



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2012-11-27
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 6668-12

SÖKANDE

Johnsson & Almén Entreprenad AB, 556646-5000
 Navestadsgatan 46
 603 66 Norrköping

Ombud: H. Urban Junhav
 Rådstugan Juristbyrå
 Dagbergsvägen 138
 603 51 Norrköping

MOTPART

Norrköpings kommun
 Rådhuset
 601 81 Norrköping

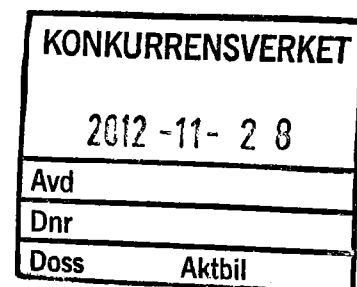
Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 102635

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Norrköpings kommun (nedan kommunen) genomför en upphandling avseende ombyggnad av förskolan Trombonen i Norrköping. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Tilldelningsgrund är lägsta pris.

Kommunen meddelade ett första tilldelningsbeslut i upphandlingen enligt vilket alla fyra anbudsgivarna hade kvalificerats till utvärderingsfasen. Lägsta pris hade lämnats av SEFAB, som tilldelades kontraktet. Enligt utvärderingen var ED Bygger drömmar AB (nedan ED Bygger) placerat på andra plats, Johnsson & Almén Entreprenad AB (nedan bolaget) på tredje plats samt Andersson & Baggman på sista plats.

Kommunen meddelade senare ett nytt tilldelningsbeslut med anledning av att brister i det vinnande anbudet identifierats. Enligt det nya beslutet tilldelades ED Bygger kontraktet medan bolaget blev placerat på andra plats och Andersson & Baggman återigen på sista plats.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att bolaget ska tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Kommunen har som skall-krav i de administrativa föreskrifterna punkten AFB.23 ställt att eventuella reviderings-PM som utgör kompletteringar till förfrågningsunderlaget ska ingå i anbudet. I det anbudsformulär som anbudgivarna skulle ifylla har kommunen skrivit i meningen "I anbudssumman ingår även åtaganden enligt PM nr daterat 2012- ... -...", där anbudsgivarna skulle fylla i de saknade uppgifterna för det fall reviderings-PM tillkommit. Genom detta skulle anbudsgivarna bekräfta att de tagit del av de PM som utgetts av kommunen. Vidare framgår av AFB.23 att endast skriftliga kompletteringar, lämnade av kommunen under anbudstiden, är bindande för både kommunen och anbudsgivaren.

ED Bygger har inte fyllt i de tomma platserna i formuläret och har därmed inte heller uppfyllt det ställda skall-kravet. ED Byggers anbud borde därför rätteligen ha förkastats. Ett icke besvarat skall-krav går inte att reparera enligt LOU och det EG-direktiv (2004/18/EG), som LOU är grundad på. Vid det förhållandet borde bolaget tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunen

Det krav som ställs i punkten AFB.23 i förfrågningsunderlaget har varit ett krav på att samtliga korrigeringar av förfrågningsunderlaget, i form av PM som skickats ut under anbudstiden, ska ingå i anbudet. Detta krav har dock gällt som en allmän förutsättning för anbudsgivning och det har inte, såsom bolaget påstår, funnits något skall-krav om att anbudsgivarna uttryckligen måste ange eller bekräfta att samtliga PM ingår i anbudet. Anbudet från ED Bygger har således lämnats helt i enlighet med de förutsättningar för upphandlingen som framgår av förfrågningsunderlaget med kompletterande handlingar och det saknas därför skäl för att förkasta det. Tvärtom har ED Bygger besvarat alla krav där anbudsgivarna uttryckligen ombetts bekräfta att visst förhållande accepteras samt i anbudet angett den information som det funnits krav om. Formuleringen i punkten AFB.23 i förfråg-

ningsunderlaget om att endast skriftliga kompletteringar är bindande styrker kommunens uppfattning om att korrigeringar av förfrågningsunderlaget, vilka meddelats anbudsgivarna, inte behöver bekräftas av anbudsgivarna i anbudet, utan gäller per automatik förutsatt att de är skriftliga.

Vidare framgår det av anbudsformuläret att respektive anbudsgivare erbjuder sig i och med anbudet att som totalentreprenör utföra rubricerad entreprenad i enlighet med de administrativa föreskrifterna daterade den 20 augusti 2012 och däri angivna handlingar och förutsättningar. Den PM som publicerats under anbudstiden är naturligtvis en del av upphandlingens förutsättningar, särskilt med beaktande av att det av AFB.23 framgår att den är bindande för både beställare och anbudsgivare. Därmed har anbudsgivarna, genom att underteckna anbudet, bekräftat att anbudet omfattar samtliga kompletteringar och ändringar som meddelats i upphandlingen. Även av denna anledning är anbudet från ED Bygger komplett.

Slutligen finns det inget i anbudet från ED Bygger som innebär eller ens antyder att korrigeringarna i PM nr 1 inte skulle vara beaktade i anbudet. Kommunen har därför inte haft skäl att utgå från annat än att ED Bygger tagit del av och accepterat samtliga förutsättningar för upphandlingen. I sammanhanget bör också framhållas att bolaget, som har bevisbördan för sitt påstående om att ED Byggers anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen, inte har kunnat visa att ED Bygger inte har tagit del av och accepterat samtliga förutsättningar för upphandlingen. Kommunen har således agerat helt i enlighet med LOU då den antagit anbudet från ED Bygger.

De korrigeringarna av förfrågningsunderlaget som gjordes genom PM nr 1 medför endast en mycket begränsad kostnadspåverkan. Enligt kommunens beräkningar uppgår det totala värdet av korrigeringarna i PM nr 1 till maximalt 200 000 kr. ED Bygger har offererat ett anbudspris på 7 300 000 kr, medan bolaget har offererat ett anbudspris på 8 990 000 kr. Prisskillna-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

den mellan de två anbuden uppgår således till 1 690 000 kr. Även om ED Bygger, mot all förmodan, inte skulle ha accepterat de förutsättningar som framgår av PM nr 1, har detta således inte haft någon påverkan på utgången i upphandlingen. Detta eftersom ED Bygger under alla förhållanden ändå skulle ha lämnat ett lägre anbudspris än bolaget. Bolaget har således inte lidit, och kan inte heller riskera att lida, skada i den mening som enligt LOU krävs för att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen.

Bolagets genmäle

Kommunen påstår att korrigeringarna i förfrågningsunderlaget genom PM nr 1 betingar ett värde som är lägre än prisskillnaden mellan bolagets och ED Byggers anbud, men detta är egentligen helt okänt för alla eftersom ED Bygger inte har besvarat frågeformuläret korrekt.

Kommunen synes mena att det som föreskrivs i AFB.23 enbart är en ordningsregel. Om skall-kravet att kompletterande PM ska ingå i anbudet enbart varit en ordningsregel hade anbudsformuläret med största sannolikhet utformats utan meningen ”I anbudssumman ingår även åtaganden enligt PM nr daterat 2012- ... -...”. I motsatt fall hade man tillåtit anbudsgivare att själva få välja vad som ska fyllas i anbudformuläret, vilket leder till en uppenbar risk till medvetet eller omedvetet ”fusk”.

Eftersom ED Byggers anbud inte uppfyller alla ställda krav går det inte att jämföra det med konkurrenterna. Den som utvärderar anbuden ska inte behöva gissa om ED Bygger beaktat eller inte beaktat korrigeringarna i PM nr 1 i sitt anbud.

Bolaget har ingen bevisbörda för att visa att ED Bygger inte har tagit del av och accepterat korrigeringarna enligt PM nr 1. Fråga är inte om bevisbörda överhuvudtaget. Anbudsformuläret är inte korrekt ifyllt och ED

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

Byggers anbud ska av detta skäl förkastas. Utvärdering av anbud sker av andra grunder än att en beställare anser ha fog att anse att något ingår i anbudet som av anbudsgivaren inte uttalats ingå.

Kommunens genmäle

Bolaget vidhåller påståendet att anbudet från ED Bygger inte är fullständigt eftersom anbudsformuläret inte har fyllts i korrekt. Som kommunen har påtalat har det dock inte funnits något uttryckligt krav på att anbudsgivare i formuläret måste fylla i att samtliga korrigeringar av förfrågningsunderlaget ingår i anbudet. Tvärtom framgår av formuleringarna i förfrågningsunderlaget att de ändrade förutsättningarna enligt det PM nr 1 som publicerats under anbudstiden ska ingå i anbudet per automatik. Eftersom detta uttryckts tydligt anser kommunen inte att det finns risk för "fusk", utan samtliga anbudsgivare har lämnat anbud under samma förutsättningar i enlighet med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen är därför av uppfattningen att anbuderna som inkommit i upphandlingen är jämförbara och att det således inte finns behov av att ställa en fråga till ED Bygger eller ifrågasätta att anbudet från ED Bygger inkluderar förutsättningarna i PM nr 1. Det finns inte heller något i ED Byggers anbud som visar, eller ens skulle kunna tolkas som, att anbudet i fråga inte omfattar den komplettering som skett i PM nr 1. Bolaget har inte heller visat eller ens gjort sannolikt att ED Bygger inte har beaktat de ändrade förutsättningarna i PM nr 1. Det har således inte funnits skäl för kommunen att förkasta anbudet från ED Bygger, och kommunen har agerat i enlighet med förutsättningarna i upphandlingen och de grundläggande principerna i LOU.

Kommunen vidhåller att bolaget inte kan riskera att lida skada ens för det fall ED Bygger skulle ha lämnat anbud utan beaktande av de ändrade förutsättningarna i PM nr 1. Bolaget anför att kommunens resonemang endast

består av spekulationer. De ändringar som gjorts i och med PM nr 1 medför emellertid en kostnadspåverkan om maximalt 200 000 kr. Bolaget har inte i sig bestritt kommunens beräkningar i denna del. Då anbudet från bolaget inte skulle ha antagits, oavsett om ED Bygger i sitt anbud beaktat de förutsättningar som publicerats under anbudstiden eller inte, kan bolaget inte lida, eller riskera att lida, skada.

Ytterligare skriftväxling har förekommit.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förfrågningsunderlaget

Av punkten AFB.23 i förfrågningsunderlaget framgår följande. Komplettering av förfrågningsunderlaget kan komma att ske under anbudstiden. Detta kommer då att ske i form av reviderings-PM med löpande numrering. Dessa PM ska ingå i anbudet. Endast skriftliga kompletterande uppgifter, lämnade av beställarens handläggare under anbudstiden är bindande

för både beställare och anbudsgivare. Finner anbudsgivare att förfrågningsunderlaget i något avseende är oklart ska frågor ställas till beställarens handläggare under anbudstiden.

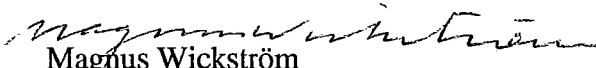
Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har till grund för sin talan gjort gällande att det i upphandlingen har ställts ett skall-krav angående att varje anbudsgivare i angivet anbudsformulär ska bekräfta att tillkomna reviderings-PM ingår i anbudsgivarens anbud samt att vinnande leverantör ED Bygger inte har uppfyllt detta skallkrav.

Något sådant anspråk riktat mot anbudsgivarna som kräver uttrycklig bekräftelse finner förvaltningsrätten emellertid inte framgå av AFB.23 eller av anbudsformuläret. Det krävs således inte att anbudsgivaren ordagrant bekräftar att eventuella korrigeringar genom tillkomna PM ingår i anbudsgivarens anbud. Förvaltningsrätten gör i detta avseende samma bedömning som kommunen att de korrigeringar av förfrågningsunderlaget som gjordes genom PM nr 1 får anses ingå i ED Byggers anbud dels med hänsyn till utformningen av AFB.23, dels då ED Bygger uttryckligen har bekräftat att företaget åtar sig att utföra entreprenaden i enlighet med de administrativa föreskrifterna och däri angivna handlingar och förutsättningar, däribland AFB.23.

Med hänsyn till det som anförts har det enligt förvaltningsrättens bedömning inte framkommit att det i upphandlingen har ställts ett skall-krav angående att varje anbudsgivare i angivet anbudsformulär ska bekräfta att tillkomna reviderings-PM ingår i anbudsgivarens anbud och således inte heller att vinnande leverantör ED Bygger inte har uppfyllt sådant skall-krav. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därmed och ansökan om överprövning ska avslås.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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 uppge 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 3109/1D LOU