

**SÖKANDE**

Nässjö Bygg AB, 556057-4278  
Klinggatan 4  
571 34 Nässjö

Ombud: Advokaten Jimmy Carnelind och biträdande juristen Erik Jansson  
MAQS Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Witalabostäder AB, 556347-7297  
574 80 Vetlanda

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist och  
biträdande juristen Linnea Lindberg  
Foyen Advokatfirma KB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

**BAKGRUND**

Witalabostäder AB (Witalabostäder) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som benämns "Ombyggnad av lägenheter, Kv. Kantarellen, Witalabostäder AB (dnr: UH-2017-132). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Nässjö Bygg AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats. Bolaget har ansökt om överprövning.

### **Upphandlingsdokumenten**

#### *Upphandlingsföremålet*

Upphandlingen avser utförande av en byggentreprenad där entreprenadformen är totalentreprenad och den tillämpade ersättningsformen är fast pris utan indexreglering. Anbud ska lämnas på hela upphandlingsföremålet och endast en anbudsgivare kommer att antas.

#### *Obligatoriska krav – referenser*

Anbudsgivaren ska ange två olika uppdragsgivare som anbudsgivaren utfört byggentreprenader åt under de tre senaste åren. Entreprenadsumman för en entreprenad ska vara minst sju milj. kr och minst en entreprenad ska avse ombyggnad. Byggentreprenaderna ska vara slutgodkända vid anbudsinlämningen. Om anbudsgivaren har utfört uppdrag åt Vetlanda kommunkoncern, d.v.s. Vetlanda kommun, Njudung Energi Vetlanda AB, Witalabostäder AB eller Vetlanda industrilokaler, ska de vara en av de angivna referenserna. Witalabostäder kommer att kontakta referenterna för att få svar på följande frågor:

- Om anbudsgivarens förmåga att hålla överenskomna tidsplaner.
- Om uppdraget/-en slutförts på ett korrekt och tillfredställande sätt med godkänd slut- och efterbesiktning. Referenterna ska göra en sammanvägd bedömning av anbudsgivarens uppdrag hos denne.

Om anbudsgivaren inte får godkänt på den ena eller båda av de ovanstående frågorna uppfyller inte anbudsgivaren ställt krav och anbudet kommer att förkastas. Referenser från Vetlanda kommun kommer att likställas med andra referenser.

#### *Utvärdering*

Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

### **Tilldelningsbeslutet**

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Två leverantörer har lämnat anbud. Anbudet från Eriksson & Lönn Bygg AB har antagits. Bolagets anbud har förkastats med följande motivering. Bolaget har som en av två referenser angivit Vetlanda kommun. Den angivna entreprenaden hos Vetlanda kommun är inte slutgodkänd då den består av flera huvuddelar och endast huvuddel 1 är besiktad och godkänd. Slutbesiktning av huvuddel 2 är planerad till den 30 november 2017. Därför uppfyller inte bolaget kravet på att byggentreprenaderna ska vara slutgodkända vid anbudsinlämningen.

### **YRKANDEN**

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid bolagets anbud ska anses kvalificerat för utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Witalabostäder anser att ansökan ska avslås.

### **VAD PARTERNA ANFÖR**

#### **Bolaget**

Huvuddelar är ett begrepp som återfinns i AB-systematiken (se AB04) på ett flertal ställen. Motsvarande reglering finns även i ABT06. Det förhållandet att ett kontrakt är uppdelat i olika huvuddelar innebär i att varje huvuddel i praktiken utgör en separat entreprenad. Man har endast av administrativa skäl valt att nedteckna dessa på samma dokument, då de inte i något relevant hänseende är beroende av varandra. I den juridiska litteraturen (Per Samuelsson, AB 04 – en kommentar, Wolter Kluwer Sverige förlag, 2016, s. 421) anges bl.a. "[...] är rättföljden av att kontraktarbetena delas upp i olika huvuddelar att dessa ska behandlas som fristående entreprenader vid tillämpning av reglerna i detta kapitel". Därvid bör beaktas att etapper, som var

aktuella i Kammarrätten i Jönköpings mål nr 3262-15, till skillnad från huvuddelar inte är reglerade i AB-strukturen. Begreppet etapper används normalt sett när arbetena är sammanhängande, eller i vart fall i väsentliga delar samreglerade, men där det finns vissa tidsmässiga skillnader mellan de olika etapperna. Exempelvis kan beställaren önska koncentrera arbetena till ett hus åt gången genom en etappindelning, utan att etapperna för den sakens skull särregleras inom ramen för kontraktet.

Referensuppdraget hos Vetlanda kommun är indelat i huvuddelar. Vidare har huvuddel 1 isolerat uppfyllt omsättningskravet på sju milj. kr och även uppfyllt kravet på att vara slutförd och slutbesiktigad. Uppdraget borde därför rätteligen ha godkänts. I vart fall har bolagets förletts att åberopa detta uppdrag eftersom det i upphandlingsdokumenten anges att uppdrag för kommunkoncernen ska åberopas. Referensuppdraget är just ett uppdrag för kommunkoncernen. Dessutom är kravet på referenser felaktigt utformat eftersom det inte åtföljts av ett krav om att referenserna ska åtföljas av intyg.

Bristerna i tolkning och/eller utformning av de obligatoriska kraven avseende referenser medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

#### **Witalabostäder**

I AB04, som är det standardavtal som gäller för det av bolaget åberopade referensobjektet, finns definitioner i standardavtalets begreppsbestämningar med anmärkningar. Entreprenad definieras i begreppsbestämningarna enligt följande:

Entreprenad: kontraksarbeten jämte förekommande ÄTA-arbeten.

Huvuddel definieras i begreppsbestämningarna enligt följande:

Huvuddel: del av kontraktarbeten som anges som huvuddel i kontraktshandlingarna och för vilken en angiven del av kontraktssumman har fastställts.

Vidare definieras kontrakt i begreppsbestämningarna enligt följande:

Kontrakt: handling som undertecknats av parterna och som utvisar deras överenskommelse.

Sammantaget utgör således en entreprenad av kontraktarbeten och ÄTA-arbeten och förekommer huvuddelar – angivna i kontraktshandlingarna – utgör dessa delar av kontraktarbeten, d.v.s. delar vilka sammantaget uppgår i en entreprenad. Av definitionerna ovan kan därmed konstateras att en huvuddel inte utgör en egen och separat entreprenad. Entreprenadrättsligt, utifrån den nu aktuella situationen, skiljer sig därmed inte etapper från huvuddelar.

Bolaget har åberopat en huvuddel av två i ett entreprenadkontrakt varav enbart huvuddel 1 var slutbesiktigad vid anbudets ingivande. Entreprenaden, d.v.s. referensobjektet som sådant, har inte varit slutbesiktigad vid anbudstillfället och Witalabostäder har därmed agerat korrekt som diskvalificerat bolagets anbud. Att acceptera en huvuddel som en separat entreprenad – trots att den rätteligen utgör en del av ett kontrakt och en del i en entreprenad – skulle ha varit orimligt eftersom detta skulle ha inneburit att en godkänd del hade kunnat åberopas samtidigt som en eller flera andra huvuddelar utförts utan godkänt resultat. Witalabostäder har korrekt beaktat hela slutgodkända byggentreprenader eftersom godkännande av hela entreprenaden är relevant för att säkerställa att anbudsgivaren har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs. Slutligen bör beaktas hur omfattningen av entreprenaden beskrevs i underlaget för den av bolaget åberopade entreprenaden:

Entreprenaden indelas i följande huvuddelar:

Huvuddel 1: Mararbeten, rivning, tillbyggnad av 4 avdelningar och färdigställande av skolgård. Tillbyggnad och utemiljö (inkl. skolgård, parkering, vägar, gc-vägar) ska kunna slutbesiktigas och tas i bruk.

Huvuddel 2: Renovering av befintlig förskola (slutförande av hela entreprenaden, sammanbyggnad av gamla och nya del, ihopkoppling ventilation osv.).

Angående utformningen av kravet innebär det förhållandet att upphandlingsdokumenten föreskriver att uppfyllelsen kommer att kontrolleras genom att Witalabostäder kommer att kontakta referenterna och ställa i förväg angivna frågor att det ställts krav på att referenserna ska åtföljas av intyg på sätt som följer av 15 kap. 11 § LOU.

## **SKÅLEN 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.

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 15 kap. 11 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form bl.a. en förteckning över genomförda byggtreprenader under högst de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggtreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt.

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 huvudprincip 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).

#### *Upphandlingsdokumentens tolkning och tillämpning*

I upphandlingsdokumenten används begreppen

- entreprenad ("Entreprenadsumman för en entreprenad ska vara minst sju milj. kr [...]),
- byggentreprenad ("Byggentreprenaderna ska vara slutgodkända [...] och
- uppdrag ("Har anbudsgivaren utfört uppdrag för Vetlanda kommun-koncern [...]).

Begreppen har inte definierats. Det kan dock, mot bakgrund av hur begreppen används i upphandlingsdokumentens nu aktuella föreskrifter, för det första antas att alla tre begreppen har samma innebörd. För det andra finns skäl att beakta att i upphandlingsdokumenten används begreppet entreprenaden i singular för att beteckna en helhet som består av flera huvuddelar (se särskilt AFD.1 men även AFA.21). För det tredje kan konstateras att upphandlingsföremålet är en totalentreprenad enligt standardavtalet ABT06 som använder samma begrepp och systematik för att definiera vad som utgör en entreprenad respektive en del av en entreprenad som standardavtalet AB 04. Vad som utgör en entreprenad respektive en del av en entreprenad ska således betecknas av föremålet för entreprenadkontraktet (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juni 2016 i mål nr 3262-15). Den entreprenad som bolaget har åberopat består enligt den beskrivning som åberopas av Witalabostäder av såväl huvuddel 1 som huvuddel 2. Eftersom endast huvuddel 1 var slutförd och slutbesiktigad när bolaget gav in sitt anbud har bolaget inte uppfyllt kravet på referenserna ska avse slutförda och slutbesiktigade entreprenader.

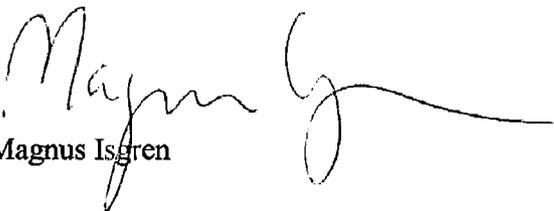
#### *Utformning av kraven på referenser/teknisk kapacitet*

Bestämmelsen i 15 kap. 11 § LOU syftar till att ge upphandlande myndigheter möjlighet att kontrollera den tekniska kapaciteten hos anbudsgivarna. Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande den 30 mars 2017 i mål nr 188-17 angett att bestämmelsen inte kan uppfattas på annat sätt än att samtliga de omständigheter som anges i bestämmelsen ska vara uppfyllda när teknisk kapacitet ska bevisas. Witalabostäder har således genom att bara

ställa krav på sedvanlig referenstagning brutit mot 15 kap. 11 § LOU. Om kravet på referenser hade varit utformat i enlighet med LOU hade det kunnat få betydelse för vinnande anbudsgivares möjligheter att delta i upphandlingen. Då bristen avser det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

  
Magnus Isgren

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

