



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2019-12-03
Meddelad i Luleå

Mål nr
855-19

KONKURRENSVERKET	
2019-12-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Malmsten Entreprenad AB, 556914-4420
Box 73
296 21 Åhus

Ombud: Advokat Peter Savin och Jur.kand. Malin Kulander
Advokatfirman Glimstedt
Skeppsbrogatan 49
392 31 Kalmar

MOTPART

Kirunabostäder AB
981 85 Kiruna

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om.

Dok.Id 118034

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90

Telefax
0920-22 04 59

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
<https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-lulea/>

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kirunabostäder AB (KBAB) har i samband med en upphandling av badhus separat upphandlat två rutschkanor (förenklat förfarande). De olika upphandlingarna har samma administrativa föreskrifter. Två anbud kom in. Den 3 april 2019 beslutade KBAB att anta Ö Vattenkvalité AB:s anbud.

Malmsten Entreprenad AB (Malmsten) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns skäl för domstolen att ingripa mot upphandlingen på grund av att KBAB har brutit mot LOU till skada för Malmsten.

Av likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU, följer att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Ekonomi

Malmsten har gjort gällande att Ö Vattenkvalité AB inte uppfyller kravet i upphandlingsdokumentets AFB.52 om kreditvärdighet motsvarande riskklass 4 eller högre, eftersom Ö Vattenkvalité AB enligt bifogad kreditupplysning har en kreditvärdighet motsvarande riskklass 1. Malmsten har hävdade att det lidit skada.

KBAB har invänt att upphandlingsdokumentet ger utrymme för att godta anbudsgivare om det kan anses klarlagt att anbudsgivaren har motsvarande

ekonomisk stabilitet. Enligt KBAB är kravet uppfyllt genom Ö Vattenkvalité ABs redovisning av ekonomin i anbudet och en fullgörandegaranti från företaget Klarer Freizeitanlagen AG vars resurser Ö Vattenkvalité AB åberopat och förfogar över. KBAB har till domstolen gett in ett åtagande.

I upphandlingsdokumentet punkt AFB.52 anges följande.
Anbudsgivaren ska ha en sund och stabil ekonomi med låg risk att komma på obestånd. Anbudsgivaren ska bifoga kreditupplysning från Upplysningscentralen eller liknande som påvisar en stabil ekonomi med riskklass 4 eller högre. I de fall entreprenören har en rating på 3 eller lägre kommer prövning att ske. Leverantören kan ändå anses uppfylla ovanstående krav om en sådan förklaring finns att det kan anses klarlagt att entreprenören innehar motsvarande ekonomisk stabilitet.

Det är ostridigt att Ö Vattenkvalité AB inte har riskklass 4. I Ö Vattenkvalité AB:s anbud under rubriken ekonomisk ställning har dock bolaget kryssat ”JA” och hänvisat till en leveransgaranti som utformats enligt följande ”I de fall Vattenkvalités ekonomi inte lever upp till beställarens förväntningar eller i det fall något skulle hända med bolaget så ställer Klarer garanti om att fullfölja leveransen”.

Förvaltningsrätten konstaterar att det anbud som getts in i målet inte innehåller några uppgifter eller förklaringar om varken Ö Vattenkvalité AB:s eller Klarer Freizeitanlagen AG:s ekonomiska förhållanden (om man nu skulle anse att det sistnämnda bolagets kapacitet har åberopats på ett korrekt sätt). Det kan därför inte på något sätt anses klarlagt att Ö Vattenkvalité AB har ekonomisk stabilitet motsvarande riskklass 4.

KBAB har, genom att anta ett anbud som inte uppfyller kravet ovan, brutit mot bl.a. likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Eftersom det bara finns två anbud får felet anser ha medfört skada för Malmsten.

Garanti

Malmsten har gjort gällande att Ö Vattenkvalité AB:s anbud innehåller en otillåten reservation avseende garanti, eftersom bolaget i sitt anbud angett garantitid fem år generellt och ett år avseende fogar, lampor och elektriska delar i strid med AFD.472. Malmsten har hävdade att det lidit skada.

KBAB har invänt att det i dialog med Ö Vattenkvalité AB framkommit att garantin gäller förbrukningskomponenter som inte är att likställa med materialgaranti. KBAB har också invänt att Ö Vattenkvalité AB genom att underteckna och ge in anbudet accepterat samtliga krav och villkor. KBAB har slutligen gjort gällande att Vattenkvalité AB:s förtydligande är förenligt med LOU samt att det skulle vara oproportionerligt att förkasta anbudet på den grunden att det finns en risk för otydlighet.

I upphandlingsdokumentet punkt AFD.472 anges följande.
Följande särskilda varugarantier ska utställas på byggherren men lämnas till We Group före slutbesiktning: Vattenrutschkanor, materialgaranti 10 år.

Av Ö Vattenkvalité AB:s anbud framgår följande.

Garanti

Fem (5) år. På fogar, lampor och elektriska delar lämnas ett (1) års garanti.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det inte att garantin på fem år i anbudet endast gäller förbrukningskomponenter. Utformningen ger intrycket av att garantin är generell. Även om man beaktar att Ö Vattenkvalité AB skrivit under anbudet och därmed accepterat samtliga krav och villkor måste det med hänsyn till formuleringen i anbudet ha framstått som högst oklart om kravet var uppfyllt.

Att tillåta förtydliganden/rättelser av "ska-krav" under sådana förhållanden kan inte anses förenligt med 4 kap. 9 § LOU då det strider mot likabehandlingsprincipen och det är därmed inte heller oproportionerligt att förkasta anbudet (jämför HFD 2016 ref 37).

Ö Vattenkvalité ABs anbud kan alltså inte anses uppfylla kravet på materialgaranti 10 år (jämför även Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 oktober 2015 i mål nr 3162-3174-15).

KBAB har, genom att anta ett anbud som inte uppfyller kravet ovan, brutit mot bl.a. likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Eftersom det bara finns två anbud får felet anser ha medfört skada för Malmsten.

Övriga påstådda fel

Malmsten har även gjort gällande ett antal andra fel som grund för att rättelse ska ske. Mot bakgrund av förvaltningsrättens ställningstaganden ovan saknas dock skäl att pröva dessa.

Ingripande

Malmstens ansökan om överprövning ska således bifallas. Eftersom felen inte är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse, bestående av att utvärderingen görs om, en tillräcklig åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Beselin
rådman



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 avvisar 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.

