



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-04-21
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
443-15

SÖKANDE

Inneklimat Värnamo AB, 556710-8310
Ringvägen 67
331 32 Värnamo

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

1. Värnamo kommun, Upphandlingsenheten
331 83 Värnamo

2. Värnamo Kommunala Industrifastigheter Aktiebolag, 556146-0972

SAKEN

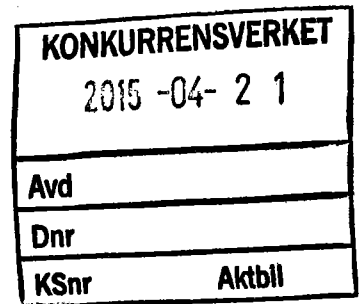
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Värnamo kommun genomför en upphandling, öppet förfarande, avseende Gummifabriken etapp 2,02 Luftbehandlingsentreprenad - VE. Grund för tilldelning av kontrakt är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut fastställdes att avtal ska tecknas med annat företag än Inneklimat Värnamo AB. Inneklimat Värnamo AB;s (bolaget) anbud förkastades som orent. Bolaget har därefter ansökt om överprövning.



Dok.Id 160717

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att anbudsutvärderingen görs om, varvid bolagets anbud ska tas upp till prövning.

Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Förstahandsyrkandet

Som grund för förstahandsyrkandet anförts att kommunen har brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna i 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta bolagets anbud, trots att detta anbud uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Till följd av kommunens överträdelse av bestämmelserna i LOU har bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen och därmed kan konstateras att bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada.

Kommunen har valt att förkasta bolagets anbud då det enligt kommunen är orent. Kommunen motiverar beslutet genom att ange att bolaget ställt krav på 15 % entreprenörsarvode istället för de 12 % som, enligt kommunen, gäller enligt förfrågningsunderlaget. Det är fastslaget i AFC.611 Ersättning för ÄTA-arbeten att entreprenörsarvodet ska vara 12 %. Detta gäller därför, som en grundläggande avtalsförutsättning, oberoende av vad anbudsgivarna anger i sina anbud. Att bolaget av misstag i anbudet har angett en annan procentsats innebär därför inte att bolaget har lämnat ett orent an-

bud. Oavsett vad bolaget angett i anbudet är det 12 % entreprenörsarvode som gäller. Övriga två anbudsgivare har dessutom inte lämnat någon uppgift alls om entreprenörsarvodet, trots att det enligt AFB.31 funnits skyldighet att lämna alla uppgifter som efterfrågats i anbudsformuläret. Att dessa anbudsgivare trots det utvärderats visar att det inte rör sig om något ska-krav utan om en grundläggande avtalsförutsättning som gäller oberoende av vad anbudsgivarna skrivit i anbudet. Annars skulle ju den vinnande anbudsgivarens anbud tolkas, och avtal tillämpas, helt utan entreprenörsarvode, alternativt skulle de två övriga anbudet ha förkastats. Av de administrativa föreskrifterna avsnitt AFB 53 "Prövning av anbud" framgår att för blivande underentreprenörer, entreprenaderna 2-13 enligt AFB.13, kommer det anbud, som innehåller lägst anbudssumma, att antas. För att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska en jämförelse göras av anbudsgivarnas anbudssummor. Det ska därför inte göras någon utvärdering av entreprenörsarvodet, vilket är logiskt eftersom kommunen redan fastslagit entreprenörsarvodet. Det rör sig därför om någon uppgift av väsentlig karaktär och inte heller om något ska-krav. Det skulle därför strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud enbart på den grunden att bolaget av misstag angett ett annat entreprenörsarvode än vad som stadgats i avtalet. Bolaget har i sitt anbud inte angett att det angivna entreprenörsarvodet om 12 % inte accepteras.

Andrahandsyrkandet

Som grund för andrahandsyrkandet anförts att kommunen har brutit mot principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag som är så otydligt och motstridigt att det inte på förhand varit möjligt att klart utläsa hur entreprenörsarvode skulle anges i anbudet. Överträdelserna har medfört att bolaget lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada, genom att inte ha fått förutsättningar att lämna anbud som motsvarar de krav som kommunen valt

att tillämpa i upphandlingen. Då bristerna rör förfrågningsunderlagets bristfälliga, oklara och otydliga utformning ska upphandlingen göras om.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen fastslagit entreprenörsarvodet till 12 %. Trots detta finns det i anbudsformuläret en ruta där anbudsgivarna kan ange ett eget entreprenörsarvode, och av förfrågningsunderlaget AFB.31 framgår att anbudsgivarna är skyldiga att fylla i ett eget entreprenörsarvode i anbudsformuläret, eftersom anbudet annars kommer att förkastas. Förfrågningsunderlaget innehåller därför mostridig information till anbudsgivarna om hur förfrågningsunderlaget ska tolkas samt vad som ska anges i anbudet. Att på ett ställe ange ett fastlagt entreprenörsarvode och på ett annat ställe ange att anbudsgivarna själva ska ange sitt entreprenörsarvode innebär att förfrågningsunderlaget, inklusive bilagor, varit så otydligt att det utgör en överträdelse av transparensprincipen. Därtill kommer att de administrativa föreskrifterna, i förhållande till kontraktsföremålet och dess värde, är ovanligt omfattande och detta innebär i sig, och i kombination med otydligheterna, att risken ökar att anbudsgivarna ska missuppfatta vilka uppgifter som ska anges och vilka som kommunen själv fastslagit. Bolaget har till följd av otydligheterna och motstridigheterna vilseletts att lämna ett felaktigt anbud, eller i vart fall ett anbud som avviker från vad kommunen förväntat sig. Bolaget har därför lidit skada genom att anbudet förkastats.

Kommunen har anfört att det är ett ska-krav att ange entreprenörsarvode, vilket bolaget bestrider. För det fall förvaltningsrätten ändå skulle finna att kommunen har rätt i att det rör sig om ett ska-krav skulle detta ha upprätthållits gentemot samtliga anbudsgivare. De båda övriga anbudsgivarna har överhuvudtaget inte angett någon procentsats för entreprenörsarvode i anbudsformuläret till ansökan om överprövning. Kommunen har ändå utvärderat dessa anbud. Kommunen skulle, om det rör sig om ett ska-krav, ha förkastat även de två övriga anbuden. Detta skulle innebära att inga giltiga

anbud kvarstår. Eftersom inga giltiga anbud kvarstår finns det ingen anbudsgivare för kommunen att teckna avtal med. Detta skulle innebära att upphandlingen måste göras om, och bolaget skulle då få en ny möjlighet att lämna anbud. Bolaget har därför lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Värnamo kommun

För ÄTA-arbeten (ändrings- tilläggs- eller avgående arbeten) ska ersättning utgå i enlighet med *AFC.611 Ersättning för ÄTA-arbeten* i förfrågningsunderlaget. *Ersättning enligt självkostnadsprincipen*, som är ett av alternativen, ska regleras enligt de angivna föreskrifterna i separat underrubrik

- Kostnadsreglering vid ÄTA-arbeten utförs med:
- Med i anbudet angivna à -priser.

I anbudsformuläret har ställts krav på angivande av à-pris för kvalificerade yrkesarbetare. Detta är det enda á-pris som har begärts. Möjlighet har dock givits att ange mer än en yrkeskategori. För direkta material- och varukostnader har angivits ett fastställt entreprenörsarvode. Entreprenören Inneklimat Värnamo AB har genom sin lämnade uppgift av entreprenörsarvode 15 % angivit, att det i de Administrativa föreskrifterna angivna entreprenörsarvodet av 12 % inte accepteras av anbudsgivaren. Denna har därför lämnat ett orent anbud, varför anbudet inte tas upp till vidare prövning. Anbudet förkastas.

I ansökan om överprövning hänvisas till *AFB.31 Anbudets form och innehåll* i förfrågningsunderlaget. I anbudet ska **generalentreprenören** ange den procentsats som denne begär för övertagandet av entreprenader angivna under AFB 13. Underlag för beräkning är respektive entreprenörs kontraktsumma exklusive mervärdesskatt. Kravet på angivande av procentsatsen ska läsas tillsammans med *AFB.53. Prövning av anbud*, där den blivande generalentreprenörens anbud beräknas enligt en given formel och

med beaktande av värdet (fiktivt värde) på de entreprenader, som ska över-
tas.

Kommunen hävdar, att förfrågningsunderlaget har haft erforderlig tydlig-
het, och att bolaget har lämnat ett orent anbud, varför kommunens hand-
läggning och beslut ska fastställas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leveran-
törer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-
handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om
ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § 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. Överpröv-
ning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den
upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förfrågningsunderlaget

AFB.31 Anbudets form och innehåll

Anbudet ska innehålla samtliga uppgifter enligt anbudsformulär. Ofullständigt anbud
kommer att förkastas. Anbudet ska lämnas genom elektroniskt formulär via e-avrop. Full-
ständiga uppgifter i formuläret är en förutsättning för att systemet ska godkänna inläm-
nandet. I anbudet ska generalentreprenören ange den procentsats denne begär för överta-
gandet av entreprenader angivna under AFB 13. Underlag för beräkning är respektive
entreprenörs kontraktsumma exklusive mervärdesskatt.

AFC 611. Ersättning för ÄTA-arbeten

Arvode för täckande av samtliga omkostnader och entreprenörsarvode enligt AB 04 kap 6 § 9 p 2,4,6,7 och 8a som vid arbete på löpande räkning uttas på direkta material- och varukostnader, exkl moms, enligt AB 04 kap 6 § 9 p 1 ska vara 12 %.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på (RÅ 2009 ref.69).

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. När en anbudsgivare som i detta fall gör gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrätten i första hand pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Förfrågningsunderlagets utformning

Enligt praxis ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (RÅ 2002 ref 50). Upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligen informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget innehåller motstridig information avseende entreprenörsarvode vilket medfört att bolaget vilseletts till att lämna en avvikande uppgift om 15 % i anbudsformuläret. Bolaget har som grund för detta uppgett att det i de administrativa föreskrifterna framgår att entreprenörsarvodet ska uppgå till 12 % men att det i anbudsformuläret även getts möjlighet för anbudsgivarna själva att ange entreprenörsarvode. Bolaget menar även att det av de administrativa föreskrifternas av-

snitt AFB.31 framgår att anbudsgivarna är skyldiga att fylla i ett eget entreprenörsarvode.

När det gäller den aktuella upphandlingen konstaterar förvaltningsrätten att anbudsgivarna i anbudsformuläret under rubrik 4.0 *ÄTA-arbeten enligt AFC.611 – Ersättning enligt självkostnadsprincipen* ska ange ersättning för ändrings- och tillägsarbeten (ÄTA-arbeten). Vidare hänvisas under punkt 4.0 i anbudsunderlaget till avsnitt AFC.611 i förfrågningsunderlaget. Där framgår att entreprenörsarvodet i fråga om ÄTA-arbeten ska vara 12 %. I AFB.31 i förfrågningsunderlaget framgår att generalentreprenören i anbudet ska ange den procentsats som begärs för övertagande av entreprenader. AFB.31 och AFC.611 i förfrågningsunderlaget avser således två vitt skilda entreprenörsarvoden. Formuleringarna i kommunens förfrågningsunderlag kan med beaktande av detta inte anses ge utrymme för olika tolkningar. Sammantaget anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret är tillräckligt klart och tydligt formulerat i detta hänseende för att alla rimligen informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat avgöra hur entreprenörsarvode skulle anges i anbudet. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger således inte i denna del.

Uppfyllelse av ska-krav

Bolaget har vidare anfört att deras anbud inte är att betrakta som orent eftersom det inte är ett ska-krav att entreprenörsarvodet i fråga om ÄTA-arbeten ska vara 12 %. Detta ska istället beaktas som en grundläggande avtalsförutsättning. Vidare menar bolaget att ska-kravet inte upprätthållits gentemot samtliga anbudsgivare, eftersom dessa överhuvudtaget inte angett någon procentsats för entreprenörsarvode i anbudsformuläret. När det gäller frågan om entreprenörsarvode om 12 % vid ÄTA-arbeten är ett s.k. ska-krav, dvs. ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget i upphandlingen, gör förvaltningsrätten följande bedömning. Under förfrågningsunderlagets rubrik *AFC 611. Ersättning för ÄTA-arbeten* anges att entrepre-

nörsarvodet ska vara 12 %. Någon möjlighet för anbudsgivarna att själva ange entreprenörsarvode i detta hänseende har således inte funnits. Förvaltningsrätten anser därmed att kravet om entreprenörsarvode om 12 % vid ÄTA-arbeten är att betrakta som ett ska-krav i upphandlingen. Av handlingarna i målet framgår att bolaget i sitt anbud uppgett att entreprenörsarvode vid ÄTA-arbeten ska vara 15 %. Övriga anbudsgivare har i anbudsföreläggandet angett att kraven uppfylls. Förvaltningsrätten anser, i likhet med kommunen, att bolaget härigenom angett att de inte accepterat i förfrågningsunderlaget angett entreprenörsarvode. Anbudet uppfyller därmed inte det aktuella ska-kravet. Kommunen har därför haft fog för att förkasta anbudet. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte heller på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått visa att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

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

Jan Källman

Föredragande har varit Nina Melander.



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. 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.