



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: S. Hagström

DOM
2013- 08-29
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1528-13 E
D4

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Omark Konsult AB, 556836-4250
Tallvägen 1, 957 32 Övertorneå

MOTPART

Övertorneå kommun, 957 85 Övertorneå

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Övertorneå kommun (kommunen) har genomfört upphandling av "Upprustning skolområde Övertorneå Etapp 1" genom förenklat förfarande. Anbud kom in från Omark Konsult AB, Skanska Sverige AB, Byggpolarna AB (BPAB) och Lek & Fritidsprodukter AB. BPAB och Lek & Fritidsprodukter AB kvalificerades till vidare utvärdering och BPAB tilldelades kontraktet enligt tilldelningsbeslut den 17 juni 2013.

I förslaget till tilldelningsbeslut anges följande när det gäller anbuderna från Omark Konsult AB och Skanska Sverige AB. Kommunledningsförvaltningen har i båda fallen konstaterat avvikelse från det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlagets AF-del finns följande inskrivet. "Som bilaga till anbudet **skall** lämnas ett program för hur kvalitetssäkring av detta objekt skall genomföras. Anbudsbilagan kan utgö-

Dok.Id 42550

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Residensgatan 17

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

ras av exempel på kvalitetsplan kompletterad med checklista över aktiviteter som skall ingå i egenkontrollen och kommer att utgöra en del av beställarens underlag vid utvärdering av anbudet.” Den efterfrågade bilagan medföljer inte anbudet från Omark Konsult AB och Skanska Sverige AB, vilka därmed inte uppfyller samtliga skall-krav. Dessa anbud måste därmed förkastas enligt LOU.

YRKANDEN

Omark Konsult AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut samt besluta om en ny utvärdering där samtliga angivna anbud beaktas.

Kommunen bestrider Omark Konsult AB:s yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Omark Konsult AB

Kommunens anbudsutvärdering lever inte upp till de krav som ställs upp i lag eller allmän vedertagen praxis avseende byggnadstekniska entreprenadupphandlingar. Den först presenterade anbudsfrågan var helt ofullständig. Efter en förfrågan till skolförvaltningen fick Omark Konsult AB ta del av bilder och en beskrivning med olika val av redskap som förväntades ingå i entreprenaden. Redskapen hade så skilda prislägen att en rättvis utvärdering skulle bli svår eller omöjlig. Angående utscenen finns ingen beskrivning och inga önskemål med i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen av anbudet har kommunen inte tagit någon notis om vad som erbjuds utan bara tittat på priset utan hänsyn till kvalitet och annat. Anbudsfrågan avser en totalentreprenad utan att någon utvärdering gjorts avseende av entreprenörerna erbjudna lösningar på utförandet, varken av estetisk eller av konstruktiv art.

Det besked om vad anbudet ska innehålla som lämnas under AFB.31 är det som gäller. Det ska räcka med att dessa sex skall-krav är uppfyllda. Anbudsformuläret som bilagts förfrågningsunderlaget har ingen anvisning om något annat. Att förkasta Omark Konsult AB:s anbud av den uppgivna anledningen är felaktigt och oansvarigt. I förfrågningsunderlaget finns 91 skall-krav noterade med fet stil. Ingen anbudsgivare har pekat ut dessa 91 krav varför samtliga, eller inget, anbud borde ha förkastats. Det anbud som antagits hade bilagt ett standardformulär till ”kvalitetsplan” som inte är iordningställd för det aktuella arbetet. Denna form av formulär för kvalitetsplan finns att hämta på internet och kan inte tas med som något av betydelse vid anbudssammanställningen och utvärderingen.

Det är uppenbart att kommunen inte låtit någon tekniker medverka vid upprättandet av förfrågningsunderlaget eller vid utvärderingen. Byggnadsentreprenader ska föregås av planering, projektering och programskrivning. Det är oansvarigt att upprätta ett förfrågningsunderlag utan att någon sakkunnig medverkar. Omark Konsult AB uppfattar det som att kommunen väljer vilken anbudsgivare kommunen vill ge uppdraget till och förkastar alla andra anbud. Med alla 91 skall-krav är det ingen svårighet att använda ett eller annat av dessa som motiv för att förkasta anbudet eller anbuderna i fråga.

Förfrågningsunderlaget är otydligt. – Omark Konsult AB bifogar en kopia av förfrågningsunderlaget där markeringar har gjorts med överstrykningspenna och det har skrivits frågor och kommentarer till vissa stycken. Bland annat anges följande. Det är orealistiskt att en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud i 60 dagar efter anbudstidens utgång. Skrivningen att anbud kommer att utvärderas efter principen om lägsta pris avviker från anbudsinvändan där också bästa villkor står med. Det framgår inte om det finns bygglov eller om det måste sökas. En del av de krav som ställs på totalentreprenören är orealistiska och det är oklart vad som krävs av arbets-

ledaren. Under rubriken "Anställda" framgår inte hur egenföretagare och småföretagare behandlas, exempelvis avseende kravet på försäkringar.

Kommunen

Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. I vart fall har Omark Konsult AB inte visat på vilket sätt bolaget lidit eller riskerar att lida skada. Anbudsprövningen har i enlighet med LOU genomförts som ett trestegsförfarande. Steg 1 syftade till att klarlägga om anbudsgivaren uppfyllt de krav som ställts, omfattande bland annat de formella kraven på anbudet, att anbud inkommit i rätt tid och att leverantören inte omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 10 kap. LOU. Endast anbudsgivare som uppfyller samtliga krav i steg 1 blir föremål för prövning i steg 2 där det prövas att anbudsgivaren uppfyller ställda krav på tjänsten, inklusive de kommersiella villkoren/ avtalsvillkoren, följs. Att samtliga skall-krav är uppfyllda och att avtalsvillkoren accepterats är en förutsättning för att gå vidare till steg 3. Steg 3 omfattar utvärdering av de anbud som uppfyllt samtliga krav i steg 1 och 2. I enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget meddelades att kontrakt skulle ingås med de anbudsgivare som lämnat det anbud som innehar lägst pris. Eftersom Omark Konsult AB i sitt anbud har underlåtit att komma in med en efterfrågad bilaga över program för kvalitetssäkring har bolaget inte uppfyllt samtliga ställda krav. Omark Konsult AB:s anbud har därför förkastats i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

Bolagets påstående att förfrågningsunderlaget varit ofullständigt då kommunen inte har specificerat vilken utrustning som förväntas ingå i entreprenaden saknar grund. Kommunen har i förfrågningsunderlaget definierat vad som ska ingå avseende alla erforderliga arbeten, utrustning, material

och leverans för projektets iordningsställande i färdigt och driftdugligt skick.

Syftet med upphandlingen har varit att anta en leverantör som ska ansvara för totalentreprenaden avseende planering och genomförande. Krav avseende utrustningen har formulerats som funktionskrav för att möjliggöra för anbudsgivare att komma med alternativa lösningar på kommunens behov. Det innebär dessutom en stor risk att peka ut en enskild utrustning, fabrikat eller varumärke då det strider mot gällande regler. Det finns inget krav i LOU på att förfrågningsunderlag ska innehålla teknisk specifikation. Upphandlande myndigheter uppmanas snarare att utforma förfrågningsunderlag i termer av funktionella krav för att underlätta anbudslämnandet och möjliggöra för innovationer och nytänkande. Som svar på en inkommen fråga har kommunen specificerat vilka typer av tillbehör som kan tänkas ingå i entreprenaden. Den redovisade utrustningen har dock endast utgjort exempel och kommunen har varit noggrann med att understryka att det inte är bindande för anbudsgivare att använda just de föreslagna typerna av utrustning. De förtydliganden och svar som lämnas under Frågor och svar är en del av förfrågningsunderlaget. Alla anbudsgivare har fått samma information i så god tid att de har kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud.

Även Omark Konsult AB:s påstående att det av punkt AFB.31 framgår att det endast är ett ifyllt anbudsformulär som krävs för ett komplett anbud, är felaktigt och saknar grund. En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kommunen har inte särbehandlat anbudsgivare utan endast anbud som uppfyller kraven har kvalificerats till steg 2 i prövningen och utvärderingen av anbudet. Under punkt AFB.31 beskrivs anbudets form och innehåll och det framgår att utelämnade uppgifter och dokument kommer att tolkas som att krav inte uppfylls eller ac-

cepteras, vilket leder till att anbud förkastas. I punkt AFB.5 framgår att samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget ska uppfyllas/ accepteras.

Det har klart och tydligt angetts i förfrågningsunderlaget hur anbud skulle lämnas och förfaringsättet för kvalificering av anbud. Förfaringsättet har inte på något sätt lämnat utrymme för godtycke vid prövningen av lämnade uppgifter och kommunen har endast haft möjlighet att beakta villkoren i förfrågningsunderlaget och att pröva de uppgifter som lämnats i anbudet. I punkt AFD.3522 framgår att ett program för hur kvalitetssäkring av objektet ska genomföras ska lämnas som bilaga till anbudet. Detta är ett rimligt krav som är hänförligt till den efterfrågade tjänsten och dess utförande, och som är kopplad till leverantörskraven enligt 11 kap. LOU. Att efterfråga kvalitetsplan är branschstandard och av yttersta vikt för kommunen eftersom kvalitetsplanen redovisar hur anbudsgivare planerar att arbeta med, och kontrollera, utförande. En sådan plan är ett av de viktigare dokumenten i ett projekt och därmed något som varje seriös entreprenör ska kunna visa upp. Detta stärks ytterligare av att det rör sig om en totalentreprenad, där entreprenören både ska genomföra projektering och utförande av arbetet. Omark Konsult AB har i anbudet bifogat en bilaga på en ritning över den planerade utescenen. Detta visar att bolaget har insett att ett anbud inte endast utgörs av ett ifyllt anbudsformulär, vilket motsägs i ansökan om överprövning.

Kommunen har ingen möjlighet att låta en anbudsgivare komma in med nya uppgifter efter sista anbudsdag. Ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Eftersom Omark Konsult AB har lämnat in ett ofullständigt anbud har kommunen haft sakliga skäl för att utesluta bolaget från vidare prövning och utvärdering. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt samtliga villkor och förutsättningar för upphandlingen, med angivande av på vilket sätt kvalificeringen skulle komma att genomföras. Kommunen har agerat helt i enlighet med principerna om transparens och

likabehandling och har uppmärksammat anbudsgivare på vikten av att anbudet innehåller efterfrågade redovisningar och dokument samt i övrigt är komplett.

Utvärderingen har skett efter principen om lägsta pris vilket framgår av punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Detta innebär att kommunen i utvärderingsfasen inte tar hänsyn till andra faktorer än anbudssumman. Kommunen har tydliggjort för anbudsgivare att priset kommer att vara avgörande för vilken leverantör som tilldelas kontrakt. I förfrågningsunderlaget föreskrivs att den leverantör som offererat en tjänst, inklusive material och utrustning, till lägsta möjliga pris skulle antas under förutsättning att alla krav i upphandlingen är uppfyllda. Oaktat den omständigheten att Omark Konsult AB inte uppfyller alla skall-krav skulle de ändå inte ha tilldelats kontrakt om de hade gått vidare till utvärderingsfasen. Det anbudspris som Omark Konsult AB har lämnat överstiger nämligen det vinnande anbudets pris.

Bestämmelsen i 16 kap. 6 § LOU innebär att oavsett om kommunen har brutit mot någon princip i LOU aktualiseras inget ingripande om inte anbudsgivare förmår visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada. Omark Konsult AB kan inte anses ha lidit skada eftersom de inte skulle ha vunnit upphandlingen även om de faktiskt hade klarat prövningen fram till utvärderingen.

Omark Konsult AB:s genmäle

Omark Konsult AB uppfyller i sitt anbud samtliga krav som ställs upp under punkt AFB.31. I förfrågningsunderlaget finns totalt 91 skall-krav. Omark Konsult AB är av uppfattningen att varje enskilt skall-krav inte är avsett att bekräftas i varje anbud utan att det är underförstått att anbudsgivaren och senare den entreprenör som antas lever upp till dessa. Det aktuella skall-kravet finns i kapitlet AFD Entreprenadföreskrifter vid totalent-

reprentad under punkt AFD.3522 och avser då att tillämpas under pågående entreprenadarbeten. Om kvalitetssäkringen skulle ha redovisats i anbudet skulle det ha noterats i kapitlet AFB Upphandlingsföreskrifter. I anbudet har Omark Konsult AB angett vem som skulle ha blivit kvalitetsansvarig men kommunen har inte frågat denna person. Av kommunens svar förstår Omark Konsult AB att kommunen nu har studerat bolagets anbud och tagit del av vad som erbjuds. Kommunen förkastade anbudet eftersom det var ofullständigt. Det står klart att allt är en efterhandskonstruktion och att motivet till att förkasta anbudet var något annat, dolt för Omark Konsult AB. Det är helt klart att en anbudsgivare lider skada när ingen seriös anbudsutvärdering görs och ett anbud felaktigt blir förkastat. Omark Konsult AB har lagt ner arbete och tid, uppskattningsvis mer än 25 000 kr, på att upprätta anbudet. Tiden som går åt för ansökan om överprövning och utebliven vinst, ifall Omark Konsult AB skulle ha vunnit anbudsutvärderingen, tillkommer.

Kommunens genmäle

I fortsatt skriftväxling har kommunen tillagt följande. Kommunen vidhåller sin inställning. I förfrågningsunderlaget har kommunen inte bett om en fullständig och slutlig kvalitetsplan utan om ett program för hur kvalitetssäkring ska genomföras med en checklista över aktiviteter som ska ingå i egenkontrollen. Eftersom bolaget inte har kommit in med ett sådant program har det inte uppfyllt samtliga krav och anbudet har därför förkastats. Omark Konsult AB är inte heller berättigat till skadestånd. Något åsidosättande av LOU är inte aktuellt och talan om skadestånd väcks, enligt 16 kap. 21 § LOU, först efter att avtal har slutits.

Omark Konsult AB:s tillägg

Av en artikel som publicerades i NSD den 27 mars 2013 framgår att Upprustning av skolområde etapp ett var beräknat att kosta 1,2 miljoner. I projektingenjörrens bedömning kostade scenen 250 000 kr. Med denna vetskap

skissade Omark Konsult AB på en scen som svarade mot kommunens bedömning och den beräknade kostnaden på 250 000 kr. Det är kommunens sätt att utvärdera, eller rättare sagt låta bli att utvärdera, anbudet liksom tillämpning och tolkning av Allmänna Bestämmelser och praxis inom byggnadsentreprenadverksamhet som brister. Vid utvärderingen av en "Totalentreprenad upphandling" ska den erbjudna produkten ställas mot erbjudet pris och mot andra anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna 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.

Förvaltningsrättens prövning enligt LOU utgör enbart en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Huruvida förfrågningsunderlaget är otydligt

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som avgör vad den önskar att upphandla och utifrån dessa önskemål ställer de krav den önskar. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar

för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Det ska vara förutsebart för leverantörerna att veta vad som är av störst vikt vid valet av leverantör. Vidare ska kraven stå i rimlig proportion till det som upphandlas och vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå det syftet.

Omark Konsult AB har invänt att förfrågningsunderlaget är otydligt. Förvaltningsrätten anser att kommunens krav och utvärderingsmodell i den aktuella upphandlingen får anses ha utformats tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget skulle kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det framgår att anbuden kommer att utvärderas efter principen om lägsta pris och kommunen har angett vilka handlingar som måste bifogas anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening har Omark Konsult AB inte visat att förfrågningsunderlaget är otydligt utformat på ett sådant sätt att det inte uppfyller kravet på transparens.

Huruvida Omark Konsult AB:s anbud uppfyllde samtliga skall-krav

I förfrågningsunderlagets AF-del (administrativa föreskrifter), kapitel AFD Entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad, anges följande. ”Som bilaga till anbudet skall lämnas ett program för hur kvalitetssäkring av detta objekt skall genomföras. Anbudsbilagan kan utgöras av exempel på kvalitetsplan kompletterad med checklista över aktiviteter som skall ingå i egenkontrollen och kommer att utgöra en del av beställarens underlag vid utvärdering av anbuden. Fullständig kvalitetsplan ska lämnas till beställaren innan de egentliga arbetena påbörjas.”

Omark Konsult AB hade vid anbudstidens utgång inte lämnat in någon sådan bilaga och kommunen har angett att bolagets anbud därför förkastades. Omark Konsult AB har anfört att det aktuella skall-kravet avser att

tillämpas under pågående entreprenadarbeten eftersom det placerades i kapitlet AFD och inte AFB. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något krav i LOU på att samtliga skall-krav rörande anbuden måste vara placerade i samma kapitel i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår det klart att det aktuella skall-kravet gäller redan i samband med att anbuden lämnats in. Den upphandlande myndigheten får inte efterge eller bortse från skall-kraven.

Enligt förvaltningsrättens mening har Omark Konsult AB inte visat att dess anbud uppfyllt skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner således att Omark Konsult AB:s anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav och att kommunen därför haft fog för att inte beakta anbudet vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad Omark Konsult AB anfört i målet inte visar att kommunen brutit mot LOU och dess bakomliggande principer och att detta skulle ha medfört att Omark Konsult AB har lidit eller skulle kunna komma att lida skada. Det finns därmed inte skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Förvaltningsrätten erinrar om den så kallade tiodagarsfristen i 16 kap. 10 § LOU.



R Hirvelä



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 nå 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.