



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM
2013-03-27
Meddelad i
Linköping

Mål nr
484-13

SÖKANDE

Erlandsbergs Bygg AB, 556550-2381
Kungsvägen 8
642 34 Flen

MOTPART

1. Flens Kommun, 212000-0332
Sveavägen 1
642 81 Flen

2. Flens Kommunfastigheter AB, 556823-9288
samma adress som Flens Kommun

3. Flens Bostad AB, 556154-4866
Box 74
642 22 Flen

4. Flens Industrihus AB, 556324-1693
samma adress som Flens Bostads AB

5. Unikabruket AB, 556737-1231
samma adress som Flens Bostads AB

Ombud för 1–5: Arne Fältin
Flens Kommun
Sveavägen 1
642 81 Flen

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i att Flens Bostad AB, Flens Industrihus AB, Flens Kommun, Flens Kommunfastigheter AB samt Unikabruket AB gör ny anbudsprövning och vid denna utgår från att Flens Byggelement AB:s anbud inte uppfyller

KONKURRENSVERKET	
2013-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 116095

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

förfrågningsunderlagets obligatoriska krav om erfarenhet enligt AFB.51 punkten C.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Flens Kommun, Flens Bostad AB, Flens Industrihus AB, Flens Kommunfastigheter AB samt Unikabruket AB (medan Myndigheterna) genomför en upphandling av årsavtal – byggarbeten (totalentreprenad) avseende fastigheter belägna i Flens kommun som ägs av Myndigheterna. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har kontraktet tilldelats Mats Lundkvist Byggservice AB och PEAB Byggservice Nordost AB med 40 procent var av volymen samt Flens Byggelement AB (nedan Flens Byggelement) med 20 procent av volymen.

Erlandsbergs Bygg AB (nedan Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om en ny anbudsutvärdering varvid Flens Byggelements anbud förkastas.

Myndigheterna bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Bolaget anser att jäv föreligger i upphandlingen då Flens Byggelements vd Anette Pettersson även sitter som ordinarie styrelseledamot för en av de upphandlande myndigheterna, Flens Kommunfastigheter AB.

Vidare uppfyller Flens Byggelement inte skall-kravet om erfarenhet enligt AFB.51 punkten C med hänvisning till Flens Byggelements SNI-kod 162312 som avser tillverkning av monteringsfärdiga trähus. Flens Byggelements huvudsakliga sysselsättning är nyproduktion av prefabricerade byggelement och inte reparation och underhåll av lägenheter.

Myndigheterna

Flens Byggelements vd Anette Pettersson kan inte anses vara jävig då upphandlingar av aktuellt slag inte kan anses vara en styrelsefråga utan handlar om löpande förvaltning och är därmed vd:s ansvar, varför Anette Pettersson saknar både insyn och faktisk förmåga att påverka beslutet kring val av entreprenör.

När det gäller ifrågasättandet av Flens Byggelements referenser baserat på bolagets SNI-kod föreskrivs i förfrågningsunderlaget AFB.51, s. 8 i Administrativa föreskrifter, att det räcker med att nyckelpersoner hos anbudslämnarna har erfarenhet av liknande arbetsuppgifter hos minst två andra företag. I detta fall känner Myndigheternas ombud Arne Fältin personligen till att så är fallet. Denna föreskrift har kommit till för att göra det möjligt för t.ex. nystartade företag eller företag som vill byta inriktning eller utöka verksamheten att vara med och lämna anbud, något som annars skulle vara omöjligt.

Bolagets genmäle

Bolaget saknar insyn i Flen Kommuns Fastigheter AB men har svårt att tro att vd:n ensam bestämmer över större renoveringar, såsom t.ex. omläggning av tak, som kan handla om belopp mellan 100 000 och

500 000 kr, för vilka ramavtalet gäller enligt AFB.52 stycke 3 och där de tre vinnande leverantörerna kommer att kunna lämna anbud.

Undantaget, att det räcker att kravet om erfarenhet av liknande arbeten enligt AFB.51 punkten C uppfylls av nyckelpersoner hos anbudslämnaren, gäller endast nystartade företag och inget annat.

Myndigheternas genmäle

Det som Bolaget anfört angående vem som fattar beslut om eventuella större renoveringar riktar sig in på läget om/när Flens Byggelement erhållit uppdraget och inte på frågan om eventuellt jäv vid upphandlingstillfället.

I AFB.51 talas mycket riktigt om nystartade företag men Myndigheternas uppfattning är att detta begrepp ska tolkas betydligt vidare än enligt den faktiska ordalydelsen. Det är inte rimligt att tolka begreppet som om det endast är nystartade företag med kompetent personal som skulle kunna lämna anbud och inte också äldre företag med samma personalsituation som delvis byter inriktning eller äldre företag som får in ny personal med rätt kompetens från andra håll.

Till saken hör också att Flens Byggelement i sitt anbud har anmält att man kommer att använda sig av underentreprenör i form av KL Bygg AB, som är ett etablerat byggserviceföretag som länge verkat i Flentrakten.

VAD FLENS BYGGELEMENT ANFÖRT

Anette Pettersson sitter som neutral näringslivsrepresentant i styrelsen för Flens Kommunfastigheter AB. Det företag som administrerar den aktuella upphandlingen är Flens Bostads AB, som är ett helt annat företag med

egen styrelse, där Anette Pettersson inte ingår. Följaktligen har inte ärendet funnits på någon dagordning och ingen insyn har förekommit.

Flens Byggelement ingår idag i en koncern med Flens Byggmaskiner AB som "storasyster". Flens Byggmaskiner AB har funnits sedan 1960 och har de fyra stora byggbolagen (JM, NCC, Skanska och Veidekke) som kunder. Flens Byggmaskiner har i förhållande till dem fungerat som underleverantör med fleråriga ramavtal. Koncernen sysselsätter cirka 140 personer varav cirka 75 är utbildade byggnadsarbetare och övriga besläktade byggare såsom svetsare, målare etc. Hängavtal med Svenska byggnadsarbetarförbundet finns. Koncernen har hanterat alla typer av byggnation och varit med om ett flertal stora byggobjekt i Sverige.

För fyra år sedan startade Anette Pettersson en ny typ av byggverksamhet – strukturerad industriell byggnation som innebär att man bygger industriellt under tak och servar byggindustrin med vad den önskar, t.ex. tak-kassetter, väggar m.m., samt erbjuder montage av detsamma ute på olika byggarbetsplatser.

När Flens Byggelement startade fick en revisor uppdraget att registrera bolaget där det behövdes, däribland att göra en SNI-kod registrering. Flens Byggelement kan ändra denna kod om det är detta som stoppar bolaget från att skapa nya arbetstillfällen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § första stycket 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.

EU-domstolen har i dom den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom SA mot État belge*, uttalat att en leverantör, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte automatiskt kunde uteslutas från att få delta eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa arbeten, varor eller tjänster, utan denne ska ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. följande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka förvaltningsprocesslagen har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

I ett mål hos Kammarrätten i Stockholm (mål 6986-09) hade en företrädare för den vinnande anbudsgivaren som konsult medverkat i framtagandet av ramhandlingen för en entreprenadupphandling. Kammarrätten fann att "i en situation som denna" var presumtionen stark för att företrädarens dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för den vinnande anbudsgivaren som medfört en snedvridning av konkurrensen. Denna presumtion medförde enligt Kammarrätten, vid jämförelse med EU-domstolens dom i *Fabricom*-målet, att det åvilade den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts. Kammarrätten fann att myndighetens utvärdering var alltför knapphändig för att på övertygande sätt visa att företrädarens dubbla medverkan inte gett den vinnande anbudsgivaren fördelar i upphandlingen. Myndigheten hade därmed inte förmått säkerställa att principen om likabehandling upprätthållits i upphandlingen. Kammarrätten var inte enig, utan en skiljaktig ledamot menade att bedömningen i målet skulle ske med hänsyn till gällande praxis, uttryckt i RÅ 2009 ref. 69, och att enbart den omständigheten att företrädaren haft dubbla engagemang i upphandlingen inte kunde anses utgöra skäl för att vidta åtgärd enligt LOU.

Förfrågningsunderlag (administrativa föreskrifter)

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

Följande krav ställs på entreprenören beträffande formella, ekonomiska och tekniska förutsättningar:

Anbudsgivare kommer att prövas om de uppfyller följande krav (A–D). För att anbud ska utvärderas ska följande krav uppfyllas:

C. Krav på entreprenören vad gäller miljökunnande, tekniska förmåga och erfarenhet.

Entreprenören ska ha minst 2 års erfarenhet av liknande arbeten hos minst 2 olika uppdragsgivare. Alternativt gäller för nystartade företag att nyckelpersoner ska ha minst 2 års erfarenhet av liknande arbeten hos minst 2 olika uppdragsgivare. Med liknande arbeten avses typ ramavtal att på löpnad räkning utföra arbeten åt beställare som förvaltar bostadslägenheter och lokaler. Redovisade uppdrag ska ha varit inom de senaste 5 åren och kan även gälla pågående uppdrag.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Anette Pettersons roll som styrelseledamot i Flens Kommunfastigheter AB har lett till en snedvridning av konkurrensen och därmed om principen om likabehandling upprätthållits i den aktuella upphandlingen, samt om Flens Byggelement uppfyller kravet om viss erfarenhet enligt AFB.51 punkten C.

Frågan om jäv

Beträffande frågan vem av parterna det åligger att visa att en snedvridning av konkurrensen förelegat finner förvaltningsrätten att den huvudprincip, som uttryckts i fallet RÅ 2009 ref. 69, bör vinna tillämpning även i nu aktuellt fall, d.v.s. det åligger Bolaget att visa att Flens Byggelement i och med den omständigheten att Anette Petterson är styrelseledamot i en av de upphandlade myndigheterna har fått en otillbörlig fördel i upphandlingen

och att principen om likabehandling åsidosatts. Denna bedömning grundar förvaltningsrätten på bl.a. följande. Det framgår av EU-domstolens praxis att själva omständigheten att en leverantör i ett tidigare skede varit inblandad i förberedelserna till en upphandling i sig inte utgör skäl att utesluta denne från upphandlingen. Det som Kammarrätten i Stockholm funnit i mål 6989-09 är enligt förvaltningsrätten att det, i en situation där samma person som företräder den vinnande anbudsgivaren har medverkat i framtagandet av underlag för upphandlingen, finns en stark presumtion för att dessa dubbla funktioner har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen. Således har kammarrätten, enligt förvaltningsrättens mening, i det enskilda fallet funnit skäl att frångå huvudprincipen att det i upphandlingsmål är sökanden som måste visa de omständigheter som denne grundar sin ansökan på. Huvudprincipen kvarstår dock. Förvaltningsrätten finner att den situation som föreligger i nu aktuellt mål inte kan likställas med den situation som förelåg i kammarrättens mål. Bolaget har inte heller gjort gällande att Anette Pettersson skulle ha medverkat i framtagandet av underlag för den aktuella upphandlingen. Någon presumtion för att Anette Petterssons roll som styrelseledamot i Flens Kommunfastigheter AB har inneburit en fördel som medfört en snedvridning av konkurrensen föreligger således inte. Istället åligger det Bolaget att visa att så är fallet.

Förvaltningsrätten finner att Bolaget genom det som lagts fram i målet inte har förmått visa att Anette Petterssons roll som styrelseledamot i Flens Kommunfastigheter AB har medfört en snedvridning av konkurrensen i den aktuella upphandlingen. Flens Byggelements anbud ska därför inte uteslutas på denna grund.

Kravet enligt AFB.51 punkten C

Högsta förvaltningsdomstolen har i två domar den 14 september 2012, mål 4933-11 och 6737-11, anfört att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt.

När en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget har ställt vissa obligatoriska, s.k. skall-krav, följer det av likabehandlingsprincipen som uttryckts i 1 kap. 9 § LOU att den inte får efterge eller bortse från dessa krav. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

I det aktuella förfrågningsunderlaget har Myndigheterna ställt ett antal skall-krav bl.a. gällande entreprenörens erfarenhet som framgår av AFB.51 punkten C. Dessa krav ställs direkt på anbudsgivarna och är således enligt förvaltningsrättens uppfattning inte avhängiga anbudsgivarnas möjlighet att anlita underentreprenörer för utförandet av arbete, som regleras i AFD.28.

Bolaget har gjort gällande att Flens Byggelement saknar minst två års erfarenhet av liknande arbeten hos minst två olika uppdragsgivare samt att Flens Byggelement inte är ett sådant nystartat företag som omfattas av undantaget enligt AFB.51 punkten C som innebär att nyckelpersoner hos anbudsgivaren istället uppfyller detta krav.

Flens Byggelement har i sitt anbud kryssat för JA som svar på frågan om företaget uppfyller kraven enligt AFB.51 punkten C. Flens Byggelement har vidare, för att illustrera sin erfarenhet av liknande arbeten, redovisat två

uppdrag med uppdragsgivare JMAB och Tegelstaden AB, och som beskrivning av uppdragen uppgett "Frank Århage ingår i JMAB:s utveckling- och teknikgrupp" respektive "Frank Århage tidigare delägare i Tegelstaden AB. Erfarenhet av ROT och nyproduktion".

Det är utifrån det som Myndigheterna anfört i målet oklart om Myndigheterna vid tidpunkten för utvärderingen kände till att Flens Byggelement inte för sig uppfyllde kravet för erfarenhet av liknande arbeten enligt AFB.51. Myndigheterna förlitade sig således på Flens Byggelements jakande svar på frågan om det uppfyllde kravet i AFB.51 punkten C alternativt valde att behandla Flens Byggelement som ett nystartat företag och därför godkände att nyckelpersoner hade den erfarenhet som krävdes.

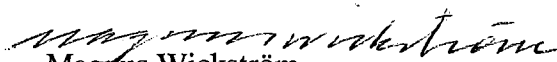
Det har i praxis (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 4904-09 och 935-12) klargjorts att någon skyldighet för en upphandlande myndighet att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga inte föreligger, om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Detta gäller dessutom även om uppgifter blivit kända först i samband med en överprövningsprocess.

Förvaltningsrätten finner att det i målet är klarlagt att företaget Flens Byggelement som sådant inte uppfyller kravet på erfarenhet enligt AFB.51 punkten C. Företaget är inte heller att betrakta som ett nystartat företag i den betydelse som ordet nystartat har i allmänt språkbruk. Vilka intentioner Myndigheterna hade avseende tolkningen av ordet nystartat och vilka konsekvenser en vidare eller snävare tolkning av detta ord har i praktiken saknar enligt förvaltningsrätten relevans och kan inte tas i beaktande, inte minst med hänvisning till principerna om transparens och likabehandling.

Eftersom Flens Byggelement inte uppfyller skall-kravet om erfarenhet enligt AFB.51 punkten C borde Flens Byggelements anbud ha uteslutits från utvärderingen. Att Myndigheterna vid det förhållandet ändå valt att utvärdera anbudet strider mot likabehandlingsprincipen.

Även om Bolaget inte uttryckligen anfört att det lidit eller kan komma att lida skada av Myndigheternas felaktiga agerande anser förvaltningsrätten att de omständigheter Bolaget lagt fram visar att så är fallet. Det finns därmed förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristerna avser anbudsutvärderingen finner förvaltningsrätten att en tillräcklig åtgärd är att upphandlingen rättas på så sätt att den får avslutas först sedan en ny anbudsprövning gjorts varvid Myndigheterna har att utgå från att Flens Byggelement inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav om erfarenhet enligt AFB.51 punkten C.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU