



KLAGANDE

Svevia AB, 556768-9848
Region Nord
Box 1008
901 20 Umeå

MOTPART

Nordmalings kommun
914 81 Nordmaling

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 7 december 2011 i
mål nr 1931-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; nu fråga om talerätt

KONKURRENSVERKET	
2012 -01- 10	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

BAKGRUND

Nordmalings kommun (kommunen) genomförde en upphandling benämnd Ramavtal Anläggningsarbete (dnr 11031). Av kommunens tilldelningsbeslut i juni 2011 framgick att NCC Construction AB (NCC) antagits som leverantör. Förvaltningsrätten i Umeå prövade i dom den 20 september 2011 i mål nr 1288-11 en ansökan om överprövning från Svevia AB (Svevia) och beslutade att utvärderingen skulle göras om.

Av ett nytt tilldelningsbeslut den 27 september 2011 med bilagor framgick att Svevia hade antagits som leverantör. NCC ansökte om överprövning av detta tilldelningsbeslut. Som grund åberopade NCC att Sveglias anbud skulle undantas från utvärderingen eftersom anbudet inte uppfyllt alla skall-krav, nämligen uppgift om och CV för ansvarig person som genomför inventering av beläggningsskador och att en otillåten komplettering skett. Svevia, som av förvaltningsrätten upptagits som motpart och förelagts att yttra sig, invände bl.a. att NCC inte lidit skada eftersom bolaget inte uppfyllt skallkravet om att ställa realsäkerhet.

Förvaltningsrätten i Umeå beslutade i den nu överklagade domen att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbuden.

YRKANDEN M.M.

Svevia överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten, med ändring av domen, ska avslå NCC:s ansökan om överprövning. Svevia anför bl.a. följande. Den komplettering som Svevia fått tillfälle att lämna har varit sådan att den kan tillåtas enligt 9 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling. I vart fall föreligger inte något brott mot likabehandlingsprincipen eftersom NCC:s anbud har prövats trots att anbudet inte uppfyller skallkrav avseende ställande av säkerhet. Det är av vikt för ledningen av

rättstillämpningen att överklagandet prövas. Det förekommer även anledning till ändring i det slut som förvaltningsrätten kommit till.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till förvaltningsrätt får ansöka om överprövning av en offentlig upphandling. Några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden finns varken i LOU eller i de s.k. rättsmedelsdirektiv som 16 kap. LOU bygger på. De allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därmed tillämpliga.

Av 33 § andra stycket FPL framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot.

I rättsfallet RÅ 2002 ref. 5 fann Högsta förvaltningsdomstolen att en vinnande leverantör inte hade rätt att överklaga en därefter meddelad dom av länsrätten (numera förvaltningsrätten) av innebörd att upphandlingen fick avslutas först sedan viss rättelse skett genom att en annan leverantör skulle få vara med i utvärderingen. Den vinnande leverantören hade inte heller rätt att på annan grund överklaga länsrättens dom.

I rättsfallet HFD 2011 ref. 29 fann domstolen att en leverantör som vid överprövning i förvaltningsrätten uteslutits från en ny utvärdering hade rätt att överklaga domen. Domen ansågs ha gått leverantören emot och ha en sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare i den


pågående upphandlingen, att den angick bolaget i den mening som avses i 33 § FPL.

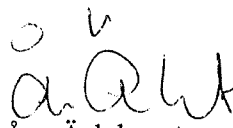
Högsta förvaltningsdomstolen har i beslut den 20 december 2011 i mål nr 6288-11 tolkat rättsfallet HFD 2011 ref. 29 enligt följande. Av 2011 års rättsfall följer att domstols avgöranden i vilka förordnas att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att annan leverantör utpekats som vinnare har en sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare att de angår denne i den mening som avses i 33 § FPL. Denna slutsats kan emellertid inte utsträckas till att förstås så, att en leverantör som inte begärt överprövning även har rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse av ifrågavarande slag. Det saknar därvid betydelse vad utfallet blir eller kan bli av en ny, rättad utvärdering.

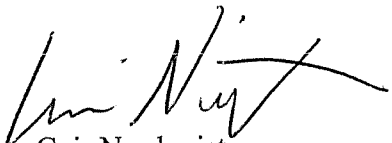
Kammarrättens bedömning

Enligt förvaltningsrättens nu överklagade dom får upphandlingen inte avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudet. Domslutet innebär inte att Svevia ska uteslutas från den pågående upphandlingen eller att annan anbudsgivare utpekats som vinnande. Situationen är alltså en annan än den i rättsfallet HFD 2011 ref. 29. Om Svevia inte skulle antas som leverantör efter företagen rättelse finns möjlighet för Svevia att på nytt ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrättens dom om rättelse kan sammanfattningsvis inte anses gå Svevia emot eller ha en sådan betydelse för bolagets ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL, jfr vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i sitt beslut den 20 december 2011 i mål nr 6288-11 om betydelsen av utfallet vid en ny utvärdering. Svevia har därför, trots att bolaget upptagits som motpart i förvaltningsrättens dom, inte rätt att överklaga domen till kammarrätten. Bolagets talan ska således avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd


Geir Nordqvist
tf. kammarrättsassessor
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-12-07
Meddelad i
Umeå

Bilaga A

Mål nr
1931-11 E
Kansli 3

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
Region Norrland
901 09 Umeå

Ombud: Åsa Borgardt
NCC Construction Sverige AB
170 80 Solna

MOTPARTER

1. Nordmalings kommun
914 81 Nordmaling

2. Svevia AB, 556768-9848
Region Nord
Box 1008
901 20 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudet.

Dok.Id 18172

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND

Nordmalings kommun (kommunen) har genomfört en öppen upphandling av ramavtal anläggningsarbeten (diariernr 11031).

Förvaltningsrätten har i dom den 20 september 2011 i mål nr 1288-11 prövat en ansökan om överprövning från Svevia AB (Svevia) och då beslutat att utvärderingen ska göras om. Av nytt tilldelningsbeslut den 27 september 2011 med bilagor framgår att Svevia har antagits som leverantör.

PARTERNAS TALAN

NCC Construction AB (NCC) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Sveglias anbud inte ska utvärderas. Som grund för yrkandet anges i huvudsak att Sveglias anbud inte uppfyller samtliga skalkrav, eftersom uppgift om samt CV för ansvarig person som genomför inventering av beläggningsskador saknas i anbudet, varför kommunen har brutit mot LOU genom att utvärdera anbudet. En komplettering med i anbudet helt utelämnade uppgifter avseende ett skalkrav kan aldrig ske utan risk för särbehandling. Varken kommunen eller Svevia gör gällande att den aktuella kompletteringen skulle ha skett innan tilldelningsbeslutet och en komplettering som har skett efter tilldelningsbeslutet ska överhuvudtaget inte beaktas.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det är riktigt att Svevia i sitt anbud inte uttryckligen har angett vem som ska genomföra inventering av beläggningsskador. Kommunen har vid sin genomgång av anbudshandlingarna inte uppmärksammat detta, utan antagit att det är den av Svevia angivna platschefen som ska genomföra

inventeringen. Antagandet påverkades möjligen av den kännedom som kommunen hade om personerna i Svevias organisation, tillsammans med de uppgifter som ändå framgår av Svevias anbud och bifogade CV:n. Kommunen har begärt att Svevia ska förtydliga sitt anbud i denna del och Svevia har bekräftat att det är platschefen som ska svara för denna uppgift. Förtydligandet är sådant att det är tillåtet enligt 15 kap. 12 § 2 st LOU och någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning har inte förelegat.

Svevia har beretts tillfälle att yttra sig och anför bl.a. följande. Det är i och för sig riktigt att uppgiften om ansvarig person för inventering av beläggningsskador av förbiseende inte uttryckligen angavs i Svevias anbud, men den person som de facto skulle vara ansvarig har redovisats i organisationen i anbudet tillsammans med CV för denna person. Det får anses uppenbart att det faktum att en anbudsgivare tillåts komplettera sitt anbud inte kan anses utgöra en särbehandling, även om denna anbudsgivare därmed erhåller en fördel som andra anbudsgivare inte har behov av (eftersom deras anbud var kompletta från början). Vad som måste vara avgörande för frågan om det föreligger risk för särbehandling är om det genom begäran om förtydligande/komplettering har uppkommit någon fördel för den aktuella anbudsgivaren. Detta skulle t.ex. vara fallet om anbudsgivaren genom förtydligandet/kompletteringen getts möjlighet att förbättra sitt anbud eller i praktiken har erhållit längre tid för att utarbeta sitt anbud än konkurrenterna. Det har inte heller varit fråga om en uppgift som varit av betydelse för utvärderingen av anbudet, jämför Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 614-05. Vidare har NCC inte lidit skada till följd av att Svevia beretts tillfälle att komplettera sitt anbud eftersom NCC:s anbud rätteligen borde ha förkastats på grund av att bolaget inte uppfyllde skullkravet om att entreprenören skulle ställa säkerhet i form av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

DOMSKÄL

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkten AF.31 – Anbuds form och innehåll – framgår under rubriken Värderingsgrunder att i det i anbudet särskilt ska anges ”Uppgift om och CV för ansvarig och person som genomför inventering av beläggningsskador”. Såsom kravet har utformats i förfrågningsunderlaget måste detta, enligt förvaltningsrättens mening, betraktas som ett obligatoriskt krav, s.k. skallkrav, vilket följaktligen ska uppfyllas. Det är klarlagt att Svevias anbud inte har innehållit denna uppgift varmed anbudet inte uppfyller det aktuella skallkravet. Skallkravet är enligt förvaltningsrätten relevant för upphandlingen och har vidare utformats på ett tillräckligt tydligt sätt. Vad Svevia anfört avseende uppgiftens karaktär samt att kompletteringen inte inneburit någon risk för att Svevia kunnat förbättra sitt anbud föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges att en myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten finner inte att vad som framkommit i målet visar att förutsättningar förelegat för att begära en sådan komplettering som nu är ifråga. I stället har Svevia, såvitt framgår, efter anbudstidens utgång getts möjlighet att ändra anbudet så att det uppfyller ovan nämnda skalkrav. Kommunens agerande strider därför mot den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling, vilken kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, samt även mot 9 kap. 8 § andra stycket LOU.


Svevia hävdar att NCC inte har lidit skada till följd av kommunens agerande genom att man i sitt anbud inte har uppfyllt skalkravet om säkerhet i form av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet. Denna fråga har tidigare avgjorts i förvaltningsrättens dom den 20 september 2011 i mål 1288-11, i vilket mål Svevia var sökande. Det är oklart om rättsläget är sådant att Svevia haft rätt att föra talan mot denna tidigare dom och därmed om den domen medför hinder att på nytt pröva frågan om skalkravet uppfyllts. Oaktat detta finner förvaltningsrätten inte anledning att nu bedöma denna fråga i sak på annat sätt än i den tidigare domen. NCC ska därmed anses ha uppfyllt skalkravet om säkerhet.

– Det kan i sammanhanget för övrigt noteras att för det fall den av NCC erbjudna säkerheten – borgen av moderbolaget – inte skulle anses omfattad av skalkravet torde skalkravet ha diskriminerande verkan mot NCC.

Enligt förvaltningsrättens mening har kommunens agerande har medfört att NCC lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten kan i detta sammanhang besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella

bristen hänför sig till vilka anbud som kvalificerat sig till utvärderingsfasen finner förvaltningsrätten det tillräckligt att anbudsprövningen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)



Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.*

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.