



KONKURRENSVERKET	
2014 -10- 3 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Kanonaden Entreprenad AB, 556231-2636

Ombud: Advokat Martin Ågren och jur.kand. Maria Karlsson
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

MOTPART

Tanums kommun
457 81 Tanumshede

Ombud: Advokat Anders Nilsson och jur.kand. Lovisa Molander
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 31 juli 2014 i mål nr 5094-14

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

KONKURRENS-
Dok.Id 299445 VERKET / UPPHANDLING / FÖR KÄNNEDOM

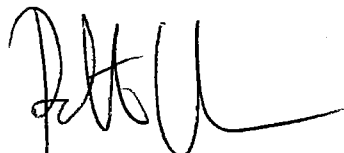
Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1531 401 50 Göteborg	Stora Nygatan 21	031-732 74 00 E-post: kammarratten.goteborg@dom.se www.kammarratten.goteborg.se	031-732 76 00	måndag – fredag 08:00-16:00

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).


Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).



Petter Classon



Anders Cedhagen
referent



/Charlotte Ljung



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM

2014-07-31

Meddelad i
Göteborg

Bilaga A

A6 16
Sida 1 (14)

Mål nr
5094-14

SÖKANDE

Kanonaden Entreprenad AB, 556231-2636
Bockängsgatan 2
571 38 Nässjö

Ombud: Advokaten Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

MOTPART

Tanums kommun
457 81 Tanumshede

Ombud: Advokaten Anders Nilsson och jur. kand. Lovisa Molander
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 279938

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag - fredag 08:00-16:00

bestrids både att det skulle föreligga sakliga skäl för att avbryta upphandlingen samt att kommunen skulle ha rätt att avbryta upphandlingen enbart för att det finns en risk att förfrågningsunderlagets utformande strider mot de grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet.

Skall-kraven i upphandlingen framgår av de administrativa föreskrifterna. Av AFB.31 i de administrativa föreskrifterna kan bland annat utläsas att anbudsgivare som referens ska lämna en förteckning över liknande byggtreprenader som har slutförts under de fem senaste åren och att det med liknande byggtreprenader avses vägar och fundament i motsvarande storlek och konstruktion som i den aktuella upphandlingen. Av AFB.52 i de administrativa föreskrifterna kan bland annat utläsas att anbudsgivare även ska lämna in ett intyg där det framgår att de viktigaste byggnadsentreprenaderna utförts enligt gängse branschnormer samt att de har slutförts på ett korrekt sätt.

Veidekke har i sitt anbud lämnat tre referenser - Väg 631 Korterud, Vindkraftspark Mungseröd och Vindkraftspark Skalleberg. Vid genomgång av Veidekkes referenser kan konstateras att ingen av dessa entreprenader uppfyller skall-kraven i upphandlingen. Veidekke har inte heller bifogat något intyg där det framgår att de byggnadsentreprenader som åberopats som referens har utförts enligt gängse branschnormer samt att de har slutförts på ett korrekt sätt. Ett sådant intyg kan omöjligen lämnas såvitt avser vindkraftsparkerna, eftersom dessa ännu inte är slutförda. Att referensuppgifterna i Veidekkes anbud ännu inte är slutförda är det allvarligaste felet i deras anbud. Detta fel kan under inga omständigheter anses bero på eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget.

Kommunens beslut att utvärdera och därefter anta Veidekkes anbud, trots att anbudet inte uppfyller samtliga skall-krav, bryter mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Hade kommunen agerat i enlighet

formuleringen av andra meningen i AFB.31 femte punkten kan man fråga sig om förteckningen och referenserna måste avse entreprenader som innefattar såväl vägar som fundament eller om de kan avse vägar eller fundament. Viss oklarhet föreligger.

I de administrativa föreskrifterna avsnitt AFB.52, rubriken "Prövning av anbudsgivares lämplighet", anges att det ska redovisas en förteckning avseende slutförda uppdrag som utförts under de senaste fem åren och inte endast utförda under de senaste fem åren. Denna uppgift avviker från det obligatoriska kravet i AFB.31 om vad anbudet ska innehålla. Vidare anges att förteckningen ska avse entreprenader avseende vägar och fundament. Det är således även i denna skrivning oklart huruvida varje uppdrag måste avse både vägar och fundament eller om uppdrag kan avse vägar och/eller fundament.

I punkt AFB.52 efterfrågas vidare ett "intyg", vilket inte uppställts som krav under de obligatoriska kraven på anbudets innehåll i AFB.31. Vad kommunen avsett att efterfråga, vilket borde ha korresponderat med innehållet i AFB.31 femte punkten, är referenser och inte intyg. Det är också möjligt att uppfatta den aktuella skrivningen som om det endast är intyg (rätteligen referenser) som ska lämnas och att det är vid kommunens kontakt med referenserna som det ska kontrolleras att åberopade entreprenader utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för entreprenaden och huruvida de utförts enligt gängse branschnormer och slutförts på ett korrekt sätt.

Slutligen noteras att det i AFB.51 anges att "Anbudsgivare skall i anbudsförmuläret ange att man är fri från hinder enligt LOU kapitel 10 paragraf 1 och 2". Anbudsförmuläret, som enligt AFB.31 helst ska ges in elektroniskt, har emellertid ingen plats där den efterfrågade uppgiften kan anges. I AFB.31 anges inte heller att anbudet ska innehålla den aktuella uppgiften.

Den aktuella upphandlingen avser en byggentreprenad där både väg och fundament ska byggas. Om kommunen hade avsett att det skulle räcka med ett av ovanstående moment hade man naturligtvis använt uttrycket "eller" istället för "och". Att tolka förfrågningsunderlaget på något annat sätt vore ologiskt. Det råder därmed inte några tvivel om att ett referensuppdrag måste innehålla både väg och fundament för att betraktas som liknande.

Det bestrids att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på transparens och likabehandling. Avsnitt AFB.31 innehåller en lista över saker som ska finnas med i anbudet. Ingenstans anges dock att denna lista skulle vara uttömmande och det är mycket vanligt att skall-krav anges på olika ställen i ett förfrågningsunderlag. Förfrågningsunderlaget som en helhet utgör det material som en anbudsgivare har att ta ställning till och följa vid lämnande av anbud.

Genom att använda imperfektformen av "utföra" och "slutföra" är det självklart att entreprenaduppgifterna ska ha utförts inom den angivna tidsperioden. Det är i vart fall omöjligt att tolka begreppen som pågående. Denna tolkning blir än mer självklar med hänsyn till att kommunen under AFB.52 begär in ett intyg på att referensuppgifterna utförts enligt gängse branschnormer och att de slutförts på ett korrekt sätt.

Den omständighet att Kanonaden är den enda leverantören som givit in intyg om att bolaget är fritt från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU medför inte att förfrågningsunderlaget är så otydligt att det skulle strida mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. De aktuella uppgifterna som ska intygas utgörs av sådana uppgifter som kommunen själv kan kontrollera i offentliga register utan att bryta mot LOU. Av praxis framgår att kommunen dessutom har möjlighet att begära in komplettering såvitt avser detta krav, eftersom intyget avser uppgifter av offentlig karaktär hos myndigheter. De aktuella uppgifterna kan dessutom

anbuden står det klart att kravet på affärsmässighet inte har åsidosatts, även om domstolen trots allt skulle finna det föreligger vissa brister i förfrågningsunderlaget.

RA 2002 ref. 50 brukar åberopas av den upphandlande myndigheten för att rättfärdiga brister i förfrågningsunderlag. Denna dom innebär även att vissa brister i förfrågningsunderlaget måste accepteras utan att det kan anses föreligga sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Annars skulle beslutet om att avbryta en upphandling kunna fattas helt godtyckligt av den upphandlande myndigheten.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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).

Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 2 § första stycket 5. ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet (15 kap. 13 a § LOU).

En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som den upphandlande myndigheten avser tilldela kontraktet. I ett förenklat förfarande ska uppgifterna begäras in och kontrolleras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet (se 15 kap. 13b § första och andra stycket).

I avsnitt AFB.52 "Prövning av anbudsgivarens lämplighet" anges att anbudsgivaren som bilaga till anbudsformuläret ska redovisa bl.a. följande som bevis på teknisk kapacitet.

- *Förteckning över slutförda byggentreprenader lämnas för uppdrag som utförts under de fem senaste åren, avseende vägar och fundament i motsvarande storlek och konstruktion som avses i denna upphandling.*
 - *Intyg lämnas om att de viktigaste byggnadsentreprenaderna utförts på ett tillfredställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för entreprenaden och huruvida de utförts enligt gängse branschnormer slutförts på ett korrektsätt.*
- De viktigaste byggentreprenaderna som intyg lämnas för, kan vara något av de uppdrag som är medtaget på förteckningen slutförda uppdrag.*

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningar för avbrytande av upphandling

En upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Anbudsgivarna ska skriftligen underrättas om beslutet och om skälen för detta. Förvaltningsrätten finner att en sådan underrättelse har lämnats av kommunen, om än knapphändig. Det förhållandet att kommunen först i förvaltningsrätten närmare specificerat de brister som kommunen anser finns i förfrågningsunderlaget och därmed inkluderat sådana brister som Kanonaden inte påtalat, medför dock inte att det föreligger hinder för förvaltningsrätten att beakta dessa uppgifter vid prövningen av om kommunen hade rätt att avbryta upphandlingen (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 6 november 2008 i mål nr 4451-08).

Av EU-domstolens praxis följer att en upphandlande myndighet inte har en skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Överprövningen får inte heller begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (C-92/00, HI, REG

Förteckning, referenser och intyg

Kommunen har vidare anført att det under avsnitt AFB.31 anges att anbudet ska innehålla en förteckning och referenser på liknande utförda entreprenader de senaste fem åren, medan det under avsnittet AFB.52 anges att en förteckning över slutförda byggentreprenader och ett intyg ska lämnas in.

Förvaltningsrätten finner att det är otydligt vad som egentligen efterfrågas av anbudsgivaren, eftersom ett intyg från anbudsgivaren om att en entreprenad bl.a. utförts enligt gängse branschnormer inte kan jämföras med en referensuppgift. Förfrågningsunderlaget i denna del kan därför bedömas oklart för även för en initierad anbudsgivare.

Uppgift om fritt från hinder och antal kvalificerade anbud

Kommunen anför vidare att en brist i förfrågningsunderlaget är att det under avsnitt AFB.51 anges att anbudsgivare i anbudsformuläret ska ange bolaget är fritt från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 LOU. I anbudsformuläret saknas emellertid plats för att lämna denna uppgiften.

Kanonaden har anført att kommunen har haft möjlighet att själv kontrollera om någon av leverantörerna skulle ha uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§, utan att bryta mot bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten finner att ett intyg från anbudsgivaren om att man är fri från hinder enligt 10 kapitlet 1 och 2 §§ LOU inte kan likställas med de uppgifter som en upphandlande myndighet kan inhämta från andra myndigheter utan att bryta mot principen om likabehandling och affärsmässighet. Kommunens möjlighet att ge anbudsgivarna rätt att komplettera sina anbud också mycket begränsad då den inte får medföra att någon anbudsgivare särbehandlas. Komplettering av sådana myndighetsuppgifter som i sig inte påverkar innehållet i anbudet och som funnits tillgängliga hos den

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.