



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-11-17
Meddelad i
Uppsala

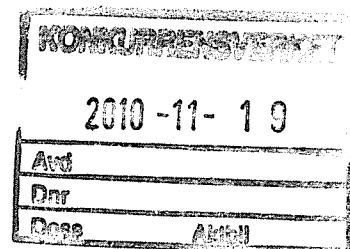
Mål nr
6277-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Andersson Company Byggnads AB, 556285-1120

Ombud:

1. Jur. kand. Sara-Li Olovsson
2. Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm



MOTPART

Enköpings kommun
745 80 Enköping

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Enköpings kommuns upphandling av totalentreprenad avseende nybyggnad av Fjärdhundra förskola, dnr TF 2010/423

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Andersson Company Byggnads AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Enköpings kommuns upphandling av totalentreprenad avseende nybyggnad av Fjärdhundra förskola, dnr TF 2010/423, ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska göras och att Elvbyggs anbud därvid inte ska beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 september 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Enköpings kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende nybyggnad av Fjärdhundra förskola. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande där anbudet med lägst pris skulle antas. Kommunen meddelade i tilldelningsbeslut den 1 september 2010 att upphandlingen hade tillfallit Elvbygg AB (Elvbygg).

Andersson Company Byggnads AB (bolaget) begär överprövning av kommunens upphandling. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid de väsentliga ändringar Elvbygg har tillåtits att göra i sitt anbud ska bortses ifrån och Elvbyggs anbud under alla förhållanden ska förkastas på grund av bristande skall-kravsuppfyllelse. Bolagets anbud ska därmed antas såsom varande anbudet med lägst pris.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna i 1 kap. 9 § LOU och mot 15 kap. 12 § andra stycket LOU, genom att låta Elvbygg väsentligen ändra sitt anbud i strid med LOU, för att på så sätt kunna uppfylla i upphandlingen ställda skall-krav, i stället för att kommunen, såsom rätteligen skulle ha skett, förkastat anbudet. Kommunen har även brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna i 1 kap. 9 § LOU då kommunen antagit anbudet från Elvbygg, trots att anbudet inte uppfyller skall-kraven i upphandlingen avseende ekonomisk stabilitet och finansiell ställning. Till följd av kommunens överträdelser av LOU har bolaget lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Otillåten ändring och bristande skall-kravsuppfyllelse

Kommunen har låtit Elvbygg göra en väsentlig och därför otillåten ändring av anbudet. Av ett dokument benämnt "Förtydligande" som av kommunen

bilagts Elvbyggs anbud framgår att Elvbygg har fått ändra vissa delar av sitt anbud den 24 augusti 2010. Anbudstiden gick ut den 19 augusti 2010 och ändringen skedde således efter anbudstidens utgång. Av det aktuella dokumentet framgår att Elvbygg har ändrat uppgifter avseende såväl ombud som projekteringsledare och installationssamordnare. Ett ofullständigt anbudsformulär avseende skall-krav innebär att anbudet brister i skallkravs-uppfyllelse. Av det s.k. ”förtydligandet” av anbudet som Elvbygg gjort, kan bolaget endast dra slutsatsen att de personer och de uppgifter som Elvbygg angav i sitt anbud avseende ombud, projekteringsledare och installationssamordnare, av kommunen inte ansetts uppfylla kraven enligt förfrågningsunderlaget. Detta eftersom en ändring av tidigare lämnade uppgifter annars inte hade varit nödvändig.

En upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Såväl förtydligande som komplettering får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras. Nya eller ändrade uppgifter får således inte tillföras ett anbud i efterhand. Ändringarna av Elvbyggs anbud är väsentliga, dvs. de är inte att betrakta som kompletteringar eller förtydliganden av anbudet. Dels har Peter Vägermark ersatt Angelica Vägermark som ombud, dels har Kurt Ingeberg från Projekteringskonsult AB ersatt Peter Vägermark både som projekteringsledare och som installationssamordnare. Eftersom varken Projekteringskonsult AB eller Kurt Ingeberg nämnts i Elvbyggs anbud och ändringarna därför innebär att helt nya uppgifter tillförs anbudet, kan det inte vara fråga om ett förtydligande eller en komplettering i LOU:s mening. Att en anbudsgivare som inte uppfyllt ett skall-krav i efterhand får förtydliga eller komplettera sitt anbud på så sätt att skall-krav uppfylls är därför otillåtet eftersom det strider mot likabehandlingsprincipen. Elvbyggs anbud har således varit bristfälligt innan Elvbygg tilläts göra ändringar i anbudet. Genom att låta Elvbygg ändra uppgifterna i sitt anbud på ett sådant väsentligt sätt att Elvbygg uppfyllt

skall-krav som tidigare inte var uppfyllda, har kommunen agerat i strid mot principerna om likabehandling och transparens och mot 15 kap. 12 § andra stycket LOU.

Elvbyggs anbud uppfyller inte skall-kraven på erfarenhet från liknande uppdrag. Av avsnitt 3.6 i ”Formulär – Krav på anbud” till förfrågningsunderlaget framgår att erfarenhet av liknande uppdrag är en förutsättning för avtal samt att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst två liknande uppdrag och omfattning, varmed får förstås uppdrag som både till innehåll och till omfattning liknar det uppdrag som upphandlingen avser. Det aktuella skall-kravet innebär således att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst två uppdrag som till innehåll och omfattning liknar en totalentreprenad avseende nybyggnad av en förskola. Samma krav på erfarenhet ställs i det aktuella avsnittet på offererade projekteringsledare och installationssamordnare, dvs. även dessa ska ha erfarenhet av minst två uppdrag som till innehåll och till omfattning liknar en totalentreprenad avseende nybyggnad av förskola.

Bolaget konstaterar att Elvbyggs anbud inte innehåller någon som helst information om huruvida de av Elvbygg offererade projekteringsledarna och installationssamordnarna, varken den initialt offererade Peter Vägermark eller den efter ändring offererade Kurt Ingeberg, deltagit i de åberopade projekten eller vilka roller dessa i så fall haft. Elvbygg har således inte visat att offererade projekteringsledare respektive installations-samordnare har den erfarenhet som framgår av skall-kraven.

Bolaget konstaterar också att Elvbyggs anbud inte uppfyller skall-kraven på stabil ekonomisk och finansiell ställning.

Bolaget har lidit skada

Bolaget har placerat sig på andra plats i utvärderingen. Om kommunen inte hade agerat i strid mot LOU på sätt som visats ovan, hade bolaget tilldelats kontrakt i upphandlingen. Det är därmed klarlagt att kommunens brott mot LOU har medfört att bolaget har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada, varför skäl föreligger för förvaltningsrätten att förordna om rättelse i enlighet med bolagets huvudyrkande.

Kommunen har valt att inte yttra sig.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 12 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 16 kap. 1 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, anges följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, anges 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. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget under avsnittet ”AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud” anges följande. Endast anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav utvärderas. De obligatoriska kraven framgår i handlingarna 5.1 och 5.2 samt i dessa administrativa föreskrifter. Efter anbudsöppning kommer det anbud som har lägst pris att antas.

I Elvbyggs anbud anges som ombud Angelica Vägermark och som projekteringsledare och installationssamordnare Peter Vägermark.

I skrivelse benämnd ”Förtydligande av anbud för Nybyggnad av Fjärdhundra förskola” daterad den 24 augusti 2010 anges följande. Elvbygg förtydligar sitt anbud angående organisation för projektet. Ombud och projektledare är Peter Vägermark. Projekteringsledare och installationssamordnare är Projekteringskonsult AB, Kurt Ingeberg.

I förfrågningsunderlaget under avsnittet ”Krav på anbudsgivaren” anges bland annat följande.

3.6 Anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet

3.6.1 Tidigare erfarenhet, Anbudsgivare

Erfarenhet av liknande uppdrag är en förutsättning för avtal. Anbudsgivaren skall ha erfarenhet av minst två (2) liknande uppdrag och omfattning. *Som bevis på uppfyllande av ovanstående krav skall följande bifogas anbudet:*

Förteckning över gjorda uppdrag med uppgift om beställare, beställarens kontaktperson med telefonuppgift, typ av uppdrag, när uppdraget gjordes.

3.6.2 Tidigare erfarenhet, Projekteringsledare

Erfarenhet av liknande uppdrag är en förutsättning för avtal. Anbudsgivaren skall ha erfarenhet av minst två (2) liknande uppdrag och omfattning.

Som bevis på uppfyllande av ovanstående krav skall följande bifogas anbudet:

Förteckning över gjorda uppdrag med uppgift om beställare, beställarens kontaktperson med telefonuppgift, typ av uppdrag, när uppdraget gjordes.

3.6.3 Tidigare erfarenhet, Installationssamordnare

Erfarenhet av liknande uppdrag är en förutsättning för avtal. Anbudsgivaren skall ha erfarenhet av minst två (2) liknande uppdrag och omfattning.

Som bevis på uppfyllande av ovanstående krav skall följande bifogas anbudet:

Förteckning över gjorda uppdrag med uppgift om beställare, beställarens kontaktperson med telefonuppgift, typ av uppdrag, när uppdraget gjordes.

I Elvbyggs anbud, bilaga 2, Tidigare erfarenheter, anges under punkterna 3.6.1, 3.6.2 och 3.6.3 två tidigare uppdrag avseende nyproduktion av kontor/lager samt ombyggnad av Prostgården.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot kommunens upphandling. För ingripande krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Bolaget har i första hand gjort gällande att kommunen har brutit mot lika-behandlings- och transparensprinciperna i 1 kap. 9 § LOU och mot 15 kap. 12 § andra stycket LOU, genom att låta Elvbygg väsentligen ändra sitt anbud för att kunna uppfylla ställda skall-krav. I målet har framkommit att anbudstiden gick ut den 19 augusti 2010 och att Elvbygg och kommunen har undertecknat ett dokument benämnt förtydligande den 24 augusti 2010. I förtydligandet anges en annan person som projekteringsledare och instal-

lationssamordnare vid entreprenaden än i det ursprungliga anbudet och personen som i det ursprungliga anbudet hade de befattningarna anges i stället som ombud och projektledare.

Grundregeln vid inlämnande av anbud är att detta efter inlämnande inte får ändras. Det finns dock vissa undantag enligt 15 kap. 12 § LOU. Den upphandlande enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan (se Kammarrätten i Stockholms dom mål nr 4214-05).

Gällande rätten till precisering/komplettering hänvisar lagstiftaren (prop. 2006/07:128 s, 161) till generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-87/94, Europeiska kommissionen mot Belgien. Generaladvokaten uttalar där att innebörden av rätten till precisering/komplettering är följande.

”Med termen precisera måste förstås att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Med termen komplettera avses att komma in med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom att konkretisera dem på ett eller annat sätt”.

Förvaltningsrätten finner att Elvbyggs förfarande att ändra uppgifterna om vilka personer som utgör ombud, projekteringsledare och installationssamordnare vid entreprenaden inte utgör ett förtydligande eller en komplettering då uppgifterna har ersatt tidigare uppgifter och det inte handlar om marginella sakuppgifter som har tillförts. De nya uppgifter som Elvbygg inkom med får i stället ses som en ändring av det ursprungliga anbudet efter anbudstidens utgång och kommunen borde därför inte ha beaktat dem vid anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är i förfrågningsunderlaget som ramen och förutsättningarna för en upphandling fastställs. De skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget innehåller kvalificeringskrav som måste vara uppfyllda för att ett anbud överhuvudtaget ska utvärderas. Anbud som inte uppfyller skall-kraven ska förkastas. I förfrågningsunderlaget anges som skall-krav att projekteringsledaren och installationssamordnaren ska ha erfarenhet av liknande uppdrag. Det är oklart huruvida kommunen ansåg att den ursprungligen angivna projekteringsledaren och installations-samordnaren uppfyllde dessa skall-krav. Det är vidare oklart varför och på vems initiativ förtydligandet har tillkommit. Med anledning av att det saknas motbevisning, då kommunen valt att inte yttra sig, samt att vad bolaget har gjort gällande inte förefaller osannolikt, får det anses visat att Elvbyggs ursprungliga anbud brast i skall-kravsuppfyllelse avseende erfarenhet av liknande uppdrag för projekteringsledaren och installationssamordnaren. Kommunen borde således rätteligen ha förkastat anbudet och inte tagit upp det till utvärdering. Genom att kommunen ändå beaktade Elvbyggs ändrade anbud har Elvbygg särbehandlats på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

För att rätten ska besluta om ingripande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta. Av kommunens utvärdering framgår att bolaget hade lämnat anbudet med näst lägst pris. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av kommunens agerande i strid mot LOU.

Med hänsyn till att bristen i upphandlingsförfarandet inte är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet finner förvaltningsrätten att rättelse är en tillräcklig åtgärd. Förvaltningsrätten ska således bifalla bolagets ansökan om överprövning och förordna att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs varvid Elvbyggs anbud bortses från.

Vid denna bedömning saknas anledning att pröva vad bolaget i övrigt anfört som grund för ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Linnea Fagerberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

