



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-12-07
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1931-11 E
Kansli 3

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
Region Norrland
901 09 Umeå

Ombud: Åsa Borgardt
NCC Construction Sverige AB
170 80 Solna

MOTPARTER

1. Nordmalings kommun
914 81 Nordmaling

2. Svevia AB, 556768-9848
Region Nord
Box 1008
901 20 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-12-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudet.

Dok.Id 18172

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND

Nordmalings kommun (kommunen) har genomfört en öppen upphandling av ramavtal anläggningsarbeten (diariernr 11031).

Förvaltningsrätten har i dom den 20 september 2011 i mål nr 1288-11 prövat en ansökan om överprövning från Svevia AB (Svevia) och då beslutat att utvärderingen ska göras om. Av nytt tilldelningsbeslut den 27 september 2011 med bilagor framgår att Svevia har antagits som leverantör.

PARTERNAS TALAN

NCC Construction AB (NCC) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Sveglias anbud inte ska utvärderas. Som grund för yrkandet anges i huvudsak att Sveglias anbud inte uppfyller samtliga skallkrav, eftersom uppgift om samt CV för ansvarig person som genomför inventering av beläggningsskador saknas i anbudet, varför kommunen har brutit mot LOU genom att utvärdera anbudet. En komplettering med i anbudet helt utelämnade uppgifter avseende ett skallkrav kan aldrig ske utan risk för särbehandling. Varken kommunen eller Svevia gör gällande att den aktuella kompletteringen skulle ha skett innan tilldelningsbeslutet och en komplettering som har skett efter tilldelningsbeslutet ska överhuvudtaget inte beaktas.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det är riktigt att Svevia i sitt anbud inte uttryckligen har angett vem som ska genomföra inventering av beläggningsskador. Kommunen har vid sin genomgång av anbudshandlingarna inte uppmärksammat detta, utan antagit att det är den av Svevia angivna platschefen som ska genomföra

inventeringen. Antagandet påverkades möjligen av den kännedom som kommunen hade om personerna i Svevias organisation, tillsammans med de uppgifter som ändå framgår av Svevias anbud och bifogade CV:n. Kommunen har begärt att Svevia ska förtydliga sitt anbud i denna del och Svevia har bekräftat att det är platschefen som ska svara för denna uppgift. Förtydligandet är sådant att det är tillåtet enligt 15 kap. 12 § 2 st LOU och någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning har inte förelegat.

Svevia har beretts tillfälle att yttra sig och anför bl.a. följande. Det är i och för sig riktigt att uppgiften om ansvarig person för inventering av beläggningsskador av förbiseende inte uttryckligen angavs i Svevias anbud, men den person som de facto skulle vara ansvarig har redovisats i organisationen i anbudet tillsammans med CV för denna person. Det får anses uppenbart att det faktum att en anbudsgivare tillåts komplettera sitt anbud inte kan anses utgöra en särbehandling, även om denna anbudsgivare därmed erhåller en fördel som andra anbudsgivare inte har behov av (eftersom deras anbud var kompletta från början). Vad som måste vara avgörande för frågan om det föreligger risk för särbehandling är om det genom begäran om förtydligande/komplettering har uppkommit någon fördel för den aktuella anbudsgivaren. Detta skulle t.ex. vara fallet om anbudsgivaren genom förtydligandet/kompletteringen getts möjlighet att förbättra sitt anbud eller i praktiken har erhållit längre tid för att utarbeta sitt anbud än konkurrenterna. Det har inte heller varit fråga om en uppgift som varit av betydelse för utvärderingen av anbudet, jämför Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 614-05. Vidare har NCC inte lidit skada till följd av att Svevia beretts tillfälle att komplettera sitt anbud eftersom NCC:s anbud rätteligen borde ha förkastats på grund av att bolaget inte uppfyllde skalkravet om att entreprenören skulle ställa säkerhet i form av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet.

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. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

DOMSKÄL

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkten AF.31 – Anbuds form och innehåll – framgår under rubriken Värderingsgrunder att i det i anbudet särskilt ska anges ”Uppgift om och CV för ansvarig och person som genomför inventering av beläggningskador”. Såsom kravet har utformats i förfrågningsunderlaget måste detta, enligt förvaltningsrättens mening, betraktas som ett obligatoriskt krav, s.k. skallkrav, vilket följaktligen ska uppfyllas. Det är klarlagt att Svevias anbud inte har innehållit denna uppgift varmed anbudet inte uppfyller det aktuella skallkravet. Skallkravet är enligt förvaltningsrätten relevant för upphandlingen och har vidare utformats på ett tillräckligt tydligt sätt. Vad Svevia anfört avseende uppgiftens karaktär samt att kompletteringen inte inneburit någon risk för att Svevia kunnat förbättra sitt anbud föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges att en myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Förvaltningsrätten finner inte att vad som framkommit i målet visar att förutsättningar förelegat för att begära en sådan komplettering som nu är ifråga. I stället har Svevia, såvitt framgår, efter anbudstidens utgång getts möjlighet att ändra anbudet så att det uppfyller ovan nämnda skallkrav. Kommunens agerande strider därför mot den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling, vilken kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, samt även mot 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

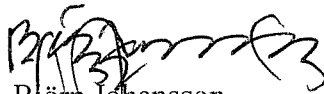
Svevia hävdar att NCC inte har lidit skada till följd av kommunens agerande genom att man i sitt anbud inte har uppfyllt skallkravet om säkerhet i form av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet. Denna fråga har tidigare avgjorts i förvaltningsrättens dom den 20 september 2011 i mål 1288-11, i vilket mål Svevia var sökande. Det är oklart om rättsläget är sådant att Svevia haft rätt att föra talan mot denna tidigare dom och därmed om den domen medför hinder att på nytt pröva frågan om skallkravet uppfyllts. Oaktat detta finner förvaltningsrätten inte anledning att nu bedöma denna fråga i sak på annat sätt än i den tidigare domen. NCC ska därmed anses ha uppfyllt skallkravet om säkerhet.

– Det kan i sammanhanget för övrigt noteras att för det fall den av NCC erbjudna säkerheten – borgen av moderbolaget – inte skulle anses omfattad av skallkravet torde skallkravet ha diskriminerande verkan mot NCC.

Enligt förvaltningsrättens mening har kommunens agerande har medfört att NCC lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten kan i detta sammanhang besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella

bristen hänför sig till vilka anbud som kvalificerat sig till utvärderingsfasen finner förvaltningsrätten det tillräckligt att anbudsprövningen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)



Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.