



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2012-05-29
Meddelad i
Växjö

Mål nr
664-12

SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-8122
Box 1282
262 24 Ängelholm

Ombud: Bolagsjurist Fredrik Andersson
Peab Sverige AB
Box 808
169 28 Solna

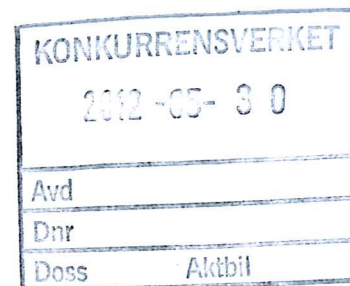
MOTPART

1. Ronneby kommun
372 80 Ronneby

2. Asfaltbolaget Sverige AB, 556654-9944
Södra Vägen 33
361 31 Emmaboda

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Peab Asfalt AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 49122

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Ronneby kommun har genomfört en upphandling avseende beläggningsarbeten inom Ronneby kommun. Enligt tilldelningsbeslut den 13 februari 2012 har kommunen beslutat att anta anbud från Asfaltbolaget Sverige AB (Asfaltbolaget).

Peab Asfalt AB (Peab) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt utvärderingen ska göras om utan beaktande av Asfaltbolagets anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Peab anför bl.a. följande. Asfaltbolagets anbud brister i flera avseenden vad gäller de obligatoriska skall-kraven. – Upphandlingen avser en tunnskiktsbeläggning (TSK). TSK ska utföras på ca 20 procent av angiven yta och en sådan beläggning kräver särskilda resurser, till exempel en särskild utläggningsmaskin. Anbudet innehåller dock ingen uppgift om hur Asfaltbolaget ska leverera föreskriven TSK då det saknas uppgift om både utrustning och kapacitet. Asfaltbolaget saknar den nödvändiga utläggningsmaskinen som behövs för att utföra TSK. Enligt 11 kap. 12 § LOU har ett bolag rätt att åberopa andra leverantörers resurser under förutsättning att bolaget kan visa att det faktiskt förfogar över de resurser som åberopas. Asfaltbolaget har dock inte visat detta. Det framgår inte uttryckligen av uppställda skall-krav att redovisade resurser/utrustning ska omfatta samtliga för uppdraget ingående resurser, men det måste vara klart underförstått att kraven ska säkerställa att anbudsgivaren innehar tillräckliga resurser för att utföra de arbeten som upphandlas. – Vad avser referensuppdragen saknas uppgift i vart fall om respektive uppdrags volym/omfattning. – Anbudet innehåller inget tillverkningscertifikat. Ingivet certifikat gäller för Syd-beläggningar AB och avser ett annat asfaltverk än det som Asfaltbolaget angett i sitt anbud som inköpt år 2010. Det ”inköpta verket” är inte detsamma som finns i Asfaltbolagets organisationsplan. Eventuellt har Asfaltbolaget bifogat fel certifikat. I anbudet saknas också uppgift om Asfaltbolaget avser att köpa in asfaltmassor från en annan leverantör. Certifikatet

gäller beläggningsmassor som är ”placerade på marknaden av” Sydbeläggningar AB. Jämför certifikatet med intygen från NCC Roads AB Sverige Sydväst och Peab, vilka anger ”tillverkad av”. Om Asfaltbolaget avser att köpa in massa från annat bolag skulle bolaget beskrivit detta i anbudet. Ett åtagande från Sydbeläggningar AB, som visar att Asfaltbolaget faktiskt förfogar över de resurser som åberopas, saknas i anbudet. Inget certifikat från Asfaltbolaget saknar därtill underskrifter. Kommunen var också av den uppfattningen och begärde in en otillåten komplettering. Det synes vara ostridigt i målet att underskrifterna utgjorde en förutsättning för att utvärdera anbudet samt att en komplettering var nödvändig. Det är inte tillåtet att läka brister som gäller obligatoriska skall-krav eftersom de ovillkorligen ska uppfyllas i anbudet. – Asfaltbolaget har i anbudet angivit att bolaget inte kan ställa ut elektroniska fakturor, som var ett skall-krav. Asfaltbolaget har inte på något sätt styrkt sitt påstående att e-faktureringen kommer att vara igång inom kort. Det ankommer på anbudsgivaren att redan i anbudet visa att kraven uppfylls. Om kommunen har kontrollerat kravet utgör den erhållna informationen en otillåten komplettering. Skall-krav måste som huvudregel, om inget annat anges i förfrågningsunderlaget, vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet, se Kammarrättens i Göteborg dom den 5 maj 2009 i mål nr 26-12. – Asfaltbolaget uppfyller inte samtliga skall-krav och borde inte ha utvärderats. Kommunens agerande strider mot LOU och Peab har lidit skada till följd av kommunens agerande.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Samtliga skall-krav är godkända i anbudsformuläret. – Asfaltbolaget redovisar i sitt anbud företagets tekniska resurser. Krav har inte ställts på att beskrivningen ska omfatta samtliga för uppdraget ingående resurser, då viss utrustning kan hyras in temporärt samt viss utrustning inte är relevant för anbudsutvärdering. Det är kraven i Trafikverkets föreskrift TRV 2011:082 kommunen kontrollerar respektive beställning mot oberoende om arbete genomförs av Asfaltbolagets egna resurser eller via inköpt underentreprenör. Värdet för TSK uppgår till ca 12 procent. – Asfaltbolaget redovisar

minst tre uppdrag som genomförts de senaste tre åren. Samtliga uppgifter finns beskrivna. I Asfaltbolagets huvudanbud finns kompletterande uppgifter avseende telefonnummer till tre av de i referenslistan namngivna kontaktpersonerna. Då uppdragen är underhållsbeläggningsuppdrag åt kommuner motsvarar referenslistan ställda krav. – Kommunen har i sitt förfrågningsunderlag ställt som krav att beläggningsmassa ska levereras från ett tillverkningscertifierat asfaltverk, något som skulle styrkas med certifikat. Detta innebär även att om entreprenören i framtiden vill byta massalieferantör är detta acceptabelt under förutsättning att även detta verk är tillverkningscertifierat, något som även då ska styrkas via certifikat. Asfaltbolaget redovisar certifikat utställt av SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut avseende tillverkningskontroll av asfaltmassor, helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Enligt certifieringsingenjör på SP avser certifikatet produkten oavsett vem som utför beläggningsarbetet. I anbudsfrågan efterfrågad tillverkningskontroll gäller således även då Asfaltbolaget köper dessa massor. Begäran om komplettering av certifikat avsåg endast att bekräfta att det i anbudet redovisade certifikatet även fanns i undertecknad version. – Asfaltbolaget har i sitt anbud redovisat företagets faktureringsrutiner. Där redovisas att företaget inom kort avser vara anpassade till e-fakturering. Kommunen har begärt in klarläggande avseende Asfaltbolagets anbud. Dessa klarlägganden har inte lett till att grundläggande delar av anbudet eller förfrågningsunderlaget ändrats så att det snedvridit konkurrensen eller lett till diskriminering.

Asfaltbolaget delar kommunens uppfattning och anför följande. Asfaltbolagets anbud är helt enligt förfrågningsunderlaget och kommunen har vid sitt upphandlingsförfarande inte brutit mot bestämmelserna i LOU. Det är vanligt inom bygg- och anläggningsbranschen att använda sig av underentreprenörer. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget något förbud mot att en del av åtagandet utförs av underentreprenör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

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

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Den upphandlande myndigheten 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 annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Det åligger upphandlande myndigheter att behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt utan risk för särbehandling. I förarbetena till LOU uttalas att möjligheten att begära komplettering av anbud ska användas restriktivt av myndigheten (se prop. 2006/07:128 s. 377).

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Material och utförande skall ske i enlighet med Trafikverkets föreskrift TRV 2011:082 (TRVKB 10 Bitumenbundna lager), med gällande ändringstexter (s. 2). Anbudsgivare skall beskriva hur företaget är uppbyggt med avseende på: organisation och ägarstruktur, marknad och marknadsroll samt tekniska resurser. Beskrivningen kan begränsas till den del av verksamheten som bedrivs inom det aktuella produktområdet (s. 4). – Anbudsgivaren skall i anbudet ange minst tre uppdrag, som genomförts de senaste tre åren, av liknande typ och omfattning som styrker detta. Referensuppdragen ska innehålla uppgifter om uppdragets art, ansvarig arbetsledare, tidsperiod för genomförande, volym/omfattning samt uppdragsgivarens kontaktuppgifter för referenspersonen. – Belägningsmassa skall levereras från ett av SP Sveriges Tekniska forskningsinstitut eller likvärdigt tillverkningscertifierat asfaltverk. Certifikat skall bifogas anbudet (s. 5). – Anbudsgivare skall klart och tydligt redovisa sitt faktureringsförfarande. Anbudsgivare skall kunna skicka elektroniska fakturor för de som så önskar i följande format. Fulltextfaktura enligt SFTI-standarden eller Svefaktura (s. 6). – I förfrågningsunderlaget ställda skall-krav skall vara uppfyllda, annars deltar inte anbudet i utvärderingen. Det anbud som ger det lägsta totalpriset kommer att antas (s. 1).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Tekniska resurser

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare beskriva hur företaget är uppbyggt med avseende på bl.a. tekniska resurser. Peab har gjort gällande att Asfaltbolagets anbud saknar uppgifter om både utrustning och kapacitet för hur företaget ska utföra TSK. Kommunen har mot detta anfört att Asfaltbolaget i sitt anbud lämnat redogörelse för företagets tekniska resurser samt att det inte ställts några krav på att beskrivningen ska omfatta samtliga för uppdraget ingående resurser. Enligt vad kommunen har uppgivit beror det senare på att viss utrustning kan hyras in temporärt och att viss utrustning inte är relevant för anbudsutvärderingen.

Med hänsyn till att Asfaltbolaget redovisat företagets tekniska resurser samt att det ur förfrågningsunderlaget inte går att utläsa något krav på att samtliga ingående resurser ska framgå finner förvaltningsrätten det inte visat att Asfaltbolaget inte uppfyller skall-kraven i denna del.

Referenser

Peab har gjort gällande att de lämnade referenserna inte uppfyller uppställda skall-krav. Asfaltbolaget har i sitt anbud angett referenslista för underhållsbeläggningar. Vidare har Asfaltbolaget angett tre referenser där Asfaltbolaget utfört liknande uppdrag med uppgifter om uppdragsgivare, kontaktperson och telefonnummer. Enligt förvaltningsrättens mening får av Asfaltbolaget lämnade uppgifter om referenser därmed anses tillräckliga för att uppfylla ställt skall-krav.

Certifikat

Kommunen har ställt krav på att beläggningmassan ska levereras från ett tillverkningscertifierat asfaltverk, vilket skulle styrkas med certifikat. Asfaltbolaget har, i enlighet härmed, lämnat certifikat för asfaltmassor placerade på marknaden av Sydbeläggningar AB. Något krav på att asfaltverket

måste ägas av anbudsgivaren kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget, varför det inte kan anses visat att det föreligger en brist i detta hänseende.

Kommunen har vidare begärt komplettering från Asfaltbolaget då certifikatet saknade underskrift. Såvitt framgår syftade kompletteringen endast till att bekräfta att dokumentet fanns i undertecknad form och fråga kan därmed, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses ha varit om att tillföra anbudet nya uppgifter. Den aktuella kompletteringen får därför anses ha varit tillåten.

E-fakturering

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare kunna skicka elektroniska fakturor. Av Asfaltbolagets anbud framgår att samtliga skall-krav godtagits samt att företaget inom kort kommer att vara anpassade till e-fakturering. Kommunen har ansett att detta sammantaget uppfyller ställda krav. Peab har dock gjort gällande att skall-kraven måste vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet samt att Asfaltbolaget inte styrkt sitt påstående att företaget kommer att uppfylla kravet inom kort.

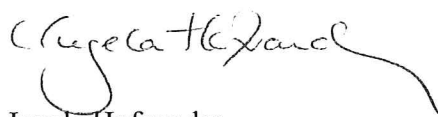
Det finns inte något uttalat krav i LOU och det följer inte heller av de allmänna EG-rättsliga principerna att alla skall-krav ska vara uppfyllda då anbudet ges in i ett upphandlingsförfarande (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 18 september 2008 i mål nr 2883-08). I det av Peab åberopade avgörandet (Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 april 2012 i mål nr 26-12) anges dock att om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget bör skall-krav som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivande. I det aktuella förfrågningsunderlaget, under Administrativa bestämmelser, Anbudets innehåll, anges att det klart och tydligt skall framgå hur ställda krav uppfylls. I fråga om de elektroniska fakturorna anges att anbudsgivaren klart och tydligt skall redovisa sitt faktureringsförfarande samt att anbudsgivaren skall kunna skicka elektroniska fakturor. Det finns dock inte något uttryckligt angivet om när detta skall-krav ska vara uppfyllt. Mot

denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte stöd för att skall-kravet avseende e-fakturering ska vara uppfyllt redan vid tiden för anbudsgivandet, utan endast att kravet ska kunna uppfyllas av anbudsgivaren i vart fall när avtalet ska börja gälla. Mot denna bakgrund kan det inte anses visat att Asfaltbolaget inte uppfyller skall-kraven i denna del.

Vad härefter avser invändningen att Asfaltbolaget inte styrkt påståendet att kravet kommer att uppfyllas inom kort kan det konstateras att det varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll skulle i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU. (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11). Mot denna bakgrund och då något krav på att uppgifterna ska styrkas inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget kan det inte heller i detta avseende anses föreligga någon brist.

Vid en sammantagen bedömning finner därmed förvaltningsrätten att de omständigheter som Peab åberopat inte medför att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Peabs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Ingela Hofvander



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 nå 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