



KLAGANDE

Markkonsult M Eriksson AB, 556471-0597

Ombud: Advokat Robert Nilsson
Kungsgatan 29
111 56 Stockholm

MOTPART

Järfälla kommun
177 80 Järfälla



ÖVERKLAGADE AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 10 juli 2013 i mål nr 12822-13, se bilaga A, och den 19 september 2013 i mål nr 19328-13, se bilaga B

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd i mål nr 5880-13.
2. Kammarrätten avslår Markkonsult M Eriksson AB:s överklaganden.

BAKGRUND

Järfälla kommun genomför upphandling av totalentreprenad ”Temporär förskola, skola i Barkarbystaden – Markarbeten”, dnr Ten 2013/223. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 15 maj 2013 beslutat anta Markkonsult M Eriksson AB:s (Markkonsult eller bolaget) anbud. Sedan fel i utvärderingen uppmärksammats har kommunen genom beslut daterat den 17 maj 2013 meddelat att den avser att göra en ny anbudsutvärdering. Den 20 maj 2013 har kommunen meddelat ett nytt tilldelningsbeslut där Grävbolaget i Stockholm AB:s (Grävbolaget) anbud antagits.

Efter att Markkonsult har ansökt om överprövning har förvaltningsrätten i dom den 10 juli 2013 i mål nr 12822-13 avslagit ansökan. Markkonsult har överklagat förvaltningsrättens dom till kammarrätten som den 19 juli 2013 meddelat prövningstillstånd i målet och samtidigt förordnat interimistiskt att kommunen inte får ingå avtal avseende i målet aktuell upphandling innan något annat har bestämts (kammarrättens mål nr 4675-13).

Markkonsult har härefter den 8 augusti 2013 ansökt hos förvaltningsrätten att de avtal och/eller beställningar som kommunen har ingått med Grävbolaget någon gång under sommaren 2013 avseende upphandlingen ska förklaras ogiltiga. Förvaltningsrätten har i dom den 19 september 2013 i mål nr 19328-13 avslagit Markkonsults ansökan. Bolaget har överklagat förvaltningsrättens dom till kammarrätten (kammarrättens mål nr 5880-13).

YRKANDEN M.M.

Markkonsult yrkar att de avtal eller beställningar som ingåtts mellan Järfälla kommun och Grävbolaget avseende upphandlingen förklaras ogiltiga. Bolaget yrkar vidare att kammarrätten ska förordna att upphandlingen görs om eller rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs varvid det vinnande anbudet ska förkastas och bolagets anbud antas.

Bolaget vidhåller vad som anförs i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande.

Redan i förvaltningsrätten har bolaget framfört att det har skett en överträdelse mot de grundläggande principerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och att bolaget lidit eller riskerar att lida skada. De arbeten som redan har utförts av Grävbolaget för kommunens räkning är inte provisoriska. Det är inte tillåtet att kringgå reglerna om avtalsspärr genom att påstå att arbeten som upphandlats i strid med densamma utgör ett provisorium. Då arbetena är permanenta kommer kommunen inte att beställa dessa arbeten hos den som slutligen tilldelas uppdraget. Bolaget kommer att förlora den beräknade vinsten på redan utförda arbeten som är permanenta och som inte kommer att göras om.

Kraven i AFB.513 beskriver en befattning som kan jämföras med arbetschef, platschef eller platsansvarig/arbetsledare. Kenneth Eriksson uppfyller dessa krav. I anbudskompletteringen anges han som platsansvarig och platschef. Anbudet innehåller också en handling benämnd "Platsorganisation och resurser". Där kan utläsas att Kenneth Eriksson innehaft befattning som arbetschef i arbetsledande funktion. I en handling benämnd "Kvalitets-, arbets- och miljöplan", som också bifogades anbudet, ges en utförlig beskrivning av de tio referensobjekt som bolaget åberopar. Av beskrivningen framgår att Kenneth Eriksson har varit platschef i åtta av projekten.

Förvaltningsrätten borde ha prövat om kommunen haft rätt att utvärdera och anta det vinnande anbudet. En sådan prövning hade visat att kommunen inte haft rätt att göra det. Upphandlingen ska göras om även om inte bolagets anbud uppfyller ställda krav. Bolaget skulle då beredas möjlighet att delta i ett nytt anbudsförfarande. Då kommunen har agerat i strid med LOU har denna möjlighet frångåtts bolaget som därmed lider eller riskerar att lida skada.

Järfälla kommun bestrider bifall till överklagandet och vidhåller vad som tidigare anförts hos förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd i mål nr 5880-13 och tar upp målet till omedelbart avgörande tillsammans med mål nr 4675-13.

Av 16 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 § ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§ (16 kap. 7 § LOU).

Enligt kammarrättens bedömning torde en upphandlande myndighet på eget initiativ få rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte har slutits. En rättelse eller omprövning får dock inte göras i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller på sådant sätt att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds för när.

Kommunen har som grund för omprövning av tidigare meddelat tilldelningsbeslut angett att utvärderingen har skett på ett felaktigt sätt då det har uppmärksamats att Markkonsult inte uppfyller uppställt skalkkrav i AFB.513 att i anbudet verifiera att arbetsplatsansvarig har minst tre års erfarenhet som platsansvarig inom den senaste femårsperioden.

Kammarrätten konstaterar att annat inte har framkommit än att kommunens avsikt med rättelsen har varit att upprätthålla likabehandlingsprincipen. Omprövningen kan därför inte anses ha gjorts i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Kommunen har därmed haft rätt att ändra det först fattade tilldelningsbeslutet.

Liksom förvaltningsrätten anser kammarrätten att det är visat att kommunen ingått avtal med Grävbolaget i fråga om en del av de arbetsmoment som ingår i den aktuella upphandlingen och att avtal därmed har slutits i strid med den av kammarrätten meddelade avtalsspärren. Både omfattningen och värdet av dessa arbeten är dock oklara. För att ogiltighet ska komma i fråga krävs även att det har skett en överträdelse av en av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU samt att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Markkonsult har anfört att kommunen felaktigt har uteslutit bolagets anbud från utvärdering och att kommunen därmed agerat i strid med LOU, vilket föranlett att bolaget lidit eller riskerar att lida skada.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att utformningen av kraven i AFB.513 är tydlig och avgränsad och att det inte borde innebära några svårigheter för en branschvan leverantör att rätta sig efter dem och därmed ha alla förutsättningar att kunna uppfylla ställda krav och lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Vad gäller frågan om bolaget uppfyller de krav som uppställts i AFB.513 punkt 3, gör kammarrätten följande bedömning. Enligt föreskrifterna i AFB.513 ska den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten styrkas genom en sammanfattande CV och uppgifterna ska redovisas i anbudsformuläret. Det går av den CV som bolaget gett in avseende Kenneth Eriksson inte att utläsa att han uppfyller de krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet som

uppställts i aktuell anbudsföreskrift. Det går inte heller i övrigt av anbudsformuläret att utläsa att Kenneth Eriksson uppfyller kraven. Information om att Kenneth Eriksson har minst tre års erfarenhet som arbetsplatsansvarig inom den senaste femårsperioden kan däremot utläsas i dokumentet benämnt "Kvalitets-, arbets- och miljöplan" som ingetts som en bilaga till bolagets anbud. Av de tio referensprojekt som finns redovisade i dokumentet framgår att han har varit platschef i flera av dem. Kammarrätten konstaterar att uppgifterna i detta dokument hänför sig till de referensuppdrag som enligt bilaga 2 till anbudsformuläret ska redovisas av anbudsgivaren. Det har därmed inte funnits skäl för kommunen att närmare granska innehållet i detta dokument med anledning av de krav som uppställts i anbudsformuläret avseende anbudsgivares tekniska och yrkesmässiga kapacitet.


Enligt kammarrättens mening har informationen att Kenneth Eriksson har haft minst tre års erfarenhet som platsansvarig inom den senaste femårsperioden inte lämnats i nära anslutning till ingivet sammanfattande CV eller i övrigt varit lätt att uppmärksamma för kommunen (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 22 april 2010 i mål nr 8202-09). Kommunen har därmed genom att utesluta bolagets anbud från utvärdering inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada. Vid givna förhållanden kan bolaget inte heller anses ha lidit skada av att kommunen inte har beaktat att även en annan anbudsgivare eventuellt borde ha uteslutits eller att kommunen har slutit avtal i strid med avtalsspärren.


Kammarrätten finner sammantaget att det saknas förutsättningar för att ogiltigförklara ingånget avtal mellan kommunen och Grävbolaget. Det saknas även grund för kammarrätten att besluta att den del av upphandlingen som inte omfattas av redan ingånget avtal mellan kommunen och Grävbolaget ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Markkonsults överklaganden ska därmed avslås.


Vid denna utgång i målen upphör kammarrättens interimistiska förordnande den 19 juli 2013 i mål nr 4675-13 att gälla.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR domen i övrigt, se bilaga C (formulär 9).


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Susanne Ericson
kammarrättsråd
referent


Anna Vilgeus Hultdt
tf assessor


Anna Mildner
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-07-10
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A

Sida 1 (5)

Mål nr
12822-13

SÖKANDE

Markkonsult M Eriksson AB, 556471-0597
Box 3034
183 03 Täby

Ombud: Advokat Robert Nilsson
Advokatfirman Robert Nilsson
Kungsgatan 29, 6 tr
111 56 Stockholm

MÖTPART

Bygg- och miljöförvaltningen i Järfälla kommun
177 80 Järfälla

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling – LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 370925

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post:		09:00-15:00
		forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun genomför med förenklat förfarande upphandling av totalentreprenad Temporär förskola, skola i Barkarbystaden – markarbeten, dnr Ten 2013/223. Kontrakt kommer att tilldelas anbud med lägsta pris. I tilldelningsbeslut den 20 maj 2013 har kommunen antagit anbud från Grävbolaget i Stockholm AB.

Järfälla kommun har i meddelande om beslut i upphandlingen uppgett som skäl för att inte låta Markkonsults anbud gå vidare till utvärdering att det vid kontroll har upptäckts att det i anbudet inte kan verifieras att bolagets angivna arbetsplatsansvarig, Kenneth Eriksson, uppfyller kravet i AFB.513. Det framgår inte av anbudshandlingar och CV är inte bifogad.

Markkonsult M Eriksson AB (Markkonsult eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse på så vis att bolagets anbud rätteligen ska antas och bolaget tilldelas uppdraget och vinnande anbud ska inte anses kvalificerat för utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan uppger bolaget bl.a. följande. Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. När det gäller det egna anbudet har kommunen på felaktiga grunder uteslutit detta från utvärdering och därmed agerat i strid med LOU. Bolaget har i anbudet angivit Kenneth Eriksson som arbetschef, angett att CV bifogas och redovisat referensuppdrag från år 2004 och framåt där Eriksson varit arbetsplatsansvarig och han uppfyller därmed kravet i AFB.513. Bolaget har angett att Per Andersson är platschef. Av bolagets svar på kommunens begäran om komplettering framgår att Per Andersson har begärt föräldraledighet. Bolaget har utgått ifrån att Eriksson uppfyllde kraven och därför ersatt Andersson med Eriksson som platsansvarig och platschef. Genom att anta och utvärdera vinnande anbud, fast det inte uppfyller ställda krav avseende Teknisk och yrkesmässig kapacitet (AFB.513.3); Åtgärder för kvalitets-

arbete (AFB.513.5) och Åtgärder för miljöarbete (AFB.513.6) har kommunen brutit mot bl.a. principen om likabehandling och icke-diskriminering. Utformningen av AFB.513 innebär stort utrymme för subjektivt godtycke vid jämförelse av anbudena. Möjligheten för en leverantör att bedöma och förutse vad som krävs för att uppfylla ställda krav försvåras.

Järfälla kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Markkonsults krav på erfarenhet avseende angivna Per Andersson var otydligt redovisade och kommunen beredde bolaget tillfälle att förtydliga sitt anbud med begärd information. Markkonsult besvarade detta med att ändra sin offererade platsorganisation på så sätt att Kenneth Eriksson nu även uppgavs såsom platschef. Vid den efterföljande anbudsprövningen observerades inte att relevant information avseende platschefserfarenheten saknades beträffande Kenneth Eriksson och tilldelningsbeslut meddelades därför där Markkonsult tilldelades kontraktet. I direkt anslutning till detta observerades att det inte heller beträffande Kenneth Eriksson fanns uppgifter som styrkte kraven i AFB.513. Av det sammanfattande CV:t framgick endast att Kenneth Eriksson haft arbetsledande funktion under lång tid. Att vara arbetsledare är inte samma funktion som att vara platschef. Det sammanfattande CV:t anger att det för Kenneth Eriksson bilagts ett särskilt CV. Något särskilt CV var emellertid inte bilagt anbudshandlingarna. Vad Markkonsult anför om att kompletteringsbegäran avseende Per Andersson med automatik skulle innebära att Kenneth Erikssons meriter uppfyllde kravet saknar grund. Kompletteringen avsåg just platschefsrollen och inget annat. Tilldelningsbeslutet annullerades och i den förnyade anbudsprövning förkastades anbudet från Markkonsult eftersom kravet avseende platschef inte var uppfyllt. Vinnande anbud uppfyller ställda krav. Någon grund för att inte utvärdera deras anbud finns inte. Upphandlingen har skett helt i enlighet med de villkor som uppställts i förfrågningsunderlaget och inkomna anbud behandlats helt i enlighet med gällande regelverk.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I upphandlingsföreskrifter, AFB.513 punkt 3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet anges bl.a. att arbetsplatsansvarig skall ha minst tre års erfarenhet som platsansvarig, inom den senaste 5-årsperioden och övrig personal ska ha minst tre års erfarenhet inom arbetsområdet. Den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten ska styrkas genom att anbudsgivaren bifogar uppgifter om arbetsplatsansvarigs och övrig personal som entreprenören kan förfoga över för att genomföra uppdraget (en sammanfattande CV). Redogörelse för dessa uppgifter redovisas i anbudsformuläret.

Järfälla kommun har beslutat ingå avtal med annan leverantör än Markkonsult och som skäl för att bolagets anbud förkastats angett att bolagets angivna arbetsplatsansvariga inte visats uppfylla kravet på erfarenhet som platsansvarig.

Förvaltningsrätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om det vid prövningen av ansökan kan bedömas att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten kan vid den prövningen inte tilldela någon leverantör uppdraget i fråga.

Markkonsult gör gällande att deras anbud felaktigt har förkastats i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser emellertid, utifrån vad Järfälla svarat på ansökan, att Markkonsult genom sin argumentation inte har visat att Järfälla kommun i strid med LOU uteslutit bolagets anbud från utvärdering. Enligt förvaltningsrättens mening är utformningen av AFB.513 när det gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet tydlig och avgränsad på ett sätt som inte kan innebära någon svårighet för en branschvan leverantör att rätta sig efter och

därmed ha alla förutsättningar att kunna uppfylla ställda krav och lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Detta eftersom anbudsgivaren inte längre betraktas som en presumtiv leverantör (se t.ex. Kamrarrättens i Jönköping dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11). Med hänsyn till förvaltningsrättens ställningstagande saknas skäl att gå vidare och pröva om Järfälla kommun, som Markkonsult påstår, har brutit mot vad som anges i förfrågningsunderlaget eller bestämmelser i LOU i sin bedömningen av det vinnande anbudet. Även om det vid en prövning skulle visa sig att det vinnande anbudet felaktigt har utvärderats och antagits skulle någon skada enligt LOU inte föreligga för Markkonsults vidare kommande.

Sammanfattningsvis finns det inte grund för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Rådman

Maria Dahlberg

Kerstin Sandin 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-09-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19328-13

SÖKANDE

Markkonsult M Eriksson AB, 556471-0597

Ombud: Advokat Robert Nilsson
Kungsgatan 29, 6 tr.
111 56 Stockholm

MOTPART

Järfälla kommun
Bygg- och miljöförvaltningen
177 80 Järfälla

SAKEN

Ansökan om ogiltigförklaring av avtal enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Markkonsult M Eriksson AB:s ansökan om ogiltigförklaring av avtalet mellan Järfälla kommun och Grävbolaget i Stockholm AB avseende projektet Temporär förskola Barkarbystaden markarbeten dnr Ten 2013-223.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 392853

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Järfälla kommun (kommunen) genomför med förenklat förfarande upphandling av totalentreprenad Temporär förskola, skola i Barkarbystaden – markarbeten, dnr Ten 2013/223. Förvaltningsrätten i Stockholm har i domen den 10 juli 2013 i mål nr 12822-13 beslutat att avslå Markkonsult M Eriksson AB:s (bolagets) ansökan om ingripande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU i den aktuella upphandlingen. Bolaget har överklagat förvaltningsrättens dom. Kammarrätten i Stockholm har i beslut den 19 juli 2013 i mål nr 4675-13 dels meddelat prövningstillstånd, dels förordnat interimistiskt att kommunen inte får ingå avtal avseende i målet aktuell upphandling innan något annat har bestämts.

Ansökan om ogiltigförklaring

Bolaget yrkar i förevarande mål att förvaltningsrätten ska förklara att de avtal och/eller beställningar som kommunen har ingått med Grävbolaget i Stockholm AB (Grävbolaget) någon gång under sommaren 2013, avseende projektet Temporär förskola Barkarbystaden markarbeten dnr Ten 2013-223, ska förklaras ogiltiga. Bolaget har även yrkat att förvaltningsrätten omedelbart ska besluta om att vidare arbeten inte får utföras till dess att frågan rörande överprövning har avgjorts slutligt. Förvaltningsrätten meddelade den 8 augusti 2013 ett interimistiskt beslut innebärande att kommunen innan något annat har bestämts inte får fullgöra avtal som ingåtts i strid med kammarrättens interimistiska förordnande.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Under handläggningen i kammarrätten gäller en avtalsspärr. Det har framkommit att kommunen under sommaren 2013 beställt asfalterings-, grus- och markarbeten m.m. av Grävbolaget. Arbetet omfattas av det entreprenadprojekt som upphandlingen avser och som enligt ovan är föremål för överprövning. Det

arbete som kommunen har beställt och som redan har utförts är bl.a. anläggande av gräsytor, grundläggnings- och isoleringsarbeten runt sophusbyggnaden, leverans och installation av fettavskiljare, uppförande av en ca 20 m lång stödmur i betong, asfalteringsarbeten utmed stödmur, anläggande av grund runt entrén, anläggande av grus runt hela byggnaden m.m. Värdet av det utförda arbetet bedöms preliminärt motsvara ca 10 % av anbudssumman.

Kommunens inställning

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Kommunen har efterkommit kammarrättens interimistiska beslut. Sakomständigheterna är inte ostridiga. Hela projektet för Karlslundsskolan omfattar flera entreprenader, markarbeten för grovplanering av marken är en. Fastigheten var från början naturmark och markarbeten med grovplanering har utförts för att jämna till marken så att en uppställning av moduler var möjlig. Vidare innebär grovplanering att marken ska förberedas för en markentreprenad med finplanering. Finplaneringen av mark är således ytterligare en entreprenad och det är den som är föremål för överklagande och om vilken nu är fråga.

Markarbeten för grovplanering av mark har utförts av Grävbolaget som en del i den entreprenad de utför åt kommunen i ett övergripande exploateringsprojekt för området som omfattar andra markarbeten än bara de som berör skolan. De arbeten som utförts avser således grovplanering och ingår inte i den upphandling som är föremål för överklagande.

Vidare har kommunen även låtit utföra begränsade provisoriska åtgärder för att skolverksamheten skulle kunna starta till höstterminen. Kommunen

har inte kunnat avvakta med att ta skolan i bruk under överprövningen av markarbetena.

Det är en ren tillfällighet att Grävbolaget redan har avtal med kommunen avseende markarbeten i Barkarbystaden och att Grävbolaget även hade det vinnande anbudet i kommunens nu överprövade upphandling avseende finplanering.

Av de begränsade åtgärder som kommunen har låtit utföra är större delen sådana som ska tas bort när ordinarie entreprenad kan genomföras. Kommunen har endast sett till att elever och personal till terminsstart kan komma in i skolan, äta där och att soporna kan tas om hand. För att åstadkomma detta har kommunen beställt tilläggsarbete av Grävbolaget inom ramen för Grävbolagets åtagande för grovplanering av mark.

De tilläggsarbeten som har beställts omfattar även några saker som ingår i den överklagade entreprenaden och som inte kan vara provisoriska. De arbeten som inte är provisorier är inköp av fettavskiljare vilket är ett myndighetskrav, grundläggning för ett sophus om ca 45 m², även sophus är ett myndighetskrav, iordningställande av en gångväg ca 55 m² med tillhörande kantbalk ca 11 löpmeter. Gångvägen och kantbalken till densamma är nödvändiga för att kunna dra sopkärl från kök till sophus. Vidare har grusning av en tillfartsväg till sophuset utförts för att möjliggöra sotpötning. Det uppskattade värdet av dessa arbeten motsvarar ca 4 % av entreprenadvärdet för finplanering av mark.

Kommunens agerande riskerar inte innebära någon skada för bolaget för det fall kammarrätten skulle komma fram till att bolagets anbud ska beaktas vid anbudsutvärderingen. När målet avgjorts och kommunen tillåts teckna kontrakt med anbudsgivare avseende finplaneringsentreprenaden så kommer kommunen att beställa tilläggsarbete avseende de provisorier som

utförts. Regleringen av ändrings-, tilläggs- och avgående arbete görs med utgångspunkt av kontrakterad entreprenadsumma. I den situationen har entreprenören fördelen att kunna värdera det avgående arbetet lågt och det tillkommande högt. I och med detta finns det inte någon risk att entreprenören ska lida skada. Tvärtom torde vinnande anbudsgivare kunna dra fördel av situationen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att principerna om icke-diskriminering, lika-behandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande ska följas vid all offentlig upphandling.

Av 16 kap. 13 § andra stycket LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om det har slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 9 §. För ogiltighet i sådant fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska dock beslutas att avtalet ändå får bestå, detta anges i 16 kap. 14 § LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten utövar inte tillsyn över kommunen. Bolagefs synpunkter på kommunens handläggning föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrättens sida.

I målet är ostridigt att kommunen har ingått avtal med Grävbolaget avseende arbeten som inte utgör provisorier och som omfattas av den upphandling vari gäller avtalsspärr. Det gäller inköp av fettavskiljare, grundläggning av ett sophus om ca 45 m², iordningställande av en gångväg om ca 55 m² med tillhörande kantbalk ca 22 löpmeter samt grusning av tillfartsväg till sophuset. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att det är visat att kommunen ingått avtal med Grävbolaget i fråga om en del av de arbetsmoment som ingår i den aktuella upphandlingen. Avtal har alltså slutits i strid med den av kammarrätten meddelade avtalsspärren. För att ogiltighet ska komma i fråga krävs dock även att det har skett en överträdelse av en av de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU samt att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte ens har påstått i målet att det skett någon överträdelse av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Än mindre har bolaget konkretiserat på vilket sätt kommunens förfarande skulle ha medfört att bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada. Det finns därmed inte förutsättningar för att förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU. Bolagets ansökan om ogiltigförklaring ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson

Rådman

Sofie Larsson har föredragit målet.



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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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.