



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-09-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2536-12

SÖKANDE

Kjellbergs Bygg i Trosa AB, 556733-6689
Box 86
619 22 Trosa

Ombud: Elin Liljeblad Laine
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Trosa kommun
619 80 Trosa

Ombud: Advokat Olof Hallberg och jur.kand. Mikael Engström
Advokatfirma Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

KONKURRENSVERKET	
2012-09-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 83790

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Trosa kommun genomför en upphandling avseende ombyggnad av varmbadhuset Safiren. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande. Det anbud som innehåller det lägsta priset ska antas.

Enligt tilldelningsbeslut den 10 april 2012 tilldelades Abutilon AB entreprenaduppdraget.

Av utvärderingsrapport framgår att Nyvest Bygg AB och Kjellbergs Bygg i Trosa AB placerade sig på andra respektive tredje plats i utvärderingen.

Kjellbergs Bygg ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse i form av ny utvärdering utan beaktande av anbuden från Abutilon och Nyvest. I andra hand yrkar Kjellbergs Bygg att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Abutilon och Nyvest har getts tillfälle att yttra sig.

PARTERNAS ARGUMENTERING

Bolaget

Kommunen har på felaktiga grunder kvalificerat och utvärderat anbud från Abutilon och Nyvest. Dessa anbudsgivare uppfyller inte samtliga ställda kvalificeringskrav och skall-krav och skulle därmed rätteligen ha förkastats. Kvalificering och utvärdering har därmed skett i strid mot LOU och dess grundläggande princip om likabehandling. Mot bakgrund härav har

Kjellbergs Bygg inte tilldelats kontrakt och har därmed lidit skada. Kjellbergs Bygg ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

Angående F-skattebevis

I de Administrativa föreskrifterna, AFB.31 Anbuds form och innehåll, anges att "Anbudet skall innehålla och redovisa"...."Kopia på gällande F-skattebevis".

I utvärderingsmallen anges att "De anbudsgivare som inte uppfyller de grundläggande kraven på seriositet, andra ställda grundkrav eller om inte anbudsgivaren inkommer med komplett anbud enligt anbuds form och innehåll AFB.31, kommer att förkastas."

Ett F-skattebevis för år 2011 gäller enbart för år 2011. I och med lagändringen vid årsskiftet är dock det registerutdrag för F-skatt som företag får för år 2012 gällande till dess godkännande för F-skatt av något skäl återkallas. Abutilon har i sitt anbud bifogat ett F-skattebevis från 2011. Abutilon har därmed inte uppfyllt kravet på att bifoga ett gällande F-skattebevis och har därmed inte uppfyllt det aktuella skall-kravet i AFB.31 p. 3. Det är inte tillräckligt med bekräftelse i SKV 4820. Grund för uteslutning av Abutilons anbud föreligger därmed. Att kommunen har godkänt Abutilons anbud trots avsaknaden av gällande F-skattebevis innebär att kommunen inte har behandlat alla anbudsgivare lika, vilket är i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Försäkring, kvalitets- och miljöplan samt omhändertagande av avfall och restprodukter

I de administrativa föreskrifterna AFC.54 anges tydligt att "I anbudet skall anges var försäkring tecknas och storleken på försäkringsbeloppet." Det anges vidare att "Försäkringsbeviset ska innehålla försäkringsbelopp för såväl egendomförsäkringar som ansvarsförsäkringar. Försäkringarna ska tecknas och vidmakthållas, så att de gäller till dess att garantianmärkingar

har åtgärdats.” Oavsett vad domstolen kommer fram till om när de aktuella skall-kraven i de administrativa föreskrifterna behöver uppfyllas av anbudsgivaren, således alldeles oavsett om de måste vara uppfyllda i samband med anbudsinslämnandet eller vid avtalstecknandet, så anges att det “I anbudet skall anges var försäkringen tecknas och storleken på försäkringsbeloppet”. Innebörden av denna ordalydelse kan inte missförstås. Begreppet “anbudet” är även följt av ett tydligt “skall” vilket inte heller kan misstolkas. Skall innebär att det är ett oundgängligt krav att i anbudet uppge försäkringsbolag samt storlek på försäkringsbelopp och om så ej sker kan anbudet inte utvärderas vidare.

Av Abutilons anbud framgår inte var försäkring tecknats och storleken på försäkringsbeloppet. Abutilon har inte bifogat något försäkringsbevis alls. Abutilon uppfyller därmed inte det aktuella skall-kravet i AFC.54 och grund för uteslutning av Abutilons anbud föreligger därmed. Att kommunen har godkänt Abutilons anbud trots avsaknaden av dessa uppgifter innebär att kommunen inte har behandlat alla anbudsgivare lika, vilket är i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Av Nyvests anbud framgår inte hur avfall och restprodukter ska tas om hand eller hur arbetet ska planeras så att källsortering underlättas. Nyvest kan därmed inte sägas uppfylla det aktuella skall-kravet i AFC.2231 och grund för uteslutning av Nyvests anbud föreligger därmed. Det finns ett flertal av kraven under AFC som innebär att anbudsgivaren ska uppge olika uppgifter i anbudet, exempelvis i de Administrativa föreskrifterna, AFC.2222 anges under entreprenörens miljöansvarige följande: “skall anges i anbud”. Samma sak gäller det tidigare diskuterade kravet angående försäkringar. Att kommunen blandar in ett flertal skall-krav i de Administrativa villkoren och Entreprenadföreskrifterna AFC, innebär inte att de inte ska uppfyllas vid anbudsinslämnandet eller anges i anbudet. Om så är fallet anser Kjellbergs Bygg att förfrågningsunderlaget är så otydligt att kommu-

nen bryter mot transparensprincipen i LOU 1 kap. 9 och att upphandlingen därför ska göras om.

Kommunen

F-skattsedel

Syftet med bestämmelsen är att den upphandlande myndigheten ska veta att anbudsgivaren är registrerad för F-skatt. Av Skatteverkets "Företagsregistering" (SKV 418 utgåva 28) framgår, såvitt nu är av intresse, att man för att visa att man är registrerad för F-skatt, hos Skatteverket kan begära att få ett registerutdrag som innehåller uppgift om godkännande för F-skatt som kan uppvisas för uppdragsgivaren/utbetalaren. Ett godkännande för F-skatt kan återkallas på begäran av den F-skatteregistrerade eller om denne exempelvis inte lämnar inkomstdeklaration, inte redovisar eller betalar sina skatter och avgifter, har näringsförbud eller är i konkurs. Godkännandet för F-skatt kan också återkallas om någon missbrukar den (t.ex. i syfte att undgå att betala skatt). Lite förenklat gäller därför att en F-skatteregistrering är gällande till dess godkännandet för F-skatt av något skäl återkallas. En F-skatteregistrering gäller alltså tills vidare och det registerutdrag som i upphandlingen efterfrågats avser således inget annat än att visa att anbudsgivaren är registrerad för F-skatt. Med ett "gällande F-skattebevis" avses alltså att visa att anbudsgivaren har en gällande F-skatteregistrering. Huruvida det åberopade registerutdraget är en, tre eller kanske tolv månad(er) gammalt saknar därvidlag betydelse. Det må här också anmärkas att det inte är ett för innevarande år utfärdat F-skattebevis som efterfrågats utan ett gällande. Sammanfattningsvis i denna del har således Abutilon redovisat ett bevis på gällande F-skatteregistrering och därmed lämnat ett komplett anbud. Beviset om F-skatt har kompletterats med ifylld och besvarad SKV 4820 genom vilken Skatteverket bekräftar att gällande registrering för F-skatt finns. Grund för att diskvalificera Abutilons anbud av det skälet saknas därmed.

Försäkring, kvalitets- och miljöplan samt omhändertagande av avfall och restprodukter

Den bestämmelse som Kjellbergs Bygg hänvisar till (AFC.54) återfinns i AFC, dvs., den del av förfrågningsunderlaget som kommer att utgöra avtalsinnehåll. Det är således först per avtalsdagen som bestämmelserna i AFC blir bindande mellan parterna. Av lätt insedda skäl är det uppenbart att det är orimligt att kräva att anbudsgivaren redan i samband med anbudens ingivande ska efterkomma de delar av ett förfrågningsunderlag som tar sikte på fullgörandet av upphandlingskontraktet. Syftet med en bestämmelse om försäkringsskydd vid en entreprenad är naturligtvis att det senast i samband med arbetenas utförande ska finnas en försäkring avseende entreprenaden. Det är ostridigt att den av Kjellbergs Bygg åberopade bestämmelsen återfinns i AFC.54. Det torde vidare vara ostridigt att AFC har rubriken "Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad" samt att AFB har rubriken "Upphandlingsföreskrifter". Precis som kommunen tidigare anfört är det av lätt insedda skäl uppenbart att frågan om försäkringen ska uppfattas så, att det är ett åtagande som ska göras i samband med att upphandlingskontraktet skrivs. I ljuset av detta konstaterande är naturligtvis skrivningen i AFC.54 olycklig men det ska här framhållas, att praxis tämligen entydigt utvisar att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade måste godtas, så länge de unionsrättsliga principerna inte träds förnär.

Samma principiella ståndpunkt gör sig gällande vad avser anmärkningen rörande såväl kvalitets- och miljöplanen som avfallshanteringen. Också detta är bestämmelser som återfinns under AFC (AFC.2231) – entreprenadföreskrifterna – och således åsyftar att beskriva innehållet i det blivande entreprenadkontraktet. Det rör således åtaganden som den valde entreprenören har att göra i samband med ingåendet av upphandlingskontraktet. Härtill kommer förtydligandet i AFC.242 som under rubriken "Tillhandahållande av handlingar och uppgifter från entreprenören under entreprenadtiden" tydligt anger att detta avser handlingar, se särskilt AFC.242 p. 3 och

4, som ska finnas på plats i samband med entreprenadens påbörjande och därefter. Det ska i sammanhanget poängteras att det som efterfrågas i AFC.242 är samma handlingar som anges AFB.31 p. 7 och i handling 13.01 p. 7. Det finns alltså sammanfattningsvis inte finns skäl att förkasta vare sig Abutilon eller Nyvest från deltagande i upphandlingen.

Kommunen anser inte att upphandlingsunderlaget i nu aktuella delar varit otydligt. Skulle förvaltningsrätten trots det ovan sagda finna att underlaget i någon mån är behäftat med brister, menar kommunen att bristerna under alla omständigheter inte är av sådan art att underlaget strider mot de grundläggande principerna och fordrar ett ingripande på sätt som bolaget har yrkat. Kommunen vill även understryka att, för det fall underlaget skulle anses stå i strid med transparensprincipen, bolaget under alla omständigheter inte har lidit skada av detta. Bolaget har lämnat anbud och kvalificerats i upphandlingen, helt utan påverkan av utformningen av nu aktuella delar i underlaget. Bolagets talan kan därför inte bifallas på denna grund.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Syftet med upphandlingsdirektiven, som LOU bygger på, är att främja den inre marknaden inom EU. Syftet är inte i första hand att de upphandlande myndigheterna ska göra bra affärer vid köp av varor och tjänster. Lagstiftarens avsikt har i stället främst varit att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt, t.ex. för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller skapa handelshinder (Pedersen 2011, Upphandlingens grunder, 2 uppl., s. 30).

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den leder till ett rättvisande resultat. Domstolen uttalade angående vilka krav man kan ställa på ett förfrågningsunderlag bl.a. att 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det Kjellbergs Bygg anför medför att det var fel av kommunen att utvärdera anbudet från Abutilon och Nyvest. Om fel i upphandlingen konstateras har förvaltningsrätten även att ta ställning till om detta medfört att Kjellbergs Bygg lidit eller kan komma att lida skada.

F-skatt

Enligt förfrågningsunderlaget (Upphandlingsföreskrifter, AFB.31 Anbudsform och innehåll) ska till anbudet fogas kopia på gällande F-skattebevis. Abutilon har åberopat ett F-skattebevis från 2011, daterat den 19 december 2011.

Till anbudet har Abutilon fogat även blanketten SKV 4820 i vilken Skatteverket angett att Abutilon den 1 mars 2012 var registrerat för F-skatt. Kravet avseende F-skatt får mot den bakgrunden anses uppfyllt. Det har därför inte på den grunden varit fel av kommunen att utvärdera Abutilons anbud.

Försäkring

Av förfrågningsunderlaget (Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, AFC.54 Försäkring) framgår att det i anbudet ska anges bl.a. storleken på försäkringsbeloppet. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget (Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, AFC.242 Tillhandahållande av handlingar och uppgifter från entreprenören under entreprenadtiden) att

entreprenören senast två veckor efter beställning ska upprätta och leverera försäkringsbevis.

Trots att det kunde ha varit tydligare att placera kravet avseende försäkringsbelopp i en annan del av förfrågningsunderlaget kan kravet inte förstås på annat sätt än att storleken på försäkringsbeloppet ska anges redan i anbudet. Att försäkringsbevis ska tillhandahållas senare inverkar inte på bedömningen.

Eftersom Abutilon inte i sitt anbud angett storleken på försäkringsbeloppet har dess anbud inte uppfyllt skall-kravet avseende försäkringsbelopp. Genom att inte utesluta Abutilons anbud har kommunen därmed brutit mot bestämmelser i LOU.

Avfallshantering

Av förfrågningsunderlaget (Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, AFC.2231 Beställarens kvalitets- och miljöplan) framgår beträffande avfallshantering att entreprenören ska ange hur avfall och restprodukter ska tas om hand. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget (Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, AFC.242 Tillhandahållande av handlingar och uppgifter från entreprenören under entreprenadtiden) att entreprenören senast två veckor efter beställning ska upprätta och leverera projektanpassad miljöplan.

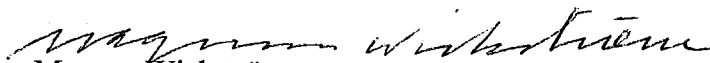
Med beaktande av både AFC.2231 och AFC.242 finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlagets föreskrifter angående avfallshantering inte kan anses innebära ett krav på att det redan i anbudet ska lämnas uppgifter om hur avfall och restprodukter ska tas om hand. Det har därför inte på Kjellbergs Bygg åberopad grund varit fel av kommunen att utvärdera Nyvests anbud.

Vidare kan förfrågningsunderlaget i denna del inte anses ha brutit i transparens i sådan mån att upphandlingen bör kunna klandras på den grunden.

Skada

Av det ovan anförda följer att kommunen brutit mot bestämmelser i LOU genom att inte utesluta Abutilons anbud. Eftersom Kjellbergs Bygg inte placerat sig närmast efter Abutilon i utvärderingen har felet emellertid inte medfört att Kjellbergs Bygg lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).


Magnus Wickström

Föredragande: Per Läckström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom **tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU