

**SÖKANDE**

Michael Gilbertsson Bygg AB, 556576-0641
Torggatan 1
534 60 Vedum

Ombud: Advokat Kurt Johansson
Advokatfirman Ahlstedt HB
Box 11017
404 21 Göteborg

MOTPART

Vara kommun
534 81 Vara

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Michael Gilbertsson Bygg AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Vara kommun (kommunen) genomför en upphandling av tillbyggnad av GP-byns förskola. Upphandlingen genomförs i enlighet med bestämmelserna i LOU om förenklat förfarande. Kommunen fattade ett tilldelningsbeslut varvid upphandlingen tilldelades annan leverantör än Michael Gilbertsson Bygg AB (bolaget). Bolaget har ansökt om överprövning.

I **förfrågningsunderlaget** under avsnitt AFB.51 *Prövning av anbudsgivare* anges bl.a. följande:

Dok.Id 149237

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Anbudsgivare ska i anbud på heder och samvete intyga

- att någon uteslutningsgrund i 10 kap 1 eller 2 §§ LOU inte föreligger,
- att anbudsgivaren har tillräcklig ekonomisk ställning för att kunna genomföra projektet inklusive åtagande under garantitiden.

Kreditvärderingsintyg från UC eller motsvarande från annat kreditvärderingsinstitut, ej äldre än tre månader från anbudsdatum, ska bifogas anbudet.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

I upphandlingsföreskrifterna under AFB.3 med rubrik *Anbudsgivning* framgår vad anbudsgivaren har att iaktta vid avlämnande av anbudet. I AFB.31 anges vad anbudet ska innehålla med en upplysning om att ett ofullständigt anbud eller avvikelser från villkor i anbudsförfrågan kan leda till att anbud förkastas. Bolaget har uppfyllt samtliga villkor i AFB. 31. Inför tilldelningsbeslutet har kommunen diskvalificerat bolaget med motiveringen att bolaget inte uppfyller ska-kraven i AFB.51 *Prövning av anbudsgivare*. Därmed har kommunen uteslutit bolaget från deltagande i upphandlingen samt tilldelat annan anbudsgivare uppdraget. Anledningen till att kommunen diskvalificerat bolagets anbud är att bolaget inte på heder och samvete intygat förhållanden som anges i AFB.51 samt inte bifogat

ett kreditvärderingsintyg. Bestämmelserna i AFB.51 utgör en av flera bestämmelser som kommunen har att förhålla sig till vid bedömningen av ingivna anbud. Bestämmelsen utgör inte ett ska-krav som måste uppfyllas. Om så varit fallet skulle villkoret varit placerat under AFB.3 *Anbudsgivning* och inte under AFB.5 *Anbudsprövning*. Kommunen har vilselett anbudsgivare vad gäller kraven på anbudsinnehållet. Genom kommunens sammanblandning av regler för anbudsgivare har bolaget vilseletts och uppfattat att de angivna kraven i AFB.51 inte ingår i de krav som ställs i AFB.3.

I första hand görs gällande att villkoret med dess felaktiga placering inte är ett ska-krav och därför ska det bortses från kravet vid bedömningen av lämnade anbud. För det fall det ska anses som ett obligatoriskt ska-krav har upphandlingen brustit i den klarhet och transparens som LOU kräver. Kommunen ska därför ändå bortse från det uppställda kravet.

Bolaget har lämnat det lägsta anbudet. Bolaget uppfyller samtliga villkor som kommunen ställt i förfrågningsunderlaget med undantag för de i AFB.51 uppställda villkor att under heder och samvete lämna de begärda uppgifterna jämte begärd kreditvärdering. Dessa uppgifter kan bolaget uppfylla i efterhand. Kommunen har åsamkat bolaget skada genom att tillämpa det felaktigt utformade förfrågningsunderlaget.

Kommunen

Det är ostridigt att bolagets anbud inte uppfyller ska-kraven att lämna intyg på att kraven som räknas upp i AFB.51 uppfylls samt att bifoga kreditvärderingsintyg som styrker tillräcklig ekonomisk ställning. Förfrågningsunderlaget och rubriceringen bygger på mallen AMA AF 07 vilken är framtagen av Svensk byggtjänst. Svensk byggtjänst rekommenderar att man under punkten *Prövning av anbudsgivare* anger vilka krav som ställs på anbudsgivare. AMA AF 07 är en vanligt förekommande mall som ofta

används i branschen. Det kan således inte anses vara varken vilseledande eller strida mot transparensprincipen att följa mallen. Anbudsgivare förutsätts läsa hela förfrågningsunderlaget innan anbud lämnas för att förvissa sig om de krav och villkor som uppdraget innebär. Sex av sju anbudsgivare har uppfattat och uppfyllt kravet på att bifoga kreditvärderingsintyg och fem av sju anbudsgivare har uppfyllt ska-kravet att lämna intyg på att de krav som räknas upp i AFB.51 uppfylls. Det strider mot likabehandlingsprincipen att bortse från ska-krav och det skulle innebära en särbehandling av bolaget om kommunen bortsåg från kraven som framgår av AFB.51.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

1 kap. 9 § LOU anges 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.

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

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma hur ett förfrågningsunderlag ska utformas i en upphandling så länge det inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Av likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i samma paragraf följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav ska därför inte beaktas vid utvärderingen.

Michael Gilbertsson Bygg AB har anfört att de villkor kommunen uppställt i AFB.51 som innebär att anbudsgivare på heder och samvete ska intyga förhållanden som anges i AFB.51 samt bifoga ett kreditvärderingsintyg inte är några ska-krav. Anledningen till att de inte ska beaktas såsom ska-krav enligt bolaget är att kraven felaktigt placerats under AFB.5 *Anbudsprövning* istället för att placeras under AFB.3 *Anbudsgivning*. Michael Gilbertsson Bygg AB har vidare anfört att kommunen genom placeringen av kravet brustit i den klarhet och transparens som LOU kräver och därför ska kravet bortses ifrån.

Förvaltningsrätten finner att kraven på att anbudsgivare på heder och samvete ska intyga förhållanden som anges i AFB.51 samt bifoga ett kreditvärderingsintyg tydligt framgår av förfrågningsunderlaget under rubriken AFB.51 *Prövning av anbudsgivare*. De krav som Vara kommun uppställt i förfrågningsunderlaget under rubriken AFB.51 *Prövning av anbudsgivare* är sådana obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som Vara kommun inte får ef-

terge eller bortse från. Den omständigheten att kraven är placerade under rubriken AFB.51 *Prövning av anbudsgivare* istället för under rubriken AFB.31 *Anbuds form och innehåll* medför inte att kraven kan bortses från. Vara kommun har därmed haft fog för att inte beakta Michael Gilbertsson Bygg AB:s anbud vid anbudsutvärderingen med anledning av att bolaget inte uppfyllt samtliga ska-krav. Genom de omständigheter Michael Gilbertsson Bygg AB har anfört har inte gjorts sannolikt att Vara kommun agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU under upphandlingsförfarandet. Därmed saknas grund för ingripande enligt LOU. Michael Gilbertsson Bygg AB:s ansökan om överprövning ska avslås.

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

Jenny Forslund

Föredragande har varit Eveline Johansson



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.