



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-04-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2146-13

SÖKANDE

Bro & Väg Mälardalen AB, 556313-2397

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Telge Inköp AB, 556558-1757
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KONKURRENSVERKET	
2013-04-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudet från Anjobygg AB inte tas med i anbudsutvärderingen.

Dok.Id 321320

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegehuddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Telge Inköp AB genomför en upphandling av ny dricksvattenpumpstation och lågreservoar. Enligt tilldelningsbeslut den 17 januari 2013 avses avtal tecknas med Anjobygg AB (Anjobygg) i den del av upphandlingen som avser byggentreprenad.

Bro & Väg Mälardalen AB (Bro & Väg) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att nytt tilldelningsbeslut ska meddelas utan beaktande av anbudet från Anjobygg. Till stöd för sin talan anför Bro & Väg huvudsakligen följande. Anbudet från Anjobygg har kvalificerats trots att Anjobygg inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen. Fel har således begåtts i strid med LUF vilket har medfört att Bro & Väg lidit skada eller riskerar att lida skada.

I förfrågningsunderlaget anges som skall-krav att anbudet ska innehålla en kortfattad beskrivning av offererad prefab lågreservoar enligt pkt GSC. Någon sådan beskrivning finns inte i anbudet från Anjobygg.

I anbudsformuläret anges att uppgift om gällande AMF-försäkring eller motsvarande med uppgift om antal anställda ska anges i anbudet. Anjobygg har inte lämnat någon uppgift om AMF-försäkring i sitt anbud. Istället har en pensionspolicy för tjänstemän på NCC bifogats. En anbudsgivare får åberopa annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet men ett sådant åberopande kräver dock ett avtal mellan de båda bolagen. Något sådant avtal finns inte mellan Anjobygg och NCC. Anjobygg måste kunna styrka att möjlighet att nyttja den åberopade kapaciteten finns. I den årsredovisning som bifogas till anbudet från Anjobygg anges att Anjobygg är ett helägt dotterbolag till NCC Construction Sverige AB. Ett dotterbolag kan emellertid inte förfoga över moderbolag och kan därför inte åberopa moderbolagets kapacitet och resurser utan en utfästelse.

I förfrågningsunderlaget anges att platsorganisationen ska redovisas med personnamn på arbetschef, platschef och referenser. I anbudsformuläret anges att organisation för projekt med tillhörande CV ska redovisas. Den platschef och installationssamordnare som anges i anbudet från Anjobygg är anställda i NCC Construction AB. Någon utfästelse från NCC att NCC ställer sin kapacitet till Anjobyggs förfogande har inte bifogats anbudet.

Anjobygg har tillåtits att inkomma med nya uppgifter som inte funnits med i anbudet efter att anbudstiden gått ut. Tillåtna förtydliganden och kompletteringar rör uppgifter som redan finns i anbudet och som ska förtydligas eller kompletteras. Det är inte tillåtet att begära in helt nya uppgifter som saknas i ett anbud. Förtydliganden och kompletteringar handlar inte om att ersätta tidigare uppgifter utan att konkretisera redan lämnade uppgifter. De kompletteringar som Anjobygg tillåtits att inkomma med avser helt nya uppgifter som inte funnits med i det ursprungliga anbudet. Fråga är således inte om precisering eller komplettering i den mening som avses i LUF eftersom Anjobygg inte uppfyller samtliga skall-krav i sitt anbud utan de kompletteringar som gjorts.

Telge Inköp AB (Telge) bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. I ett begärt förtydligande avseende namn har Anjobygg även sänt in en kort beskrivning av lågreservoaren. Anjobygg har därmed lämnat de underlag som krävs. Anjobygg är mycket riktigt ett helägt dotterbolag till NCC. Under offerttiden har det framgått genom ”frågor och svar” att koncernen även har gemensam policy när det gäller miljö och kvalitet. Anjobygg omfattas av NCC:s pensionsåtagande. Det finns även skrivningar om moderbolagsgaranti i anbudsformuläret. CV finns för samtliga angivna personer och moderbolagsgaranti finns. I och med det så har Anjobygg visat att de förfogar över resurserna. CV kan bifogas om så behövs. Eftersom det framgår av Anjobyggs svar i inlämnat anbudsformulär att de

åtar sig uppdraget i enlighet med ställda krav har de inte särbehandlats. De förtydliganden som efterfrågats har rört inlämnat materiel.

Anjobygg, som har beretts tillfälle att yttra sig över ansökan, anför bl.a. följande. Anjobygg har uppgett att arbetena kommer att utföras i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. I den offererade anbudssumman har Anjobygg inkluderat pris för den efterfrågade lågreservoaren dvs. typ C14 av fabrikat A-betong. Något behov av en kortfattad beskrivning av prefabricerad lågreservoar har därför inte förelegat. Under alla förhållanden skulle det utgöra en oproportionerlig åtgärd att förkasta anbudet på grund av avsaknaden av en kortfattad och i detta fall obetydlig beskrivning av en prefabricerad lågreservoar. Svaret på Telges begäran om förtydligande beträffande fabrikat på prefabricerad lågreservoar har inte inneburit att något nytt tillförts anbudet utan det innebär endast att fabrikatet på den prefabricerade lågreservoaren har bekräftats.

Av Telges förtydligande i dokumentet "frågor och svar" framgår inte att priserna för trädfällning, borttagning av stubbar och asfaltering ska redovisas i anbudet. Om det skulle visa sig att bifogade priser skulle utgöra en otillåten komplettering av anbudet så vore det en orimlig och oproportionerlig åtgärd att utesluta anbudet eftersom de efterfrågade priserna inte på något sätt har påverkat utvärderingspriset. Reglerbara mängder har inte ingått i utvärderingen. Anjobygg och alla övriga anbudsgivare hade kunnat ange vilka priser som helst i aktuellt hänseende utan att det hade påverkat bedömningen av anbudet. Mot denna bakgrund har Bro & Väg inte heller lidit skada. Anjobygg har lämnat det lägsta utvärderingspriset oavsett vilka priser som offererats för reglerbara mängder.

Anjobygg har i samband med prekvalificeringen skickat in beskrivning där det framgår att bolaget är helägt dotterbolag till NCC AB, dokument med uppgift om antal anställda samt beskrivning av att anställda inom NCC-

koncernen omfattas av en mängd olika försäkringar vilket bland annat måste anses motsvara den av Telge efterfrågade AMF-försäkringen. Vidare har Anjobygg i samband med prekvalificeringen sänt in ett dokument som innehåller intygande från moderbolaget om att moderbolaget under hela kontraktstiden kommer att ställa nödvändiga resurser till förfogande för Anjobygg. Kravet på att bifoga en AMF-försäkring eller motsvarande samt kraven på CV för organisation för projektet är därmed uppfyllda. Till styrkande av sina uppgifter inkommer Anjobygg bl.a. med en försäkring från NCC AB daterad den 27 juni 2012.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, gäller följande. Upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Moderbolags tillgångar m.m.

Enligt 11 kap. 5 § LUF gäller följande. När de kriterier och regler för kvalificering som avses i 3 § innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet får en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande. Leverantören

skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt.

Under punkten AFB.311 i förfrågningsunderlaget anges att anbud skall innehålla uppgifter om platsorganisation för projektet med personnamn på arbetschef, platschef och referenser. I anbudet från Anjobygg anges personnamn på arbetschef/platschef med bifogad CV. Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera sådana uppgifter. En sådan kontroll skulle i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2010 i mål 4583-10).

I anbudsförmuläret uppges bl.a. följande efter rubriken bilagor.

se även AFB 311 Uppgift om gällande AMF-försäkring eller motsvarande med uppgift om antal anställda.

Under punkten 6 i anbudsförmuläret finns följande text från Anjobygg.

För åtagna förbindelser fullgörande erbjuder vi följande bankgaranti som säkerhet. Moderbolagsborgen i NCC AB.

Av utdrag från ”frågor och svar” framgår följande.

Fråga: Som dotterbolag i en större koncern arbetar vi fullt ut under koncernens kvalitets- och miljöledningssystem vilka är certifierade enligt ISO 9001 resp. ISO 14001. Är det tillfyllest att ange dessa certifikat som underlag för frågor under 5.9 och 5.10? Svar: Ja det är ok under förutsättning att upplägget tillämpas.

Av skrivelsen angående återopande av annans kapacitet daterat den 27 juni 2012 framgår följande text:

”Anjobygg AB är sedan 2003 ett helägt dotterbolag till NCC Construction Sverige AB och verkar inom NCC som en specialistkompetens för byggnation av VA-anläggningar. Vid ett erhållande av entreprenaden kommer Anjobygg AB och NCC att i nära samarbete utföra entreprenaden. Härmed intygas att NCC Construction AB kommer under hela kontraktstiden att ställa nödvändiga resurser till förfogande för Anjobygg AB.”

Bro & Väg har anfört att Anjobygg i sitt anbud bifogat en pensionspolicy för tjänstemän på NCC AB. Förvaltningsrätten anser att Anjobygg genom det som redovisats under punkten 6 i anbudsformuläret och i utdraget från ”frågor och svar” samt genom att bifoga en policy från NCC AB och förbindelsen från den 27 juni 2012 framgår att Anjobygg har visat på ett åtagande från NCC AB att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt. Därmed uppfylls kravet på AMF-försäkring eller motsvarande.

Komplettering

Enligt 9 kap. 8 § LUF får en upphandlande enhet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den upphandlande enheten har således en viss möjlighet, men inte en skyldighet, att begära komplettering. EU-domstolen har i ett mål rörande tolkning av artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG som avser grundläggande principer för tilldelning av kontrakt uttalat att artikeln inte utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken den upphandlande myndigheten skriftligen kan begära att anbudssökandena ska förtydliga sina anbud, utan att för den skull begära eller godta ändring av anbudet. I samma mål uttalar EU-domstolen att det ankommer på den upphandlande myndigheten att behandla anbudssökandena på ett likartat och lojalt sätt

när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande efter förfarandet för urval av anbudena och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnande eller missgynnande den eller de anbudssökande som var föremål för begäran (se EU-domstolens dom den 29 mars 2012 i mål C-599/10). Av förarbetena till LUF framgår att bestämmelsen om möjligheten till förtydliganden och kompletteringar ska tillämpas restriktivt (se prop. 2006/07:128). Vid prövning av frågan huruvida kravet i förfrågningsunderlaget är ett verkligt skallkrav bör utgångspunkten vara hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvisningen, jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 (SIAC).

Av förfrågningsunderlagets punkt AFB.311 framgår bl.a. att huvudanbud skall avges i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningar och vara avfattat enligt bilagt anbudsformulär med uppgifter ifyllda och att anbud även skall innehålla kortfattad beskrivning av offererad prefab lågreservoar enligt pkt GSC.

Under rubriken "Förteckning över reglerbara mängder" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

I anbudet skall kostnader för samtliga arbeten och leveranser beräknade på grundval av anbudsunderlaget vara inkluderade. Dock gäller att nedanstående arbeten skall vara reglerbara. Reglerbara arbeten skall ingå i anbudet med nedan angivna mängder. För dessa arbeten skall reglering av kontraktsumman ske efter utfört arbete och efter å-priser angivna i anbudet.

Telge har under anbudstiden i dokumentet "frågor och svar" bl.a. gjort följande förtydligande av förfrågningsunderlaget i fråga nr 6:

"BFB.2. Antalet träd som ska fällas är 25 st. å pris redovisas som reglerbar mängd

BFD.1. Antalet stubbar som ska tas bort är 25 st. å pris redovisas som reglerbar mängd

DCC.2411. Asfaltering för "Bef. För kemikalietransporter" enligt ritning M1001-102 ska ingå med 100 m². á pris redovisas som reglerbar mängd"

I förfrågan till Anjobygg den 18 december 2012 har Telge begärt förtydligande avseende bekräftande av att det som framgår i frågor och svar ingår i anbudet, begäran om angivande av á-priser enligt fråga nr 6 samt fabrikat på prefabricerad lågreservoar. Som svar på begäran av förtydligande har Anjobygg lämnat en bekräftelse och angivit á-priser enligt fråga nr. 6 samt lämnat in en offert daterad den 17 december 2012 med utförlig beskrivning på prefabricerad lågreservoar.

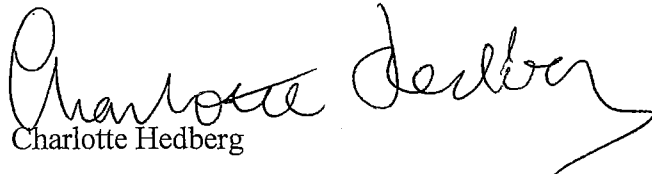
Förvaltningsrätten bedömer med hänsyn till att kostnader för samtliga arbeten och leveranser *förutom reglerbara mängder* ska vara inkluderade i anbudet att kompletteringen avseende á-priser av reglerbara mängder kan ses som ett förtydligande som kan lämnas utan att övriga anbudsgivare missgynnas otillbörligen.

Med hänsyn till ordalydelsen i förfrågningsunderlaget bedömer förvaltningsrätten att det är att anse som ett skalkrav att en kortfattad beskrivning av offererad prefabricerad lågreservoar ska lämnas i anbudet. Någon beskrivning lämnades emellertid inte i Anjobyggs anbud. Tiden för anbuds-lämnade gick ut den 12 december 2012. Begäran om komplettering skickades den 18 december 2012 och Anjobyggs svar på förfrågan om fabrikat utgjordes av en offert daterad den 17 december 2012. För att kunna lämna en kortfattad beskrivning av offererad prefabricerad lågreservoar så måste man ha kunskap om den reservoar som ska offereras. I och med att Anjobygg har tillåtits att komma med beskrivning efter det att tiden för anbuds-lämning passerat har bolaget haft längre tid på sig än övriga anbudsgivare att få fram en lågreservoar, exempelvis genom att kontakta underleverantör. Att offerten till Anjobygg är daterad den 17 december 2012, fem dagar efter senaste tid för anbuds-lämnande i Telge AB:s upphandling, tyder

också på att så varit fallet. Eftersom kompletteringen gjorts efter det att tiden för anbudslämnande gått ut och uppgifterna i fråga inte funnits över huvud taget i anbudet bedömer förvaltningsrätten med hänsyn till kompletterings art att kompletteringen medfört att likabehandlingsprincipen inte upprätthållits. Vidare ska bestämmelsen om komplettering i LUF enligt förarbetena tillämpas restriktivt. Vad som anförs om att Anjobygg bekräftat att bolaget avser att utföra arbetet i enlighet med förfrågningsunderlaget och att pris för prefabricerad lågreservoar inkluderats i anbudet medför inte någon annan bedömning. Anbudet från Anjobygg har antagits i strid med likabehandlingsprincipen. Inget annat har framkommit än att Bro & Väg på grund av detta i vart fall kan komma att lida skada. Ansökan om ingripande enligt LUF ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudet från Anjobygg utesluts från anbudsutvärderingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Charlotte Hedberg

Rådman

Cecilia Östergren har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU