



SÖKANDE

Hansa Bygg AB, 556520-6660

Ombud: Advokat Göran Johansson
GoJo Advokatbyrå AB

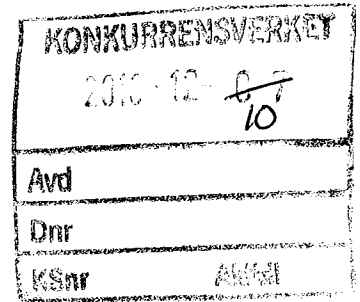
MOTPART

Mörbylånga kommun

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Mörbylånga kommun (Kommunen) genomför en upphandling av uppförande och hyra av 7–9 skola i Färjestaden. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Fyra anbudsgivare lämnade anbud i upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet framgår att P&E 63 Invest AB tilldelas kontrakt.

YRKANDEN

Hansa Bygg AB (Hansa Bygg) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska genomföras utan deltagande av anbudet från P&E 63 Invest AB (Bolaget). I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Hansa Bygg anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Av Bolagets ursprungliga anbud framgår att Bolaget skulle vara hyresvärd och att Bolaget skulle anlita MultiBygg AB (MultiBygg) som entreprenör för att bygga skolan. Det framgår också att Bolaget återopade MultiBygg för att uppfylla kraven på teknisk kapacitet samt att Bolaget återopade ytterligare ett företag för att uppfylla kraven på teknisk kapacitet, nämligen Fastighetspartner P&E AB (Fastighetspartner). Fastighetspartner återopades även för att uppfylla kraven på ekonomisk kapacitet. Vid kommunens genomgång av Bolagets anbud fann kommunen att Bolaget inte uppfyllde kraven på teknisk kapacitet eftersom det inte återopat två referensprojekt som uppfyllde kraven. Kommunen gav därför Bolaget möjlighet att komplettera anbudet i nämnda hänseende. Bolaget gjorde ett försök att komplettera anbudet. Det framgår dock att kommunen inte godtog kompletteringen. Tvärtom underkände kommunen det återopade företaget MultiBygg. Kommunen gav därför, med tillämpning av 14 kap. 7 § LOU, bolaget möjlighet att byta ut det återopade företaget MultiBygg mot ett annat företag som uppfyller ställda krav. Kommunen angav samtidigt att bolaget i så fall skulle ge in ifyllt och undertecknat kapacitetsintyg och sanningsförsäkran avseende den nya entreprenören samt två referensuppdrag avseende den nya entreprenören som uppfyller de krav som uppställs i upphandlingsföreskrifterna. Bolaget svarade att man återopar Dynacon Construction AB (Dynacon) som ny entreprenör och bifogade sanningsförsäkran och kapacitetsintyg samt referensuppdrag för Dynacon. Kommunen godtog detta och Bolaget tilldelades kontraktet efter utvärdering. Genom att godta Bolagets anbud med den nya entreprenören trots att inget ESPD-dokument getts in för Dynacon har Kommunen åsidosatt likabehandlingsprincipen. Kommunen har genom sitt agerande brutit

mot LOU. På grund av denna överträdelse har Hansa Bygg lidit, eller riskerar att lida skada. Bolagets anbud skulle rätteligen ha förkastats och då skulle Hansa Byggs anbud ha erhållit högst poäng av de kvarvarande anbuden.

Den nya regeln i 14 kap. 7 § LOU bör tillämpas restriktivt. Av praxis kan slutsatsen dras att möjligheten att byta ut ett återopat företag bara avser situationer där anbudet och återopandet av det andra företaget har varit komplett och där det faktiskt går att avgöra om det återopade företaget uppfyller det aktuella kapacitetskravet. Huruvida MultiBygg uppfyllde det faktiska kvalificeringskraven gick inte att bedöma eftersom Bolaget hade underlåtit att ange två referensuppdrag. Den bristen är inte en sådan brist som avses i 14 kap. 7 § LOU. Istället är det en sådan brist i själva anbudsgivningen eller en brist i ett krav som angränsar till det aktuella kapacitetskravet. Kommunen borde ha stannat vid denna bedömning och förkastat Bolagets anbud. Genom att ge Bolaget en möjlighet att komplettera med ytterligare ett referensuppdrag åsidosatte Kommunen reglerna om förtydligande och kompletteringar i 14 kap. 9 § LOU. Det är enligt praxis inte förenligt med LOU att tillföra sakuppgifter till anbudet för att läka uppfyllandet av obligatoriska krav.

Bolaget lämnade vid komplettering in ett referensuppdrag utfört av Fastighetspartner. Det innebär att Bolaget har redovisat kravuppfyllnaden på ett felaktigt sätt vid upprepade tillfällen. Denna brist i Bolagets anbud, genom att Bolaget var av uppfattningen att det skulle kunna återopa ett referensuppdrag avseende Fastighetspartner för att uppfylla kvalificeringskraven, var så fundamentalt fel att den inte kunde läkas. Kommunen borde därför ha förkastat Bolagets anbud istället för att belöna Bolaget genom att låta det byta ut återopad leverantör.

Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Det föreligger inte några brister i Bolagets anbud och Kommunen har agerat helt i enlighet med LOU. Om förvaltningsrätten skulle finna att Kommunen rätteligen skulle ha begärt in en ESPD avseende Dynacon från Bolaget, så har Hansa Bygg inte lidit någon skada av denna brist, då Bolaget istället för preliminär bevisning i form av ESPD ingett full bevisning för att inga uteslutandegrunder föreligger avseende Dynacon och för att Dynacon uppfyller ställda kvalificeringskrav.

Före det att en upphandlande myndighet tilldelar kontrakt till en leverantör som använt sig av en ESPD ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören kommer in med kompletterande dokument i form av föreskrivna bevis för att inga uteslutningsgrunder föreligger samt att samtliga kvalificeringskrav är uppfyllda. Det är korrekt att Bolaget i sitt anbud åberopat annans kapacitet och bifogat en ESPD såväl för egen del som för vart och ett av de bolag vars kapacitet åberopats. Det är också korrekt att Kommunen i upphandlingsföreskrifterna angett att *"om en anbudsgivare lämnar in både en ESPD och andra bevis kommer ESPD att ha företräde vid prövningen av anbudsgivaren"* Denna skrivning har införts för undvikande av eventuella otydligheter i situationer då anbudsgivare bifogar ESPD men även bifogar viss bevisning. Enligt kommunen torde ESPD ha företräde vid prövningen av anbud även om denna formulering inte funnits med i upphandlingsdokumentet då det inte framstår som rimligt och ändamålsenligt att en anbudsgivare skulle ha i en sämre position för att anbudet innehåller bevis som inte hade behövts bifogas anbudet. Efter genomgång av inkomna anbud kunde Kommunen konstatera att Bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det fordrades dock att Kommunen krävde in kompletterande information före det att anbudet kan antas. Det framkom då att MultiBygg inte uppfyllde kraven på teknisk kapacitet. I enlighet med 14 kap. 7 § LOU gav Kommunen då Bolaget möjlighet att byta ut MultiBygg mot annat

företag och föreskrev samtidigt att Bolaget i så fall skulle ge föreskrivna bevis på att inga uteslutningsgrunder förelåg och att samtliga kvalificeringskrav var uppfyllda. Då Kommunen i detta läge konstaterat att Bolagets anbud skulle komma att antas om MultiBygg kunde bytas ut saknades anledning att begära in preliminärt bevis i form av en ESPD. Bolaget bytte ut MultiBygg mot Dynacon och inkom med föreskriven bevisning för att Dynacon inte omfattades av någon uteslutningsgrund samt uppfyllde ställda kvalificeringskrav. Det fordras inte att en anbudsgivare som byter företag vars kapacitet åberopas först ska ge in en ESPD avseende detta företag för att därefter omedelbart ge in slutlig bevisning. En sådan ordning skulle vara helt meningslös och medföra en kraftigt ökad administration helt i strid med reglernas syfte. LOU saknar uttryckliga regler om att ESPD måste ges in vid utbyte enligt 14 kap. 7 § LOU. Om förvaltningsrätten skulle finna att Kommunen agerat i strid med LOU genom att inte först begära in en ESPD avseende Dynacon, så är det rimligen inte något som Bolaget ska drabbas av. I ett sådant fall bör upphandlingen rättas på så sätt att Bolaget ges tillfälle att inkomma med en ESPD avseende Dynacon.

De åberopade rättsfallen är inte relevanta i det aktuella målet eftersom de endast innebär att det saknas möjlighet att tillämpa 14 kap. 7 § LOU när det föreligger andra brister än att det åberopade företaget uppfyller kvalificeringskravet i sig. Eftersom Bolaget gav in en ESPD kan Kommunen godta den som ett preliminärt bevis på att samtliga krav är uppfyllda. När Kommunen senare begärde in bevis avseende kravuppfyllnad framgick att MultiBygg inte hade genomfört två uppdrag som uppfyllde de ställda kraven. Kommunen begärde därför att MultiBygg skulle bytas ut. Bolaget tilläts inte göra en otillåten komplettering av anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår 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.

Enligt 4 kap. 10 § andra stycket ska en upphandlande myndighet innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§.

Av 4 kap. 11 § LOU framgår att när en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § för att uppfylla något kvalificeringskrav, ska detta företag kontrolleras enligt 10 § andra stycket 2 och 3.

Av 14 kap. 7 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som vid en kontroll enligt 4 kap. 11 § finner att ett företag som åberopas av en leveran-

tör inte uppfyller de krav företaget åberopas för eller att företagets förhållanden är skäl för uteslutning enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket, ska begära att leverantören ska byta ut företaget mot ett annat företag.

Myndigheten får begära byte om det finns skäl för uteslutning enligt 13 kap. 2 § andra stycket eller 3 §.

Enligt 15 kap. 1 § LOU får en leverantör som lämnar ett anbud eller en anbudsansökan också lämna en egen försäkran om

1. att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–3 §§ för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen,
2. att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§, och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 §.

Om leverantören åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 §, ska leverantörens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att en leverantör som har lämnat in en försäkran enligt 1 § på begäran av en upphandlande myndighet ska komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. En sådan begäran får göras när som helst under ett upphandlingsförfarande om myndigheten anser det vara nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt.

Enligt 15 kap. 4 § LOU ska den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet, på begäran av den upphandlande myndigheten, lämna såd-

ana kompletterande dokument enligt 6–13 §§, och i förekommande fall enligt 14 och 15 §§, som visar aktuella förhållanden. En sådan begäran ska göras innan myndigheten beslutar om att tilldela ett kontrakt.

Enligt bestämmelsens tredje stycket ska leverantören på begäran av myndigheten komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt.

Förvaltningsrättens bedömning

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

Hansa Bygg anför att 14 kap. 7 § LOU inte är tillämplig i den aktuella situationen och att Kommunen istället felaktigt har låtit Bolaget komplettera sitt anbud i strid med 4 kap. 9 § LOU. Hansa Bygg anför vidare att Kommunen har gett Bolaget flera möjligheter att komplettera sitt anbud vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Hansa Bygg anför även att kommunen har antagit en ny underleverantör utan att Bolaget har lämnat en ESPD (European Single Procurement Dokument) för dennes räkning, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Av utredningen i målet framgår att Bolaget har lämnat in en ESPD för MultiByggs räkning för att styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. För att kravet på den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten skulle anses vara uppfyllt krävdes två referensobjekt. Kommunen har efter genomgång av handlingarna begärt en komplettering i form av ytterligare ett referensobjekt för MultiBygg. Förvaltningsrätten finner inte annat än att Kommunens agerande när det gäller att begära in en komplettering av underlaget i form av

intyg på referensuppdrag efter att Bolaget har lämnat en ESPD för Multi-Bygg är inom ramen för bestämmelserna i 15 kap. LOU. Detta med anledning av att det krävdes två referensobjekt för att uppfylla den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Kommunens agerande har inte varit i strid med likabehandlingsprincipen. Det har i målet inte framkommit att Bolaget erhållit flera möjligheter att komplettera sitt anbud, utan har getts en möjlighet till komplettering och därefter en möjlighet att enligt 14 kap. 7 § LOU byta ut den åberopade leverantören.

När det därefter framgick att något ytterligare intyg inte förelåg och Multi-Bygg därför inte uppfyllde kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet krävde Kommunen att MultiBygg skulle bytas ut enligt 14 kap. 7 § LOU. Förvaltningsrätten anser att den aktuella situationen omfattas av 14 kap. 7 § LOU, då MultiBygg inte uppfyllde de krav det åberopats för. Kommunens agerande att kräva att leverantören skulle bytas ut står således inte i strid med LOU. Något ingripande enligt LOU aktualiseras inte på den grunden.

Hansa Bygg har vidare anfört att Bolaget borde ha lämnat in en ESPD för Dynacon som ersatte MultiBygg som åberopad leverantör. Istället begärde Kommunen att Bolaget skulle komplettera med samtliga intyg och dokument som styrkte kvalificering etc.

Av upphandlingsföreskrifterna 3.2 Egenförsäkran (ESPD) framgår bl.a. följande:

Anbudsgivaren får – istället för att till anbudet bifoga de bevis avseende frånvaro av uteslutningsgrunder och de bevis avseende kvalificeringskrav som angetts ovan i denna punkt 3.2 – lämna en egenförsäkran om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–2 och 3 §§ LOU att utesluta anbudsgivaren från att delta i upphandlingen och att anbudsgivaren uppfyller de kvalifice-

ringskrav som Beställaren har ställt upp. (...) Om en anbudsgivare som åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU har valt att ge in en ESPD ska anbudsgivarens försäkran åtföljas av en särskild ESPD för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas. (...) En anbudsgivare som lämnat in en ESPD ska på begäran av Beställaren och utan dröjsmål komplettera denna med ett eller flera dokument som omfattas av den. (...) Beställaren kommer innan tilldelning att begära att den anbudsgivare som Beställaren avser att tilldela avtalet lämnar sådana kompletterande dokument.

När det gäller frågan om ESPD för Dynacon finns situationen där man byter ut en åberopad leverantör enligt 14 kap. 7 § LOU inte särskilt reglerad, vare sig i LOU eller i upphandlingsdokumentet. Vid tillfället för byte av åberopad leverantör befann sig upphandlingen i det skedet att Kommunen, efter inkrävandet av dokument rörande Dynacon hade för avsikt att tilldela Bola- get avtal. Det skede där man lämnar ESPD för åberopade leverantörer får därför anses vara passerat. Någon anmärkning mot den godtagna dokumen- ten i och för sig har Hansa Bygg inte riktat. Skäl för ingripande enligt LOU saknas även mot bakgrund av detta.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Hansa Bygg inte har visat att Kommunen har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller med någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Sofie Bäckström



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 nyårs-afton, 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 avisar 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 rättstillämpningen.
- 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.