



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
 2011-12-23
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 9577-11 E

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
 260 90 Förslöv

MOTPART

Trelleborgs kommun
 Rådhuset
 231 83 Trelleborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011-12-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Peab Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 85281

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Trelleborgs kommun genomför upphandling av ramavtal avseende bygg-service som ett öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 1 februari 2011 tilldelades bl.a. Erlandsson Bygg i Syd AB (Erlandsson Bygg) tidigare PeCo Bygg AB, kontrakt. Sedan Peab Sverige AB (Peab) ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten genom dom den 9 mars 2011 (mål nr 1377-11) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering genomförts varvid anbudet från Erlandsson Bygg inte fick beaktas. Kommunen beslutade därefter i tilldelningsbeslut den 12 april 2011 att tilldela Peab kontraktet. Härefter ansökte Erlandsson Bygg om överprövning av tilldelningsbeslutet, varpå förvaltningsrätten beslutade genom dom den 20 juli 2011 (mål nr 6851-11) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse vidtagits genom att en ny utvärdering varvid Erlandsson Byggs anbud skulle beaktas. Kommunen beslutade därefter i tilldelningsbeslut den 28 september 2011 att tilldela - i rangordning – Erlandsson Bygg, Peab och Nimab Support AB kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Peab har nu ansökt nu om överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut, att utvärderingen görs om utan beaktande av Erlandsson Byggs anbud samt att tilldelningsbeslutet från den 12 april 2011 alljämt gäller. I andra hand har yrkats att tilldelningsbeslutet ska upphävas samt att upphandlingen ska göras om på grund av att anbudens giltighetstid har gått ut. Peab har anfört följande. I förvaltningsrättens mål 1377-11 åberopade Peab tre grunder för att förkasta Erlandsson Byggs anbud. Rangordningen var i) Erlandsson Byggs anbud innehöll ingen prisuppgift för övrig tid, ii) Erlandsson Bygg visade inte i anbudet att de förfogade över andra företags kapacitet och

resurser, iii) Erlandsson Bygg uppfyllde inte ska-kravet beträffande platschef. Rätten prövade aldrig punkterna i) och ii) i mål 1377-11. Kommunen har inte bemött Peabs grunder. Peab vidhåller sin uppfattning vad gäller punkterna i) och ii). Erlandsson Bygg lämnade timpris för vardagar kl. 07.00 – 17.00 och vardagar kl. 17.00 – 07.00, dock inte för helger. Erlandsson Bygg har med andra ord inte beaktat kommunens rättelse eftersom anbudet saknade uppgifter om övrig tid. Anbudet överensstämmer således inte med kommunens förfrågan och ska förkastas. Vidare var det Peco som lämnade anbudet. I anbudet förekom andra bolag såsom Erlandsson Bolagen AB, Erlandsson Byggnads AB, Erlandsson Bygg i Syd AB, Erlandsson Bygg AB, Erlandsson i Syd AB och Trebo Byggnads AB. Peco skulle redan i anbudet ha visat att de förfogade över den kapacitet och de resurser som Peco åberopade. Någon garanti eller annat åtagande att förfoga över andra bolags kapacitet och resurser finns inte i anbudet. I anbudet omnämndes endast att Erlandsson Bolagen AB förvärvade PeCo och Trebo Byggnads AB under 2010 samt att bolagen skulle övergå i namnet Erlandsson Bygg i Syd AB. Ett tydligt åtagande att förfoga över andras resurser krävs även för bolag som ingår i samma koncern. Det ankommer på anbudsgivaren att genom t.ex. ett avtal visa att denne förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 246). PeCo övergick till Erlandsson Bygg i Syd AB den 3 februari 2011. Peabs uppfattning att PeCo utgjorde ett enskilt och separat bolag vid tiden för anbudets avlämnande är därför korrekt. Kommunen har inte förklarat på vilket sätt PeCo visat i anbudet att de förfogar över företagets resurser vid tidpunkten för anbudet eller kommenterat att en avgörande prisuppgift inte finns med i PeCos anbud. Kommunen måste själv göra en egen bedömning och inte försöka gömma sig bakom rättens prövning. Kommunen har, med ändring och i strid med förutsättningarna som anges i lagen och förfrågningsunderlaget, givit Erlandsson Bygg andra förutsättningar än Peab och övriga anbudsgivare. Agerandet står i strid mot både LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens samt att de anbud som inte

uppfyller obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Om kommunen hade agerat i enlighet med gällande regelverk samt kommunens förutsättningar i förfrågningsunderlaget skulle Peab ha tilldelats ramavtalet samt prioriterats som nr ett. Peab har således lidit skada till följd av kommunens ageranden. Anbudens giltighetstid gick ut den 14 april 2011. Först den 21 september 2011 begärde kommunen förlängning av giltighetstidne för anbudet. Tilldelningsbeslutet den 12 april 2011 meddelades när anbudet var giltigt. Tilldelningsbeslutet den 28 september 2011 är dock felaktigt eftersom anbudet inte gick ut.

Trelleborgs kommun har bestritt bifall till Peabs yrkanden och anført följande. Kommunen yrkar på att förvaltningsrätten avgör målet med fullsuttett rätt. Målet är av kvalificerad beskaffenhet och numera ett tidsmässigt brådskande mål. Kommunen har i mål 1377-11 bemött Peabs påståenden om att tre skall-krav inte är uppfyllda. Kommunen utgår från att förvaltningsrätten utrett målet som dess beskaffenhet kräver och att dess avgörande i målet har grundats på vad handlingarna innehållit, dvs. att rätten prövat samtliga omständigheter som Peab angett för sin begäran om överprövningen. Rätten har inte angett ytterligare skäl, som bestämt utgången i målet, dvs. inte redogjort för de andra två skall-kraven. Kommunen utgår från att rätten prövat även dessa omständigheter och funnit att PeCo har uppfyllt dessa skall-krav och därför inte kommenterat dessa ytterligare som skäl för avgörandet. Erlandsson Bygg tycks också ha tolkat domen på samma vis som kommunen, eftersom bolaget endast bemött den grund (AFB.51) som angetts i rättens bedömning. Enligt praxis utgör den omständigheten att giltighetstiden för anbudet går ut under pågående överprövning inte att upphandlingen ovillkorligen måste avbrytas.

Erlandsson Bygg har anført följande. Såväl de frågor som den rättsföljd som omfattas av Peabs talan har redan avgjorts genom en lagkraftvunnen dom. Peabs talan ska därför avvisas. Om talan inte avvisas ska Peabs talan

ogillas. Anbudet från Erlandsson Bygg uppfyller i alla delar de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. De av Peab anförda påståendena om motsatsen är felaktiga. Kommunen har meddelat en rättelse i PM beträffande timkostnad varvid AFB.52 i förfrågningsunderlaget justeras så att tiden 17.00 – 07.00 vardagar ersatts till att avse övrig tid. Erlandsson Bygg har inrättat sig efter detta vilket i realiteten inte medfört någon egentlig justering då de tillämpar samma timarvode oavsett tid. Det har i sammanhanget inte från kommunens sida uppställts något tillkommande krav. Något behov av att justera formuläret efter den ändring som kommunen distribuerat har inte förelegat. Att Peab valt att göra så ändrar inte innehållet eller betydelsen av Erlandsson Byggs anbud. Enligt 11 kap. 12 § LOU får leverantör vid behov och när det gäller visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska då genom att tillhandahålla åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. De har i sitt anbud beskrivit den process som företagen var igång med varigenom Erlandsson Bygg kommit att erhålla tillgång till såväl PeCo som Trebo Byggnads AB. Man har därigenom fyllt rekvisiten i lagen vad gäller tiden för när kontrakten ska fullgöras. Till detta ska läggas att de olika bolagen redan vid tiden för angivande av anbud hade samma VD. Erlandsson Bygg har angett Lars Lidman som den platschef som ansvarat för avtalet. Lars Lidman har varit anställd som platschef av PeCo sedan 2005. För det fall förvaltningsrätten anser att det finns fog för Peabs talan i denna del är det PeCo som stått för anbudet. Det är vidare PeCo som sedermera ändrat firma till Erlandsson Bygg. Även om anbudet uppfattas som endast avgivet att PeCo uppfyller detta därigenom aktuellt krav. Kommunens uppfattning att en påbörjad upphandling inte behöver avbrytas för att anbudens giltighetstid löpt ut delas. Det är tillräckligt att anbudsgivarna tillfrågas om giltighetstiden kan förlängas och att så sker före tilldelning. Då Peab förlängt giltighetstiden för sitt anbud har anbudet omfattats av den förnyade utvärderingen. Peab kan därför omöjligens anses ha lidit skada av förfarandet.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Målet är tillräckligt utrett genom den omfattande skriftväxling som skett vid de olika domstolarna och är även av förhållandevis enkel beskaffenhet. Det är därmed inte påkallat att målet prövas i förstärkt sammansättning.

Det ska av ett förfrågningsunderlag framgå vilka krav som måste uppfyllas för att ett anbud ska kunna antas. Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav får inte antas och ska därför inte heller utvärderas. Peab har i förevarande mål framfört invändningar om att Erlandssons Bygg inte uppfyllt krav beträffande prisuppgift och inte heller visat hur bolaget för-

fogade över andra uppgivna företags kapacitet och resurser. Motsvarande invändningar framfördes redan i förvaltningsrättens mål 1377-11. Av förvaltningsrättens dom i det målet kan inte sägas framgå att rätten prövat nu angivna invändningar. Något hinder föreligger således inte för att pröva Peabs talan i förevarande mål. Genom dom i mål 6851-11 har bestämts att ny utvärdering ska ske. Tilldelningsbeslutet den 12 april 2011 kan således inte fastställas på det sätt som yrkats av Peab.

Prisuppgift

Peab har anfört att Erlandsson Byggs anbud inte innehöll någon prisuppgift för övrig tid. Erlandsson har mot detta invänt att kommunens ändring av tiden i realiteten inte har medfört någon egentlig justering då Erlandsson tillämpar samma timarvode oavsett tid. Något behov av att justera formuläret efter den ändring som kommunen distribuerat har inte förelegat. Kommunen har anslutit sig till Erlandsson Byggs inställning i målet. Erlandsson Bygg har vid den ursprungliga anbudsinslämningen inkommit med timpris för vardagar kl. 07.00 - 17.00 samt vardagar kl. 17.00 - 07.00. Med hänsyn till att Erlandsson Bygg lämnat en prisuppgift i ursprungsanbudet, att timpriset är detsamma oavsett tidpunkt samt att kommunen anser sig ha fått tillgång till erforderlig information om Erlandsson Byggs arvoden, finner förvaltningsrätten att Erlandsson Bygg uppfyllt det av kommunen ställda kravet.

Förfoga över andra företags kapacitet och resurser

Peab har anfört att Erlandsson Bygg i sitt anbud inte har visat att de förfogar över andra företags kapacitet och resurser samt att någon garanti eller åtagande om detta inte fanns i anbudet. I anbudet nämndes endast att Erlandssonbolagen förvärvade PeCo under 2010 och att de skulle övergå i Erlandsson Bygg i Syd AB. Erlandsson Bygg har i sitt anbud uppgett personer i den tilltänkta organisationen med bifogade CV som ska utföra de av

kommunen ställda skall-kraven. Av utredningen i målet framgår att Erlandsson Bygg i sitt anbud har uppgivit att erforderlig kompetens finns inom PeCo och i Erlandssonbolagen. Det ankommer på den upphandlande enheten att kontrollera underleverantörens lämplighet. Kommunen har vid utvärderingen inte ifrågasatt att Erlandsson Bygg förfogar över den angivna externa kompetensen och de resurser som behövs vid byggservicen. Vidare har Erlandsson Bygg vid anbudslämmandet och under hela upphandlingsprocessen varit öppen med att PeCo skulle byta namn samt att de skulle komma att uppgå i Erlandssonbolagen. Erlandssonbolagen har i efterhand inte invänt att de inte kommer att kunna eller vill uppfylla samtliga förutsättningar för upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte visat i målet att Trelleborgs kommun genom att godta PeCos anbud som gällande också för Erlandsson Bygg på något avgörande sätt brutit mot principer och bestämmelser för upphandling.

När det gäller Peabs andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om på grund av att giltighetstiden för anbuden gått ut konstaterar förvaltningsrätten endast att denna giltighetstid förlängts också av Peab och att förfarandet således inte kan anses ha inneburit någon skada för bolaget.

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



Jan Bratt



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. 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.