



SÖKANDE

Byggentreprenad i Mönsterås AB, 556823-1020

MOTPARTER

1. Mönsterås kommun
2. Vattenpalatset i Mönsterås AB, 556277-6053

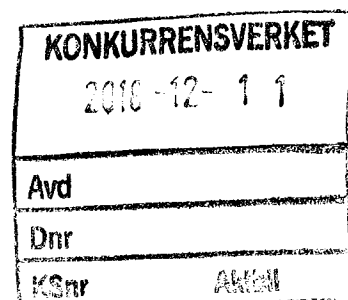
Ombud: Anders Strömbäck

3. Hansa Byggservice AB, 556760-8319

Ombud: Advokat Göran Johansson
GoJo Advokatbyrå AB

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten avvisar Byggentreprenad i Mönsterås AB:s yrkande att rätten ska utföra en egen utredning av om vinnaren kan uppfylla kravet på inställetid.
2. Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att utvärderingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Mönsterås kommun har genomfört en upphandling av ramavtal för hantverkstjänster. Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande. Åtta anbudsgivare kom in med anbud i upphandlingen varav ett diskvalificerades. Enligt tilldelningsbeslut den 21 november 2017 har ett antal olika anbud tilldelats kontrakt på sex olika områden.

Dok.Id 185608

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	--	-------------------------------	---

Byggentreprenad i Mönsterås AB (Byggentreprenad) ansöker om överprövning avseende delen ”Bygg Mönsterås/Fliseryd och Timmernabben” och yrkar att utvärderingen ska göras om varav Byggentreprenad rangordnas som nummer ett samt att anbudet från Hansa Byggservice AB (Hansa) förkastas. Vidare yrkas att förvaltningsrätten prövar om det är möjligt för Hansa att på ett lagligt sätt inom föreskriven tid kunna inställa sig på samtliga av beställarens fastigheter. Beräkningen ska göras från fastigheter Hansa äger och förvaltar och avseende upphandlingens geografiska områden 1 och 2. Detta ska göras under trafikerad tid samt lugnare tid. Utöver detta yrkas att Hansas bekräftelse om inställetiden i anbudet ogiltigförklaras. Om avtal påbörjats ska förvaltningsrätten förklara det ogiltigt.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

Hansa motsätter sig bifall till ansökan.

Den 18 januari 2018 beslutade förvaltningsrätten att upphäva den förlängda avtalsspärren avseende delen ”golv”.

VAD PARTERNA ANFÖR

Byggentreprenad

Enligt upphandlingsföreskrifterna under punkt 2.1.4. framgår att kompetens värdesätts genom adekvat yrkesutbildning/ yrkesbevis och att detta ska bifogas. Vidare ska godkänd utbildning kunna verifieras vid arbete som kräver skylift eller liknande plattform. Intyg saknas i Hansabyggservice anbud.

En inställetid på 30 minuter är ett krav som inte kan frångås. Det är omöjligt att i akuta situationer tillhandahålla både yrkesarbetare och arbetsledning på platsen för att utföra uppdrag i de flesta delarna av Mönsterås kommun. Att dessutom kunna transportera sig med nödvändig utrustning och

klara av inställelse utan att bryta mot trafikregler är omöjligt. Hansabygg har sitt närmaste driftställe på Engelska vägen 10 i Kalmar. Exempelvis är det 57,8 km mellan Engelska vägen och centrala Fliseryd, 42,6 km mellan Engelska vägen och centrala Mönsterås. Dessa sträckor vilket tar över 30 minuter att köra lagligt med en lätt lastad bil. Att först pröva om den rangordnade ettan klarar tidskravet leder till att man förändrar upphandlingskravet till ett avtalskrav.

I förfrågningsunderlaget under avsnitt 2.1.4 punkt 13 framgår att prispåslaget högst får vara 12 procent, vilket alltså är ett krav. I Hansas anbud anges ett omkostnadspåslag för underentreprenörer på 15 procent.

Kommunen

Det är ett krav i förfrågningsunderlaget att inställelsetiden är 30 minuter; däremot är det inget krav att anbudsgivarna ska redovisa hur man uppnår detta krav. Detta är dock ett avtalskrav som kommer att följas upp vid varje beställning. Om leverantören inte klarar kravet går man vidare till rangordnad tvåa. Beviskravet angående skylift eller ställningsbyggande upp till nio meter saknas. Det är av ringa art eftersom detta ändå sedan kommer att kontrolleras i samband med beställningar av dessa arbeten. Om kravet inte uppfylls går man även här vidare till rangordnade tvåa. Hansa har angett 15 procent i omkostnadspåslag vilket inte kommer att accepteras eftersom det enligt förfrågningsunderlaget framgår att det är maximalt 12 procent som gäller. Det har alltså ringa betydelse. Rangordningen blir likvärdig oavsett procentsatsen.

Hansa

De har inte uppfattat att det var ett obligatoriskt krav att bifoga yrkesbevis till anbudet enligt förfrågningsunderlagets 2.1.4 punkten 6. Eftersom det står ”värdesätts” tyder det på att om intyget bifogas skulle detta i så fall ge högre

poäng i utvärderingen. När det anges att godkänd utbildning ska kunna verifieras är detta framåtsyftande. Detta innebär att anbudsgivaren ska kunna verifiera kravet under avtalstiden. Kravet under punkt 6.3 ska tillämpas vid framtida avrop. Detta framgår av skrivningen "svar på akuta uppdrag ska lämnas omgående om uppdraget kan genomföras eller inte. Anbudsgivaren lämnar svar här nedan om detta inställelsekrav kan tillgodoses." I teorin kan Hansa uppfylla kravet och har därför bekräftat detta. Om nekande svar skulle lämnas, går uppdraget över till nästa entreprenör i rangordningen. Att uppdraget ska "utföras" inom 0,5 timmar innebär inte att det ska påbörjas och slutföras inom den tiden. Rimligen betyder detta att entreprenören ska ta emot uppdraget, acceptera det, lägga upp en order samt planera utförandet av det. Inte heller detta krav kan uppfattas som obligatoriskt. Det är korrekt att det aktuella påslaget högst får vara 12 procent. Av misstag angavs dock 15 procent i anbudet. Kommunen har uppenbarligen betraktat detta som en uppenbar felskrivning. Det vore oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av detta skrivfel. Enligt kommunen saknade det betydelse för rangordningen och utvärderingen om Hansa i stället för 15 procent angett 12 procent. Byggentreprenad har därför inte lidit skada eller riskerat att lida skada av detta fel.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således Byggentreprenad som har att visa att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att Byggentreprenad har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Förvaltningsrättens bedömning

För de områden som nu prövas i upphandlingen gäller förlängd avtalsspärr i enlighet med 20 kap. 8 § LOU. Om upphandlande myndighet under pågående överprövning ingår avtal i strid mot ovanstående bestämmelse ska domstolen på yrkande från leverantören överpröva avtalets giltighet. Enligt uppgift från kommunen har avtal ännu inte slutits. Det saknas därför förutsättningar för att pröva ogiltighetstalan.

Förvaltningsrätten kan vid bifall enbart förordna att upphandlingen eller utvärderingen ska göras om. Byggentreprenad har yrkat att förvaltningsrätten ska utföra en egen utredning av om vinnaren kan uppfylla kravet på inställetid. I upphandlingsmål är det sökanden som ska visa att upphandlande myndigheten handlat i strid mot LOU. Om eventuella undersökningar åberopas får dessa alltså utredas av sökanden och inte domstolen. Yrkandet ska därför avvisas.

Krav som uppställs i en upphandling kan delas upp i obligatoriska och icke obligatoriska krav. Ett obligatoriskt krav ska som regel vara uppfyllt vid anbudstidens utgång för att anbudet ska gå vidare till utvärdering.

Under avsnitt 2.1.4 i förfrågningsunderlaget anges att samtliga efterfrågade bevis ska bifogas anbudet. Under punkt 6 anges att uppdragets personal ska ha "adekvat utbildning/yrkesbevis". Vidare anges att "vid arbete som kräver skylift eller liknande arbetsplattform samt ställningsbyggnad upp till 9 m ska godkänd utbildning kunna verifieras". Efter detta krav anges "bifogas här". Av formuleringen av kravet framgår inte att det är ett obligatoriskt krav att bifoga intyget. Textens lydelse är även sådan att det kan uppfattas som frivilligt. Förvaltningsrätten finner att det Byggentreprenad har anfört inte visar att Hansas anbud brister på denna punkt.

Under punkt 6.3 under rubriken upphandlingsföreskrifter och rubriken prövning av anbudsgivares lämplighet anges att tillräcklig kapacitet ska innehas för att kunna tillhandahålla minst en yrkesarbetare och arbetsledning avseende bygg inom en halvtimme. Detta är ett av de krav som ställs på anbudsgivarens kapacitet och prövas innan anbudet kan utvärderas. Anbudsgivaren ombeds att ange i svarsdokumentet om inställelsekravet kan tillgodoses. Det är ostridigt att Hansa har angett att bolaget godtar inställelsetiden. Det ställs inga krav att bolagen ska redogöra för hur de avser att uppfylla kravet. Det har heller inte framkommit anledning till att kommunen skulle ha gått in och närmare undersökt Hansas bud i denna del. Enligt förvaltningsrättens mening är det Byggentreprenad har anfört inte tillräckligt för att visa att Hansa inte uppfyller kravet.

Av punkten 13 under avsnitt 2.1.4. framgår att prispåslag på varor utöver de kategorier som angetts i prisformuläret ska vara högst 12 procent. Det är även formulerat såsom att det är anbudsgivaren som ska ange vilket påslag som avses. Om inget anges kan anbudsgivare alltså inte räkna med något

påslag. Det aktuella kravet framstår som obligatoriskt och måste alltså uppfyllas för att utvärdering ska kunna göras. Det är ostridigt mellan parterna att Hansa har angett 15 procent, vilket dessutom framgår av handlingarna i målet. Summan har tydligt angetts under kolumnen för omkostnadspåslag för underentreprenader. Den angivna procentsatsen är endast marginellt högre än den föreskrivna, men dock högre. Det finns inget som tyder på att det är en sådan uppenbar felskrivning som upphandlaren kan bortse från; i vart fall har vare sig kommunen eller Hansa visat detta. Ett obligatoriskt krav har därför frångåtts och kommunen har kvalificerat ett anbud som i stället borde ha förkastats, vilket sålunda skett i strid mot LOU. Kravet på korrekt angivande av prispåslag är ingen obetydlig fråga och den är inte heller svår att uppfylla. Det kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att upprätthålla kravet och förkasta ett anbud som inte uppfyller det.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är således att kommunen i strid mot LOU har utvärderat ett anbud som inte var kvalificerat. Byggentreprenad har varit rankad tvåa i de aktuella områdena. Bolaget har därmed riskerat att lida skada eftersom myndigheten först avropar från vinnande leverantör. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att utvärderingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Malin Toivainen
rådman

Föredragande: Helene Larsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

