbyte av angiven underentreprenör får inte ske utan kommunens skriftliga medgivande. En (1) underentreprenör per skrå ska anges.

Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vid utvärderingen tillämpas en s.k. mervärdesmodell. Det kvalificerade anbud som uppnår den lägsta jämförelsesumman anses ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fyra leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har samtliga ansetts kvalificerade. Anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son antogs som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen.

YRKANDEN

Byggkompaniet i Nässjö AB yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son ska förkastas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR**Byggkompaniet i Nässjö AB***Inställning*

Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son har som underentreprenör för skräet varukyla angett Dieta Storköksteknik AB. Detta bolag har varken behörighet, registrering eller certifiering för att utföra arbeten avseende varukyla. Anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son uppfyller därmed inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och skulle därför rätteligen ha förkastats. Om så hade skett skulle bolagets anbud ha ansetts vara det kvalificerade anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Utveckling av ansökan

Ett skrå som underentreprenör ska anges för är varukyla. Syftet med att ange underentreprenör är att möjliggöra kontroll. Av upphandlingsdokumentens rambeskrivning framgår bl.a. att entreprenörens personal ska vara certifierad avseende heta arbeten och kylcertifikat och att ska vara utfärdad av Lokala Brandmyndigheten och Incert.

Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/2067 av den 17 november 2017 om fastställande, i enlighet med Europaparlamentets och rå-

dets förordning (EU) nr 517/2014, av minimikrav och villkor för ömsesidigt erkännande för certifiering av fysiska personer vad gäller stationär kyl-, luftkonditionerings- och värmepumpsutrustning samt kylvätenheter i lastbilar och släpfordon med kylaggregat som innehåller fluorerande växthusgaser samt för certifiering av företag vad gäller stationär kyl-, luftkonditionerings- och värmepumpsutrustning som innehåller fluorerande växthusgaser, genomförandeförordningen, är tillämplig på bl.a. företag som utför installation, reparation, underhåll, service eller nedmontering avseende stationär kyl-, luftkonditionerings- och värmepumpsutrustning för andra parter. Av artikel 6 i genomförandeförordningen framgår att företag som avses i artikel 2.2 ska ha ett certifikat som avses i artikel 6.

I 18 § förordningen (2016:1128) om fluorerade växthusgaser, tillämpningsförordningen, anges att de krav på certifiering som anges i genomförandeförordningen om certifiering för kyl- och värmeutrustning ska också uppfyllas av företag som bedriver verksamhet med läckagekontroll, återvinning, installation eller underhåll av eller service på mobil utrustning eller luftkonditioneringsutrustning i fordon. Certifiering ska uppfylla kraven i artikel 6 i genomförandeförordningen. Enligt nämnda artikel 6 ska ett certifieringsorgan utfärda ett certifikat för en eller flera av de verksamheter som anges i artikel 2.2 förutsatt att det uppfyller följande krav:

- a) Det har anställda fysiska personer som är certifierade i enlighet med artikel 3 för sådan verksamhet som kräver certifiering, i ett tillräckligt antal för att klara av den förväntade verksamhetsvolymen.
- b) Det ska finnas bevis för att de fysiska personer som deltar i verksamheter som kräver certifiering har tillgång till nödvändiga verktyg och förfaranden.

Den underentreprenör som angetts i anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son, d.v.s. Dieta, har inte någon företagscertifiering. Dieta har inte heller någon anställd som är personligen certifierad för att

utföra de arbeten som genomförandeförordningen respektive tillämpningsförordningen omfattar. Dieta har därmed inte relevant kompeten och har inte för något certifieringsorgan kunnat visa att de som ska utföra arbeten som kräver certifiering har tillgång till nödvändiga verktyg och förfaranden eller att Dieta har anställda i ett tillräckligt antal för att klara någon som helst verksamhetsvolym. Vad som anför om att Dieta har för avsikt att använda sig av visstidsanlitad personal är irrelevant eftersom detta inte läker aktuella bristen, d.v.s. att Dieta inte är ett certifierat företag. Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son uppfyller således inte det obligatoriska kravet på att kommunen ska kunna säkerställa att en angiven underentreprenör är registrerad för och har teknisk och personell kapacitet att utföra begärda arbeten.

Kommunen

Inställning

I upphandlingen ställs krav på att endast en (1) underentreprenör per skrå ska anges. Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son har i sitt anbud angett Dieta och därigenom uppfyllt kravet. De timmars arbete som kommer att utföras avseende heta arbeten och kylarbeten kommer på uppdrag av Dieta Storköksteknik AB att utföras på timbasis av fysiska personer, vilket innebär att arbeten avseende heta arbeten och kylarbeten inte i sig är en fristående entreprenad som utförs av extern entreprenör inom ramen för Dietas arbetsområde. Det föreligger alltså inte för nu redovisade arbeten en enligt AB 04 fristående underentreprenad och därmed omfattas inte heller dessa arbeten utförda på timbasis av certifierade fysiska personer om krav om redovisning av organisationsnummer (se upphandlingsdokumentens administrativa föreskrifter, punkt AFC 35).

Utveckling av kommunens inställning

Heta arbeten är ett samlingsnamn för arbetsmoment som medför uppvärmning eller gnistbildning och som kan orsaka brand. Arbetsmomenten kan exempelvis vara svetsning, skärning, lödning eller arbeten med snabbrote-

rande verktyg. Arbetstagare som utför heta arbeten kallas hetarbetare. Samtliga försäkringsbolag i Sverige ställer krav på att Heta Arbeten ska utföras av certifierade hetarbetare. Lokala brandmyndigheter utger personcertifikat för sådana arbeten. Incert utger personcertifikat som ger behörighet för kylarbeten som omfattas av köldmedieförordningen och gällande EU-förordningar. Aktuell certifieringen utgör inte en certifiering av en juridisk person – som t.ex. certifikat avseende miljöledningssystem eller kvalitetsledningssystem – utan certifikaten är personligt kopplade till fysiska personer som ska utföra heta arbeten respektive kylarbeten.

Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son har uppgett att aktuellt krav gällande certifiering uppfylls. Kommunen har inte i ställt krav på att certifikat ska bifogas anbudet och det har inte funnits någon anledning för kommunen att befara att Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son inte skulle använda sig av certifierad personal vid utförandet av aktuella arbeten. Vad som anges i upphandlingsdokumenten är just att entreprenörens personal ska vara certifierad. Det har således inte uppställts något krav på att varken general-eller underentreprenör skulle vara certifierade företag / juridiska personer. Vidare bör beaktas att det endast funnits möjlighet att ange en UE per skrå. Eventuella UE till UE har således inte varit möjliga att ange.

Kommunen har ändå ställt frågan till Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son och fått bekräftat att bolaget kommer att använda sig av certifierad fysisk personal vid utförande av kontraktsarbetena. De certifierade fysiska personer som Dieta avser att använda sig av för att utföra de arbeten i entreprenaden som omfattar heta arbeten och kylarbeten är anställda av GRT /syd kyl AB. GRT är certifierat i enlighet med genomförandeförordningen. Huruvida Dieta avser att använda sig av exempelvis visstidsanlitad personal för utförande av de aktuella arbetena saknar dock betydelse. Det väsentliga för arbetenas utförande enligt den tekniska beskrivningen och i övrigt enligt lagstadgade behörighetskrav är att de fysiska personer som ska

utföra de kontraktarbeten som omfattar heta arbeten och arbeten avseende kyla är certifierade vid tidpunkten för arbetenas utförande, vilket har intygats av Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ 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. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

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

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som hu-

vudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förutsättningar för att leverantören ska kunna tillhandhålla upphandlingsföremålet som uttryckligen följer av lag behöver inte anges som krav i upphandlingsdokumenten. Detta kan t.ex. gälla krav på innehav av trafikillstånd för att utföra tjänsten utförande av yrkestrafik. Bristande uppfyllelse av ett sådant i lag reglerat krav kan därmed leda till att leverantörens anbud förkastas. Om annat inte anges i upphandlingsdokumenten ska lagstadgade förutsättningar / krav vara uppfyllda senast vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 oktober 2016 i mål nr 1930-16).

I artikel 3.4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 517/2014 av den 16 april 2014 om fluorerade växthusgaser och om upphävande av förordning (EG) nr 842/2006, förordningen, anges följande. Fysiska personer som utför sådana uppgifter som avses i artikel 10.1 a–c ska certifieras i enlighet med artikel 10.4 och 10.7 och ska vidta försiktighetsåtgärder för att förhindra läckage av fluorerade växthusgaser. Företag som utför installation, service, underhåll, reparation eller nedmontering av den utrustning som förtecknas i artikel 4.2 a–d ska certifieras i enlighet med artikel 10.6 och 10.7 och ska vidta försiktighetsåtgärder för att förhindra läckage av fluorerade växthusgaser. I nämnda artikel 4.2 a–d förtecknas följande utrustning:

- a) Stationär kylutrustning.
- b) Stationär luftkonditioneringsutrustning.
- c) Stationära värmepumpar.
- d) Stationär brandskyddsutrustning

I genomförandeförordningen fastställs minimikraven för certifiering av fysiska personer som utför de verksamheter som anges i artikel 2.1 avseende

kylenheter i lastbilar och släpfordon med kylaggregat, stationär kyl-, luftkonditionerings- och värmepumpsutrustning som innehåller fluorerade växthusgaser och för certifiering av företag som bedriver de verksamheter som anges i artikel 2.2 avseende stationär kyl-, luftkonditionerings- och värmepumpsutrustning som innehåller fluorerade växthusgaser samt villkoren för ömsesidigt erkännande av certifikat som utfärdats enligt dessa krav (artikel 1). Viss kompletterande normgivning finns även i tillämpningsförrordningen.

Det ovan sagda innebär att den entreprenör som ska utföra arbeten som omfattas av förordningen och dess kompletterande normgivning (se närmast ovan) ska inneha relevant företagscertifikat och att de som utför arbetet ska ha relevanta personcertifikat.

Upphandlingsdokumentens föreskrifter kan inte anses utgöra hinder för att ange en underentreprenör avseende varukyla som saknar certifikat enligt ovan förutsatt att det i sin tur anlitar en entreprenör med relevanta certifikat (företagscertifikat och personcertifikat). Det förhållandet att Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son har angivit Dieta som underentreprenör avseende varukyla behöver således inte i sig innebära bristande uppfyllelse av upphandlingsdokumentens obligatoriska krav. Det förhållandet att Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son angivit att certifierade fysiska personer (innehavare av personcertifikat) kommer att anlitas för att på uppdrag av Dieta utföra verksamhet som omfattas av förordningen är däremot problematiskt. Detta särskilt då det rör sig om fysiska personer som är anställda av annat bolag (GRT) och således inte om enskilda näringsidkare som kan tänkas ha egna företagstillstånd.

Anbudsprövningen har således gjorts med den felaktiga förutsättningen att det är tillräckligt att den personal som utför kylarbeten som omfattas av förordningen är certifierad och det således inte krävs att den UE som utför

dessa arbeten har ett företagscertifikat. Utifrån vad som framkommit har det således inte varit korrekt att anta anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU genom att felaktigt anta anbudet från Byggnadsaktiebolaget Axel Andersson & Son. Med beaktande av att bolaget kom på andra plats vid anbudsutvärderingen har bolaget även förmått göra sannolikt att felet i upphandlingen medför att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Val av åtgärd

Felet i upphandlingen är inte hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas och rättelse är därför normalt en tillräckligt ingripande åtgärd. I detta fall har dock upphandlingsdokumenten gett visst stöd åt kommunens tolkning. Det har inte heller beskrivits i upphandlingsdokumenten vilka certifikat som krävs och vad dessa ska omfatta (kategori, verksamhet o dyl). Inte heller har det uppställts något krav på att leverantörerna ska lämna underlag som visar att de har relevanta certifikat. Då kommunen således inte klargjort vilka certifikat som krävs eller kan komma att krävas och då denna fråga uppenbarligen har varit av betydelse för anbudsprövningen, framstår inte rättelse som en lämplig åtgärd. Istället finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



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.