

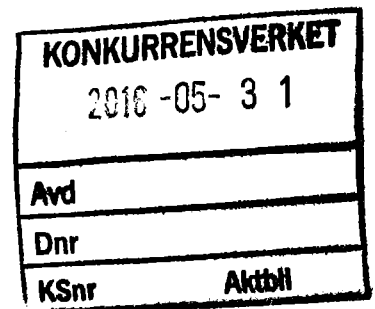


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2016-05-31
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
904-16 E



SÖKANDE

Hamnab Sjöentreprenader AB, 556680-2616

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Östhammars kommun
Box 66
742 21 Östhammar

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 178916

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Östhammars kommun genomför en upphandling avseende reparation av en gångbrygga i Öregrunds hamn (KS 2015-463). Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från bland annat Stockholms Vattenentreprenader AB (Sventab) samt Hamnab Sjöentreprenader AB (Hamnab). Den 28 januari 2016 beslutade Öregrunds kommun att anta anbudet från Hamnab.

Östhammars kommun beslutade därefter i nytt tilldelningsbeslut den 16 februari 2016 att vidta rättelse av tilldelningsbeslutet samt att Hamnabs anbud skulle förkastas och i stället anta anbudet från Sventab. Beslutet motiverades med att Hamnabs anbud inte uppfyllde samtliga av kommunen ställda skrav.

YRKANDEN M.M.

Hamnab yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Hamnabs anbud tas upp till utvärdering samt antas såsom varande anbudet med lägst anbudssumma. I andra hand yrkar Hamnab att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Hamnab i huvudsak följande. Hamnabs anbud uppfyllt kravet på ombud och yrkesbevis, såsom de varit utformade i upphandlingen. De aktuella kraven var varken mer eller mindre långtgående än vad som framgår av punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget som är styrande för vad som skulle bifogas anbudet. Specificerar den upphandlande myndigheten inte närmare vad som krävs i bevisväg har den upphandlande myndigheten att låta sig nöjas med de bevis som anbudsgivaren lämnar in i den mån inte annat visas. När förfrågningsunderlaget inte anger något om på vilket sätt som ombud ska presenteras i anbud, inte heller anger vilken typ av yrkesbevis för anläggningsdykare som skulle lämnas in, och inte heller anger vad för sorts certifikat för undervattensarbeten som skulle bifogas anbudet kan anbudet inte förkastas för att anbudsgivare valt en typ av bevis

och inte annan. Det konstateras att med den skrivning förfrågningsunderlagets har i denna del har anbudsgivarna därför haft stor frihet att tolka hur kraven kunde uppfyllas i anbud. Bristen på tydlighet i dessa avseenden är inget som anbudsgivarna ska lastas eller förkastas för.

Något anbudsformulär att fylla i och ge in fanns inte i upphandlingen. Hamnab har i det anbudsbrief som skickades in med anbudet angivit vilka personer som skulle vara kvalitetsansvariga samt också följande: "Frågor i anledning av detta anbud besvaras av J. Ö.". Denna uppgift har också följts av J. Ö:s kontaktuppgifter Det är därför helt klart att denne person också är Hamnabs ombud enligt AFB.31. Att kräva mer än detta av anbudsgivarna är inte förenligt med texten i AFB.31 eller transparensprincipen i 1 kap 9 § LOU. Hamnab möter kraven i denna del. Att Hamnab angivit ombud i anbud visas genom den omständigheten att kommunen efter att denna blivit kontaktad av Sventab, som ansåg att tidigare tilldelningsbeslut skulle dras tillbaka, kontaktade det av Hamnab i anbudet uppgivna ombudet.

Beträffande "yrkesbevis anläggningsdykare" har Hamnab till sitt anbud bifogat ett certifikat från den norska yrkesdykarskolan vilket visar att J.K. har rätt behörighet för det som efterfrågas i form av anläggningsarbeten. Det är ett bevis om en behörighet att utföra arbetena och kan på det sättet inte förstås annat än som ett yrkesbevis i AF-delens mening på det sättet den senare är skriven. Hamnab möter således kraven också i denna del. I punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget anges att anläggningsdykare ska kunna uppvisa yrkesbevis (dykarboken) och följa DIB:s säkerhetsbestämmelser. Det anges alltså inte under denna punkt att det är anbudsgivaren som ska ge in denna dokumentation utan endast att anläggningsdykaren ska kunna uppvisa dokumentation. Det är viktigt att hålla isär vad som åligger en anbudsgivare som ska lämna in anbud och vad som må åligga en offererad person i ett senare skede.

När Östhammars kommun i efterhand gör skrivningen om vad anbudet ska innehålla skarpare än vad en normalt informerad anbudsgivare borde ha förstått agerar Östhammars kommun i strid med transparensprincipen. Hamnabs anbud skulle med de bilagor som bifogades detsamma bedömts klara dessa krav och tagits upp till anbudsutvärdering.

För det fall förvaltningsrätten ändå skulle finna att rättelse inte ska ske har Hamnab yrkat att upphandlingen ska göras om. Skälen till detta är att förfrågningsunderlagets skrivning under kod AFB.31 uppenbart varit alltför otydlig och därmed i strid med transparensprincipen.

Hamnab har lidit skada till följd av att Östhammars agerande. Om Östhammars kommun hade agerat i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna, hade Hamnabs anbud antagits såsom varande det anbud med lägst pris.

Östhammars kommun motsätter sig ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen vidhåller att den första utvärderingen av inkomna anbud är felaktig och att tilldelningsbesluten den 28 januari 2016 fattades på felaktiga grunder. Hamnab har inte angett vem som är ombud och inte heller lämnat in yrkesbevis för anläggningsdykare och har inte uppfyllt samtliga av kommunen ställda ska-krav.

Texten i förfrågningsunderlaget under AFB.31 anses inte vara otydlig och kommunen kan inte se att den handlat i strid med transparensprincipen. Påståendet att kommunen gjorts skrivningen skarpare är direkt felaktig.

Sventab har till förvaltningsrätten inkommit med en skrivelse där bolaget, med hänvisning till Högsta förvaltningsrättens avgörande i HFD 2011 ref 85, i första hand yrkar att få inträda som part i målet och i andra hand att bolaget har rätt att yttra sig i målet.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta anbud som inte uppfyller ska-kraven (se EU-domstolens dom i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, p. 37 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref 69).

Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. En leverantör ska med utgångspunkt i underlaget kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr RÅ 2009 ref. 69.

Förvaltningsrättens bedömning

Kravet på yrkesbevis för anläggningsdykare

I förfrågningsunderlaget har i AFB.31 uppställts ett obligatoriskt krav på yrkesbevis för anläggningsdykare ska bifogas anbudet. Vidare anges under AFB.52, prövning av anbudsgivarens lämplighet under rubriken "Teknisk och yrkesmässig kapacitet" att anbudsgivaren ska ha godkända utbildningar och certifikat för undervattensarbeten, bifogas anbudet. Det specificeras i den senare punkten att anläggningsdykarna ska kunna uppvisa yrkesbevis (dykarboken).

Uppgift om tjänsteleverantörens eller entreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer ingår i förteckningen över bevis för teknisk kapacitet i 11 kap. 11 § andra stycket LOU. Dykarboken är en form av yrkesbevis, som utfärdas av Byggnadsindustrins Yrkesnämnd.

Förvaltningsrätten konstaterar att såsom AFB.52 utformats får kravet på att anläggningsdykarna ska kunna uppvisa yrkesbevis i form av dykarboken anses avse uppvisande vid ett senare tillfälle än vid anbudets ingivande.

För dykaren J.K har till Hamnabs anbud bifogats ett certifikat från Norsk Yrkesdykerskole med en sammantagen dyktid om 3 080 minuter samt ett behörighetsbevis från försvarmakten om att han uppfyller kraven för svenskt yrkesdykarcertifikat B 50 m. Mot bakgrund av formuleringen av kravet i AFB.31 får de handlingar som bifogats anbudet anses utgöra tillräckligt underlag för bedöma om anbudsgivaren har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska styrkas angående anläggningsdykare vid tidpunkten för anbudets inlämnade.

Förvaltningsrätten anser därmed att Hamnab visat att bolagets anbud uppfyller det obligatoriska kvalificeringskravet på yrkesbevis för anläggningsdykare.

Kravet på uppgift om företagets organisation

I förfrågningsunderlaget har i AFB.31 uppställts ett obligatoriskt krav på att viss information om "företagets organisation som ska utföra uppdraget, inkl ombud" ska redovisas i anbudet eller bifogas anbudet. Vidare ska enligt punkten AFC.321 i entreprenadföreskrifterna entreprenörens ombud anges i anbud. Under AFC.333 anges vidare att representanter med rätt att träffa tekniska och ekonomiska uppgörelser ska delta vid byggmöten.

Det är ostridigt att Hamnab i sitt anbud inte använt ordet "ombud". Hamnab har gjort gällande att bolaget genom att namnge J.Ö. i anbudet har lämnat uppgift om ombud. Frågan är då om Hamnab visat i målet att bolagets anbud utformats så att det ändå ska anses uppfylla det uppställda kravet.

Med ombud torde enligt begreppets allmänna betydelse avses en person med behörighet att med bindande verkan företräda sin huvudman i vissa frågor. Något uttalat syfte med att efterfråga uppgift om ombud för uppdraget under AFB.31 framgår inte av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens bedömning framstår det emellertid inte som otydligt för en rimligt informerad leverantör vilken uppgift som efterfrågas. Förfrågningsunderlaget är således inte utformat i strid med principen om transparens. Av Hamnabs formulering i anbudet "Frågor i anledning av detta anbud besvaras av J.Ö." kan enligt förvaltningsrättens inte mening utläsas motsvarande behörighet som för ett ombud. Förvaltningsrätten finner därför att Hamnab inte visat att bolagets anbud uppfyller det uppställda kravet på uppgift om ombud för företaget som ska utföra uppdraget.

Frågan är då om avvikelser från kravet innebär att Hamnabs anbud ska förkastas och inte utvärderas av kommunen.

Hamnab har i denna del anfört att kommunen, i strid med transparensprincipen, vid den andra utvärderingen tillämpat kravet striktare än ordalydelsen.

Förvaltningsrätten finner att kommunens tillämpning av det uppställda kravet vid omprövningen och det nya tilldelningsbeslutet den 16 februari 2016 är i enlighet med kravets ordalydelse. Det har inte framkommit i målet att kommunens tillämpning skulle strida mot principen om transparens.

Östhammars kommun har således haft fog för att förkasta Hamnabs anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller ska-kravet på ombud. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva Sventabs begäran om att upptas som part i målet.

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

Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Peter Wilén.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.