



BESLUT

2015-08-12

Meddelat i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2015-08-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

VL Bygg Invest UK Filial, 516409-3857
Box 177
952 22 Kalix

MOTPART

Ånge Fastighets- och Industriaktiebolag, 556040-4971
Box 5
841 21 Ånge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 23 juli 2015 i mål nr 1330-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.

VL Bygg Invest UK Filial yrkar att bolaget ska tilldelas entreprenaden.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, får en överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

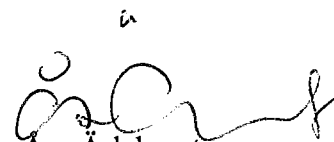
När en s.k. förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § LOU gäller får enligt 16 kap. 10 § första stycket LOU den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

Tiodagarsfristen löpte i nu aktuellt mål t.o.m. den 3 augusti 2015. Överklagandet kom in till förvaltningsrätten den 3 augusti 2015 14.55, men saknade yrkande om interimistiskt beslut. Kammarrätten fick del av överklagandet den 4 augusti 2015. I målet är upplyst att avtal numera har tecknats med vinnande leverantör. Vid sådant förhållande saknar kammarrätten nu laglig möjlighet att pröva överklagandet i målet. Målet ska därför skrivas av.

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



Peter Lij
kammarrättsråd
ordförande



Asa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



SÖKANDE

VL Bygg Invest UK filial, 516409-3857
Box 177
952 22 Kalix

MOTPART

Ånge Fastighets- och Industriaktiebolag, 556040-4971
Box 5
841 21 Ånge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 94304

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

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

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Ånge Fastighets- och Industriaktiebolag (ÅFA) genomför upphandlingen Markarbeten Ljungaverks skola. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Under anbudstiden kom fyra anbud in och av utvärderingsprotokollet framgår att endast ett anbud uppfyllde samtliga ska-krav och kvalificerades för utvärdering. I tilldelningsbeslut den 16 april 2015 beslutades att tilldela Hälsinge Markentreprenad AB upphandlingen. Anbudet från VL Bygg Invest UK-filial (VL Bygg) uteslöts med motiveringen att anbudet inte uppfyller punkterna 1, 4, 5, 6, 7 och 9 under AFB.31.

YRKANDEN M.M.

VL Bygg begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att övriga anbudsgivare utesluts och att VL Bygg tilldelas entreprenaden. VL Bygg anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Samtliga uppgifter är lämnade i anbudsformuläret. Avseende punkt 1 i AFB.31 har VL Bygg angett att underentreprenör kommer att upphandlas i samråd med beställaren vid ett eventuellt tilldelningsbeslut, och har inte angett att någon samarbetspartner utöver eventuell underentreprenör ska användas.

Avseende punkt 4 om projektorganisation beskrivs denna i anbudsformuläret där projektledare, arbetschef samt platsansvarig och arbetsledare anges med såväl namn som befattning i organisationen. VL Bygg har således lämnat uppgifter på företagets organisation för det aktuella projektet. Någon presentation av företagets uppbyggnad har inte krävts utan det är projektets organisation som efterfrågats. Enligt AFD.3 ska anbudsgivaren innan entreprenaden påbörjas överlämna definitiv organisationsplan för genomförande av entreprenaden. Självklart är organisationen för varje enskilt projekt en unik företeelse som ska redovisas, vilket också har skett i detta fall.

Avseende punkt 5 gällande krav på erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet har svaret "ja" lämnats i anbudsformuläret. Enligt AFB.51 ska anbudsgivare *på anmodan* kunna styrka erfarenheten.

Avseende punkterna 6 och 7 ska anbudsgivaren uppvisa förhandsbesked på efterfrågad garanti. VL Bygg har svarat jakande på frågan. Eftersom företaget är nystartat kan rating eller bankgaranti inte presenteras. Vid ett eventuellt tilldelningsbeslut skulle som bevis på företagets ekonomiska kapacitet tecknas en relevant ansvarsförsäkring för verksamheten. Dessutom tecknas en kreditförsäkringsgaranti som skyddar beställaren fullt ut under entreprenad- och garantitid. Enligt 11 kap. 7 § LOU kan bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet utgöras av intyg från banker eller, i förekommande fall bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten. Sådant förhandsbesked är lämnat i anbudet.

Avseende punkt 9 har VL Bygg svarat "ja" på frågan om anbudsgivaren uppfyller krav enligt AFB.31. Anbudet från VL Bygg hade lägre pris än det antagna anbudet. VL Bygg har lidit eller riskerat att lida skada.

Vid genomgång av de övriga inkomna anbuden framgår dessutom att samtliga övriga anbudsgivare har underlåtit att uppfylla kravet under AFB.151 att anbudsgivaren vid anbudsgivning ska lämna skriftligt bevis om att denne fullgjort sina åtaganden avseende svenska skatter, källskatt och arbetsgivaravgifter. Endast VL Bygg har lämnat sådan skriftlig bevisning genom att tillhandahålla Skatteverkets ifyllda blankett SKV 4820. Med anledning av detta ska alltså samtliga övriga anbudsgivare uteslutas från upphandlingen.

ÅFA bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Anbudet från VL Bygg uppfyller inte ska-kraven under förfrågningsunderlagets AFB.31 och har därför förkastats. Avseende punkt 1 ska samtliga uppgifter lämnas på

bifogat anbudsformulär vilket VL Bygg inte gjort vad gäller underentreprenör. Samtidigt anger VL Bygg att man ska använda samarbetspartners. Att VL Bygg svarat "ja" på frågan om krav på ekonomisk ställning i punkt 7 är inte relevant då VL Bygg inte uppfyller kravet på rating och inte heller på annat sätt kunnat visa att man uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Angående punkt 4 är det endast angett en projektledare och arbetschef vilket inte är en projektorganisation. Det saknas en beskrivning av företaget samt en presentation av företagets uppbyggnad. AFD.3 gäller den definitiva organisationen när projektet väl startas. Angående punkt 6 finns inte kopia på företagsförsäkring i avlämnat anbud. AFD.54 avser entreprenadförsäkring för antagen entreprenör. AFD.631 avser säkerhet för antagen entreprenör.

ÅFA har vidare utfört kontroll via Företagsrapport hos Justitia och funnit att samtliga anbudsgivare uppfyller krav på F-skatt m.m.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter AFB.31 Anbuds form och innehåll anges:

Anbud ska undertecknas av behörig firmatecknare.

Förbehåll och reservationer ska vara prissatta då anbudet i annat fall kan komma att förkastas.

Anbud ska avges i enlighet med i förfrågningsunderlaget givna förutsättningar. I anbudet ska följande uppgifter anges:

1. Samtliga uppgifter ska lämnas på och enligt bifogat anbudsformulär.

4. Projektorganisation. (Företagets organisation och ansvarsfördelning.)

5. Krav på erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt AFB.51 är uppfyllda.

Svar: Ja eller Nej. Svar lämnas i anbudsformulär.

6. Kopia på försäkringsbevis. (Företagsförsäkring.)

7. Ekonomi, anbudsgivaren ska uppvisa förhandsbesked på efterfrågad garanti. Upp-

fyller anbudsgivaren krav enligt AFB.51. Svar: Ja eller Nej. Svar lämnas i anbudsformulär.

9. Juridiska krav enligt AFB.51. Svar: Ja eller Nej. Svar lämnas i anbudsformulär.

10. Entreprenören ska inneha F-skatt och vara registrerad i bolagsregister eller motsvarande.

Vidare anges i AFB.51 Prövning av anbudsgivare bl.a. följande:

Anbudsgivare ska ha erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet att fullgöra ett eventuellt kommande avtal genom erfarenhet av tidigare uppdrag av motsvarande omfattning och innehåll. Erfarenheterna ska uppfylla krav och kunna styrkas enligt nedan.

Anbudsgivaren ska under de senaste fem åren räknat till och med sista anbudsdag ha tre års dokumenterad erfarenhet av uppdrag motsvarande det som efterfrågas i denna upphandling. För anbudsgivare som är nyetablerat företag gäller samma krav som ovan, men den efterfrågade erfarenheten ska då vara hänförlig till en eller flera personer i företagsledningen. Svar Ja/Nej.

Anbudsgivaren ska på anmodan, kunna styrka erfarenheten genom att lämna förteckning över de viktigaste uppdragen som utförts under den senaste femårsperioden räknat till och

med sista anbudsdag. Förteckningen ska innehålla uppgift om uppdragsgivare, uppdragets art och vilket/vilka år uppdraget utförts.

I samband med anbudsprövningen kan beställaren komma att kontrollera anbudsgivarna enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Beställaren kan utesluta anbudsgivare från att delta som inte uppfyller dessa krav. Samtliga ska-krav enligt AFB.31 ska vara uppfyllda.

Krav på ekonomisk ställning:

Det är viktigt att leverantören har ekonomiska förutsättningar att fullgöra uppdraget under den tid som avtalet gäller.

Anbudsgivaren ska därför ha god ekonomisk ställning.

Anbudsgivaren ska inneha en aktuell kreditvärderingsnivå A eller högre enligt Justitia eller motsvarande nivå från annat kreditupplysningsinstitut.

Om anbudsgivaren inte uppnår miniminivån på kreditvärdighet ska kravet ändå anses uppfyllt om punkterna 2 och 3 eller 2 och 4 nedan är uppfyllda.

2. Anbudsgivaren lämnar sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomisk stabilitet.
3. Garanti lämnas gällande anbudsgivarens ekonomiska stabilitet av moderbolag eller annan garant. Sådan intyg ska bifogas anbudet och vara undertecknat av moderbolagets eller garantens firmatecknare/behöriga företrädare. ---
4. Nystartade företag ska redovisa antingen dokumentation enligt 3 ovan eller visa att de har tillräcklig ekonomisk ställning genom bankgaranti, koncerngaranti eller motsvarande revisorsintyg.

Anbudsgivare som inte uppfyller kraven ovan och som åberopar omständigheter enligt punkt 2 och 3 eller 2 och 4 ska till sitt anbud foga sådan förklaring som anges i punkt 2 och garanti eller intyg enligt punkt 3 eller 4.

Juridiska krav:

Enligt 10 kap. 1-2 §§ LOU ska eller får anbudsgivare uteslutas under omständigheter som beskrivs i 10 kap. Kommer det till vår kännedom att anbudsgivare omfattas av omständigheter enligt 10 kap. 1-2 §§ LOU kommer anbudet att förkastas. Ånge kommun samarbetar med skattekontroll av anbudsgivare och leverantörer. Försäkras ni att ni inte omfattas av omständigheter som ska eller kan medföra uteslutning enligt ovan. Svar: Ja eller Nej.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning

lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av principen om likabehandling, som utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling, följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

ÅFA har vid anbudsprövningen ansett att anbudet från VL Bygg inte kvalificerat sig för utvärdering med motiveringen att det brister på en rad punkter i de administrativa föreskrifterna AFB.31 avseende Anbuds form och innehåll. VL Bygg motsätter sig ÅFA:s uppfattning och anför därutöver att den antagna leverantörens anbud brister vid uppfyllande av visst ska-krav.

Förvaltningsrätten konstaterar att AFB.31 tillsammans med AFB.51 innehåller ett antal krav på uppgifter som ska anges i anbudsformuläret. Vad gäller krav på ekonomisk ställning konstaterar förvaltningsrätten att VL Bygg i anbudsformuläret uppgett att då företaget är nystartat kan rating eller bankgaranti inte presenteras, men att relevant ansvarsförsäkring kommer att tecknas vid ett eventuellt tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten finner i likhet med ÅFA att VL Bygg med detta svar i anbudsformuläret inte har visat att kravet på ekonomisk kapacitet är uppfyllt. Redan på dessa grunder finner förvaltningsrätten att ÅFA i enlighet med likabehandlingsprincipen har haft grund för att utesluta VL Bygg.



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 nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitat 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.