

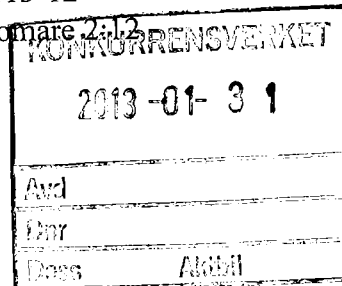


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2013-01-29
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 6113-12

Domare 2:12



SÖKANDE

Bröderna Pettersson, 917001-8296
 Ringgatan 6 K 2 tr
 752 17 Uppsala

Ombud: Advokat Hugo Norlén och jur.kand. Lovisa Nordström Lagerwall
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1203
 751 42 Uppsala

MOTPART

Fortifikationsverket
 631 89 Eskilstuna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 105672

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Fortifikationsverket (myndigheten) upphandlar ramavtal för vinterväghållning och väg-, mark- och parkskötsel på Uppsala garnison. Det anbud som uppfyller samtliga krav och har lägst pris ska tilldelas kontrakt.

Myndigheten fann i tilldelningsbeslut den 14 september 2012 att Markona AB lämnat det lägsta anbudet i delen "Vinterväghållning" och att Upplands Schakt ek. för. lämnat det lägsta anbudet i delen "Väg-, mark- och parkskötsel".

Bröderna Pettersson (bolaget) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning av beslutet.

Efter att bolaget ansökt om överprövning beslutade myndigheten den 1 oktober 2012 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet anförde myndigheten att den har konstaterat ett antal brister i förfrågningsunderlagets utformning, vilket medfört att merparten av anbudsgivarna har redovisat begärda uppgifter på ett otillräckligt sätt.

Bolaget begärde överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkade att detta skulle upphävas. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 20 november 2012, mål nr 6838-12, att undanröja myndighetens beslut att avbryta upphandlingen.

I nu aktuellt mål yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att anbuderna från Upplands Schakt ek. för. och Markona AB förkastas samt att en ny utvärdering sker. Som grund för ansökan har bolaget dels anfört att anbudet från Upplands Schakt ek. för. inte uppfyller samtliga skall-krav, dels att anbudet från Markona AB innehåller otillåtna reservationer samt att Markona AB tillåtits komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång.

Myndigheten motsätter sig bolagets yrkande.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget anför bl.a. följande

För att säkerställa att anbudsgivarna har erforderlig förmåga och erfarenhet anges i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare ska uppge två referensuppdrag som avser uppdrag av liknade slag som det nu aktuella uppdraget med likvärdig omfattning och komplexitet. För referensuppdragen ska kort beskrivning av projektet redovisas. Entreprenaden omfattar skötsel av ett område om ca 475 000 kvm. Sommardelen av entreprenaden omfattar bland annat arbeten med skötsel av gräsmattor, rabatter, planteringsytor och växter. Upplands Schakt har i sitt anbud uppgivit två referenser; Svevia och Emvix Förvaltning & Byggservice AB. Någon beskrivning av referensuppdragen har dock inte ingivits. Det framgår således inte vilka arbeten som har utförts åt angivna referenser eller när arbetena har utförts. Upplands Schakt har således i strid med uppställda skall-krav underlåtit att beskriva referensuppdragen. Syftet med krav på angivande av referenser var att myndigheten skulle kunna bedöma om anbudsgivaren hade tillräcklig erfarenhet och förmåga. Detta går inte att bedöma utifrån Upplands Schakts anbud. Upplands Schakts anbud borde med anledning härav rätteligen ha förkastats.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren ha lämpliga maskiner och fordon till förfogande under hela avtalstiden. Anbudsgivaren ska visa att skall-kravet om lämpliga fordon är uppfyllt genom att i anbudet beskriva vilka arbetsmaskiner anbudsgivaren förfogar över för uppdraget. Upplands Schakt har i anbudet endast angett att man har "240 maskinheter". Vilken typ av maskiner som Upplands Schakt har tillgång till eller om dessa är lämpliga för uppdraget framgår inte. Upplands Schakt har således inte

visat att de uppfyller myndighetens skall-krav om tillgång till lämpliga maskiner och fordon.

I förfrågningsunderlaget anges att arbetsledare skall ha minst fem års erfarenhet som arbetsledare eller motsvarande inom verksamhet för väg-, mark- och parkskötsel avseende uppdrag med likvärdig komplexitet och omfattning som aktuellt uppdrag. Att kraven på arbetsledare är uppfyllda ska styrkas genom att till anbudet bifoga beskrivning/CV gällande offererad arbetsledare, som visar utbildning, erfarenhet och tidigare utförda arbeten. Upplands Schakt har offererat Karl-Johan Thisner som arbetsledare och har beskrivit hans erfarenheter enligt följande: "Karl-Johan Thisner har under rörelsens 35-åriga historia själv agerat arbetsledare och har gedigen erfarenhet av i anbudet förekommande sysslor." Skötselområdet för den upphandlade entreprenaden är 475 000 kvm. Upplands Schakt har inte angivit att Karl-Johan Thisner har erfarenhet av sådana stora/omfattande uppdrag, utan endast att han har erfarenhet av i anbudet förekommande sysslor. Upplands Schakt har inte heller ingivit några handlingar som styrker Karl-Johan Thisners utbildning, erfarenhet och tidigare utförda arbeten. Upplands Schakts offererade arbetsledare uppfyller således inte skallkraven om erfarenhet som arbetsledare inom verksamhet för väg- mark- och parkskötsel avseende uppdrag med likvärdig komplexitet och omfattning. Upplands Schakts anbud borde rätteligen ha förkastats även på denna grund.

Markona AB har gjort en otillåten reservation och uppfyller inte skallkraven. I förfrågningsunderlaget anges att reservationer eller liknade som innebär att anbudet avviker från ställda krav inte godtas, vilket innebär, där annat inte uttryckligen anges, att anbudet måste förkastas. I förfrågningsunderlaget anges att Allmänna bestämmelser för entreprenader inom fastighetsförvaltning, ABFF 04, gäller för entreprenaden. Markona AB har i strid med förfrågningsunderlaget i sitt anbud angivit att AB04 ska gälla för

avtalet samt att utförandetiden ska bestämmas efter eventuell accept av Markonas bud. Markona AB har således inte accepterat kraven och de kommersiella villkoren i upphandlingen. Anbudet borde därför rätteligen ha förkastats. I stället för att förkasta Markona AB:s anbud gav myndigheten den 11 september Markona AB möjlighet att ändra anbudet till att arbetena kommer att utföras i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och däri angivna handlingar. Markona AB har i samband därmed justerat sitt anbud.

Myndigheten har genom att tillåta Markona AB att dra tillbaka sina reservationer agerat i strid med LOU och de bakomliggande unionsrättsliga principerna.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Om myndigheten hade agerat i enlighet med LOU skulle Upplands Schakts Sommaranbud och Markonas Kombinationsanbud ha förkastats, varvid bolaget skulle ha tilldelats upphandlingen avseende Väg-, mark- och parkskötsel (sommar) då bolaget uppfyller samtliga skall-krav, och då bolagets anbud tillsammans med lägsta anbud avseende Vinterskötsel (vinter), erbjuder det lägsta utvärderingspriset. Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen hänför sig till kvalificeringsfasen och inte till upphandlingens konkurrenssökande skede, bör upphandlingen rättas i enlighet med bolagets yrkande.

Bolaget förnekar att det skulle föreligga brister i förfrågningsunderlagets utformning.

Myndigheten anför bl.a. följande

Vid utvärderingen konstaterades att flertalet av anbuden – inklusive anbudet från bolaget – uppvisade vissa brister avseende hur olika uppgifter redovisats i anbudet. Myndigheten har dock ansett att dessa brister var av sådan art att anbudet, med något undantag, ändå kunnat tas med i utvärde-

ringen utan risk för särbehandling. Samtliga anbud har behandlats likvärdigt utifrån dessa aspekter. En mycket strikt tolkning av anbudens formuleringar i vissa delar – av det slag som klaganden nu gör gällande – skulle innebära att endast några enstaka anbud kunnat tas upp till prövning, innebärande att en tillfredsställande konkurrens inte kunnat uppnås. Även om dessa enstaka anbud upptagits till prövning skulle de ändå inte antagits då anbudssumman överstigit myndighetens budget för uppdraget. Myndigheten har således behandlat samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt sätt i syfte att uppnå en tillfredsställande konkurrenssituation. Det kan dock samtidigt konstateras att ett antal av dessa brister kan vara en följd av förfrågningsunderlagets utformning. Bl.a. kan konstateras att kraven i förfrågningsunderlaget avseende de uppgifter som ska lämnas in kan preciseras ytterligare och att anbudsformulären i sådana delar kan utformas på ett tydligare sätt till undvikande av bristfälliga formuleringar i anbudena. Mot denna bakgrund har myndigheten beslutat att avbryta upphandlingen. Ny upphandling kommer att ske omedelbart efter att förfrågningsunderlaget reviderats.

Bolaget gemmäler bl.a. följande

Myndigheten gör gällande att bolaget inte uppfyller kravet om ingivande av CV för offererad arbetsledare, se punkt UF3.512 i förfrågningsunderlaget. Myndigheten har inte angett vilken betydelse påståendet om "brister" i bolagets anbud skulle ha för bolagets förda talan avseende tilldelningsbeslutet. Myndighetens påstående om att bolaget inte uppfyller skall-kraven i punkt UF3.512 är felaktigt. Alldeles oavsett om bolaget uppfyller kravet i UF3.512 eller inte, så har myndigheten inte rätt att åberopa påstådda brister i bolagets anbud i målet. Kammarrätterna har i ett flertal mål fastslagit att invändningar som den upphandlande myndigheten framför först i en överprövningsprocess om att den anbudsgivare som begär överprövning inte uppfyller alla skall-krav, när den upphandlande myndigheten tidigare ansett att anbudsgivaren uppfyller alla skall-krav, inte kan prövas inom ra-

men för ett mål där det är anbudsgivaren i fråga som begärt överprövning av tilldelningsbeslutet.

Med anledning av vad som ovan anförts, samt att myndigheten har vitsordat att Upplands Schakts och Markonas anbud brister i de avseenden som bolaget gjort gällande, föreligger skäl att utan vidare handläggning i målet, meddela dom grundat på bolagets yrkande.

Myndigheten gemälar bl.a. följande

När myndigheten gör en strikt tolkning av anbudens formuleringar – av det slag som klaganden nu gör gällande – är det tydligt att flertalet anbud har brister. Åtta anbud inkom i upphandlingen. Tre av dem har lämnat fullständiga anbud men har anbudspriser över myndighetens budget. Enligt UF3.12 Övriga förutsättningar för upphandlingen förbehåller sig myndigheten att avbryta upphandlingen om inkomna anbudspriser överstiger budget. Övriga fem anbud har, med en strikt tolkning bl.a. följande brister:

- Bolaget har självt i sin överprövning redogjort för Upplands Schakts brister i anbud.
- Tera Entreprenad är ett nystartat företag och uppfyllde ej flera krav, bl.a. saknade företaget referenser.
- Det är svårt att utläsa om krav på arbetsledaren hos Maskinringen i Upplands ek. för. uppfylls. Ej originalintyg gällande åberopande av annat företags kapacitet m.m. Dessutom över budget.
- Markona AB har i anbud lämnat motstridiga uppgifter, lämnat uppgift om att anbud överensstämmer med förfrågningsunderlag men även åberopat AB04 (vilket innebär en avvikelser) samt har avvikande villkor gällande utförandetiden.

- Bolaget saknar CV/beskrivning för arbetsledare. De intyg och be-
tyg som bifogas verifierar inte kravet på att arbetsledaren ska ha ett
visst antal års erfarenhet som arbetsledare.

YTTRANDEN FRÅN ÖVRIGA LEVERANTÖRER

I enlighet med Högsta förvaltningsrättens avgörande HFD 2011 ref. 29 har Upplands Schakt ek. för. och Markona beretts tillfälle att yttra sig i målet. Markona har härvid uppgett bl.a. följande. Markonas inställning i målet är att förvaltningsrätten i Linköping ska avslå bolagets ansökan om överprövning och att myndigheten gjort en korrekt anbudsutvärdering. Det är korrekt att Markona lämnat uppgifter i sitt anbud om att "för avtalet gäller AB04" och att "utförandetiden bestäms efter eventuellt accept av detta bud". Det har från Markonas sida aldrig funnits någon avsikt att med dessa uppgifter reservera eller förändra de villkor som angivits i förfrågningsunderlaget. De angivna uppgifterna har av misstag förts in i anbudet. Myndigheten noterade Markonas uppenbara felskrivningar och begärde per mail den 11 september 2012 ett förtydligande av anbudet i och med de motstridiga uppgifterna. Markona svarade samma dag att arbetena kommer att utföras i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och däri angivna handlingar. Det är inte riktigt som bolaget anför i aktbilaga 1 att myndigheten, i och med begäran om förtydligandet, gett Markona möjlighet att ändra sitt anbud. Det är inte heller riktigt att Markona genom sin bekräftelse av att arbetena kommer att utföras i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget därigenom har justerat sitt anbud. Det har istället varit frågan om ett sådant förtydligande av en redan lämnad uppgift vilket är tillåtet i enlighet med 9 kap. 8 § LOU samt förenligt med EU-domstolens praxis. Markona delar myndighetens bedömning att bolagets anbud inte uppfyller skall-kravet i punkten UF3 .512. Oaktat att förutsättningarna i 16 kap. 6 § LOU inte heller i övrigt är uppfyllda eftersom Markona lämnat ett giltigt anbud och någon av de grundläggande principerna 1 kap. 9 § LOU inte åsidosatts så har bolaget inte heller lidit någon skada

eller kunnat komma att lida skada eftersom dess anbud inte uppfyller samtliga skall-krav och således rätteligen borde ha förkastats redan i kvalifikationsfasen. Det är Markonas uppfattning att myndigheten inte har vitsordat att Markonas anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. Skälet till att myndigheten har beslutat att avbryta upphandlingen har varit att formuleringarna i förfrågningsunderlaget har varit sådana att det skapat bekymmer att utläsa kravuppfyllnad avseende företrädesvis punkterna UF3.511 och UF3.512.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet 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 9 kap. 8 § framgår att 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 även begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Formell fråga om anbudens giltighetstid

Myndigheten har i yttrande uppgett att sista dag för anbudens giltighetstid var den 26 november 2012 och att myndigheten inte begärt någon förlängning av denna tid.

Förvaltningsrätten, som finner att bolaget har ett berättigat intresse att få sin ansökan prövad i sak, gör bedömningen att några hinder inte föreligger mot att pröva ansökan trots att anbudens giltighetstid gått till ända.

Prövningen i sak

Bolaget har som grund för sin talan åberopat att Upplands Schakt ek. för. inte uppfyller samtliga skall-krav genom att man i sitt anbud inte angivit två referensuppdrag som avser uppdrag av liknande slag, inte beskrivit vad angivna referensuppdrag innefattat, inte uppgett vilka arbetsmaskiner som man påstår sig förfoga över, offererat en arbetsledare som inte uppfyller ställda erfarenhetskrav samt inte ingivit handlingar som styrker offererad arbetsledares utbildning, erfarenhet och tidigare utförda arbeten. Vidare har bolaget åberopat att Markona AB använt sig av otillåtna reservationer samt att myndigheten tillåtit Markona AB att komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång, i strid med LOU.

Myndigheten har vitsordat de faktiska omständigheterna men motsätter sig att dessa tillmäts avgörande betydelse. Vidare har myndigheten invänt att även bolagets anbud innehåller brister av liknande slag samt att myndigheten i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen om inkomna anbudspriser överstiger myndighetens budget.

Då myndigheten vitsordat att de antagna anbuderna inte uppfyller de skallkrav som kommer till uttryck i förfrågningsunderlaget och i strid med LOU tillåtit att Markona ändrat sitt anbud konstaterar förvaltningsrätten att myndigheten inte har behandlat alla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Myndigheten har därmed brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU på ett sätt som medfört eller kunnat medföra skada för bolaget. Det finns därför skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU och ansökan ska därmed bifallas. Det myndigheten anfört om brister i bolagets anbud och i övrigt ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Då giltig-

hetstiden för inlämnade anbud gått till ända och det vid förvaltningsrättens prövning inte finns några giltiga anbud ska upphandlingen inte rättas utan göras om. Vad Markona anfört i målet ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D LOU)


Magnus Wickström

Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.



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 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
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 uppge 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