



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-09-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6778-16

SÖKANDE

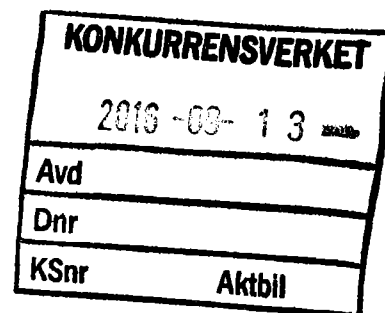
Ottestala Schakt AB, 556477-5913
Vassö 137
473 94 Henån

MOTPART

Orust kommun
473 80 Henån

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 422154

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Orust kommun genomför en upphandling av ramavtal för mindre markentreprenader, dnr 20-2016. Av tilldelningsbeslut daterat den 17 juni 2016 framgår bl.a. följande. Orust kommun bedömde att samtliga tre inkomna anbud saknade namngiven miljö och kvalitetsansvarig och bortsåg från detta krav då det var en mindre avvikelse från samtliga anbudsgivare. Anbuden från Lerab AB (Lerab) och Markbygg Anläggning AB (Markbygg) uppfyllde kraven för kvalificering och gick vidare till utvärdering. Anbudet från Ottestala Schakt AB (Ottestala) uppfyllde inte kvalificeringskraven och gick inte vidare till utvärdering. Orust kommun antar i tilldelningsbeslutet Markbygg, med rang ett, och Lerab, med rang två.

Ottestala ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Orust kommun anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Ottestala

Upphandlingen har inte genomförts enligt de regler som Orust kommun skrivit in i förfrågningsunderlaget. Orust kommun har inte upptäckt att väsentliga uppgifter i ska-krav har missats samt att ska-krav som redovisats från anbudslämnarna uppges som saknade.

Orust kommun har angivit att alla tre inkomna anbud saknar namngiven miljö- och kvalitetsansvarig. Detta stämmer inte då Lerab har angett dessa uppgifter i sitt anbud. Orust kommuns tolkning av att det rör sig om en

mindre avvikelse uppfylls därmed inte. Anbudet från Markbygg ska därför förkastas.

Anbudet från Lerab och Markbygg saknar vissa ska-uppgifter som anges i förfrågningsunderlagets punkt AFB.52. Lerab saknar i sin företagspresentation uppgifter om organisation samt uppgifter om underentreprenör, t.ex. utbildad mätingenjör. Det utbildningsbevis som är utfärdat för arbete på väg för ansvarig arbetsledare är dessutom utfärdat två år framåt i tiden. Markbygg anger en maskinförare som arbetar för ett annat företag dvs. för en underentreprenör. Det finns även ett krav på att efterfrågade entreprenadmaskiner ska finnas tillgängliga vid avtalsstart. Eftersom anbudslämnaren inte har dessa maskiner i dag utan brukar anlita underentreprenör för dessa uppgifter är inte ska-kraven uppfyllda. Dessutom är flera av prisuppgifterna så låga att det är omöjligt att kunna uppfylla dem. Anbudet från Lerab och Markbygg ska därför förkastas då dessa ska-krav inte uppfylls.

Orust kommun har i sin utvärdering behandlat anbudsgivarna olika och godtyckligt. Orust kommun har menat att frågan om namngiven miljö- och kvalitetsansvarig är en mindre avvikelse. De mindre avvikelser som finns i Ottestalas anbud bedömdes dock inte på samma sätt. Ottestala har angett vilka utbildningar och intyg som berörd personal har. Tyvärr glömde Ottestala att bifoga dessa. Intygen har dock lämnats till Orust kommun vid ett flertal tillfällen de senaste åren. Att inte begära en komplettering av dessa enligt LOU innebär att Ottestala inte behandlats likvärdigt. De referenser som Ottestala lämnat har utförts på löpande räkning och Orust kommun har självsvåldigt, utan kontakt med Ottestala, bestämt att dessa referenser inte uppfyller ställda krav. Orust kommun har grovt åsidosatt likabehandlingen av Ottestala och bör därför åläggas att göra om upphandlingen.

Orust kommun

I förfrågningsunderlagets AFB. 52. punkt 8 står att "Namn på kvalitetsansvarig ska anges i anbudet" samt "Namn på miljöansvarig ska anges in anbudet". Rollerna kvalitetsansvarig och miljöansvarig finns inte namngivna i något av de tre inkomna anbudena. Därför ströks kravet på att dessa skulle namnges i anbudet för samtliga anbudsgivare. Orust kommuns bedömning var att det inte står i proportion till upphandlingsföremålet att diskvalificera alla anbud på grund av detta krav. Krav på namngiven kvalitetsansvarig och miljöansvarig kvarstod dock. Enbart tidpunkt för när anbudsgivare ska uppvisa namnen på rollerna flyttades fram till tid för avtalstecknande. Genom att ändra kravet för samtliga anbudsgivare har kommunen utgått från principen om proportionalitet och likabehandling.

Efter tilldelningsbeslutets tillkännagivande informerade Lerab att det namngett rollen KMA i anbudet och att förkortningen betyder kvalitets- och miljöansvarig. Förkortningen var otydligt för Orust kommun som arbetar med upphandlingar inom flertalet branscher och inte kände till förkortningens innebörd. Kommunen bedömde att den inkomna informationen inte påverkade resultatet och tilldelningsbeslutet kvarstod. Inte heller Ottestala har namngivit rollerna kvalitetsansvarig och miljöansvarig i anbudet, varför det inte uppfyller detta krav. I det fall kommunens agerande genom att ändra krav på namngiven kvalitetsansvarig och miljöansvarig varit felaktigt och enbart Lerab hade uppfyllt kravet, skulle detta inte påverkat resultatet för Ottestala. Kommunen kan därför inte se att Ottestala lidit skada genom det ändrade kravet.

Lerab har uppfyllt kravet AFB.52 punkt 1 genom att i sin företagspresentation styrka sin förmåga att klara uppdraget samt ange efterfrågade uppgifter om organisation, placeringsort samt antal anställda.

Lerab har genom att inkomma med anbud accepterat och intygat att man uppfyller ställda krav med egen personal då man inte åberopat underentreprenör eller andra företags kapacitet. Avseende krav på mätingenjör ska anbudsgivaren uppfylla ställda krav och inget behöver bifogas anbudet. Kommunen har ingen anledning att betvivla att Lerab uppfyller kravet på mätingenjör och kravet ses därmed som uppfyllt. Lerabs utbildningsbevis för "Arbete på väg nivå 3A" har, som Ottestala anför, utfärdandedatum 2018-08-23. På baksidan står dock datum per genomförd kurs och datum för den kravställda nivå 3A är 2013-08-23 vilket intygar att utbildningsbeviset är gällande för rätt kunskapsnivå. Kravet har därmed bedömts som uppfyllt.

Markbygg offererar en maskinförare som i sitt CV uppfyller ställda kompetens- och erfarenhetskrav. Markbygg har genom att inkomma med anbud accepterat och intygat att det uppfyller ställda krav med egen personal då det inte åberopat underentreprenör eller andra företags kapacitet. Maskinföraren ska därmed vara anställd av Markbygg för att kunna uppfylla ställda krav på maskinförare. Orust kommun har inte haft anledning att betvivla att Markbygg uppfyller krav på maskinförare och kravet har bedömts som uppfyllt. Enligt AFB.52 punkt 4 ska de efterfrågade entreprenadmaskinerna finnas tillgängliga vid avtalsstart. Hur Markbygg brukar göra vid tidigare uppdrag är inget som kommunen beaktat i upphandlingen. Kravet har ställts så att anbudsgivare ska ha rimlig tid att införskaffa efterfrågade maskiner. Markbygg har accepterat och intygat att det uppfyller ställda krav utan att åberopa underentreprenör eller andra företags kapacitet och kommunen har ingen anledning att betvivla att Markbygg uppfyller krav på efterfrågade entreprenadmaskiner vid avtalsstart.

Kommunen instämmer med Ottestala att flera av Markbyggs offererade positioner har mycket låga priser. Därför har en analys av huruvida priset är

onormalt lågt gjorts i enlighet med LOU 12 kap. 35. Syftet är att säkerställa att anbudsgivaren är en seriös aktör som ska kunna fullgöra kontraktet under avtalstiden med ställda krav och villkor till offererade priser, utan att myndigheten ska drabbas av tillkommande kompensationskostnader som t.ex. överdriven timdebitering. Analysen visade att Markbygg genom sitt anbud visat att det är en på marknaden seriös och stor aktör, med en god ekonomisk stabilitet. Orust kommun bedömde även att de flesta av positionerna är rimligt prissatta. Kommunen bedömde att det inte förelåg skäl för att förkasta Markbyggs anbud på grund av onormalt låga priser.

Kommunen har haft ambitionen att vara proportionerlig och likabehandlande i utvärderingen av alla anbudsgivare och har inte funnit något grund för att diskvalificera anbuderna från Lerab eller Markbygg.

I tilldelningsbeslutet framgår de krav som Ottestala inte uppfyller i sitt anbud. Att tillåta Ottestala att komplettera med ny information, utbildningscertifikatet, hade brustit mot förfrågningsunderlagets AFB.31 och AFB.314 och hade därmed stridit mot principerna om transparens och likabehandling. Likaså hade det varit att efterfråga ny information att efterfråga vilka steg som berörd personal har gått. Att denna information tidigare lämnats till Orust kommun är inget som kommunen kan beakta i aktuell upphandling, då man riskerat att brista i principen om icke-diskriminering.

För att bevisa erfarenhet av efterfrågad tjänst ska anbudsgivare, i enlighet med AFB.52. punkt 2, ange minst tre olika referenser som visar på uppdrag där det framgår att anbudsgivaren har erfarenhet från löpande markentreprenader. Uppdragen ska inte vara äldre än 3 år. Orust kommuns utvärdering visar bl.a. att Ottestalas första referens är ett specifikt uppdrag med tidsomfattning på 2–4 månader. Likaså består den andra referensen av enbart ett angivet uppdrag. Referens tre är även det ett beskrivet uppdrag av

mindre karaktär. Sammantaget har kommunen bedömt att Ottestalas anbud inte uppfyller krav på referenser då det inte går att utläsa att det handlar om entreprenader av löpande karaktär för någon av de tre referenserna. Kommunen har ingen skyldighet att kontakta anbudsgivare för att förtydliga angivna referenser. Om kommunen hade kontaktat Ottestala för komplettering av angivna referenser hade kommunen riskerat att brista i principen om likabehandling.

Eftersom Ottestala har missat att i anbudet bifoga efterfrågat utbildningscertifikat, efterfrågad information avseende utbildningsnivå och referenser enligt krav har det medfört att bolaget inte uppfyllt ställda ska-krav. Ottestala kan inte anses ha lidit någon skada av Orust kommuns handläggning och därmed föreligger inget sakligt skäl för överprövning.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningsen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska klargöra och konkretisera på vilket sätt han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning 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 denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).


Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anför.

Ottestala har bl.a. anförts att bolaget felaktigt blivit uteslutet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Ottestala i sin ansökan om överprövning anger att det glömt att bifoga efterfrågat intyg när det lämnade in sitt anbud.

Då detta intyg, enligt AFB.31, utgjort ett ska-krav i upphandlingen fanns det redan på denna grund anledning att utesluta bolaget. Även Ottestalas lämnade referenser har av Orust kommun bedömts brista i kravuppfyllelse. Förvaltningsrätten bedömer, i likhet med Orust kommun, att de uppgifter rörande referenser som Ottestala lämnat inte anger att det är fråga om arbeten som gäller löpande markentreprenader. Med anledning av att Ottestala rätteligen uteslutits bedömer förvaltningsrätten att Ottestala inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada på grund av Orust kommuns bedömning av övriga anbud. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Linnea Färnstrand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.