



SÖKANDE

HÖ Allbygg Aktiebolag, 556103-1807

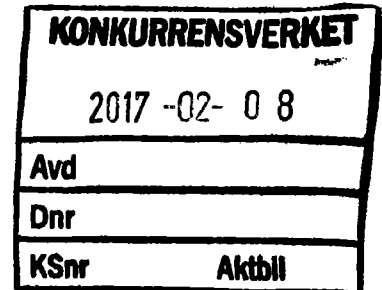
Ombud: Advokaten Charlotte Dolk
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Bodens kommun har genom förenklat förfarande upphandlat Hämplingen 1, Sanden Nybyggnad av carports (totalentreprenad), dnr KS 551-16 . Sex anbud kom in, varav ett från HÖ Allbygg Aktiebolag (HÖ Allbygg). Enligt tilldelningsbesked den 6 december 2016 antog kommunen G L B i Norrbotten AB:s anbud.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad HÖ Allbygg framför

HÖ Allbygg ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs med beaktande av bolagets anbud.

Till stöd för sin talan framför HÖ Allbygg följande.

Några krav på att underentreprenörer ska ha upphandlats framgår inte av förfrågningsunderlaget. HÖ Allbyggs anbud uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen.

Förfrågningsunderlagets avsnitt AFD.35 och 6 kap. 11 § LOU inte är tillämpliga, alternativt strider kravet om underentreprenörer mot principerna om transparens, då det inte finns i upphandlingsföreskrifterna, och proportionalitet.

Alla villkor angivna under koden AFD i förfrågningsunderlaget avser villkor som ska gälla under entreprenadtiden, dvs. efter att upphandlingen är avslutad. Alla regler, villkor och förutsättningar för upphandlingen ska finnas under koden AFB. Det framgår inte heller av upphandlingens anbuds-

formulär att det rör sig om ett ska-krav. Det strider mot principen om transparens och förutsägbarhet att anbudsvillkor anges i en annan del av förfrågningsunderlaget än i upphandlingsföreskrifterna.

Det är den upphandlade entreprenören som har fulla ansvaret för entreprenadens utförande. Därför saknar det relevans för kommunen om, och i så fall vilka underentreprenörer, totalentreprenören eventuellt kan komma att anlita. Kommunen har inte ställt några särskilda krav på underentreprenörer ska uppfylla. Det enda tänkbara relevansen skulle kunna vara kommunens ansvar enligt skatteförfarandelagen att registrera personer som förekommer på arbetsplatsen men detta säkerställs genom krav i avsnitt AFD.345.

Uppgiften om underleverantörer är vare sig relevant eller av inte oväsentlig betydelse. Det är inte proportionerligt att en anbudsgivare som inte behöver åberopa annans kapacitet redan i anbudsskedet ska behöva träffa bindande avtal med underentreprenörer. Eftersom ett byte av underentreprenörer kräver beställares godkännande enligt AFD.35 innebär kravet *de facto* att underentreprenören måste vara upphandlad redan vid anbudsgivningen. Det räcker inte enbart med att ha vidtalat en underentreprenör och ange detta i anbudet. Eftersom det rör sig om en totalentreprenad med fast pris har totalentreprenören fullt ansvar gentemot kommunen och ansvarar även för sina eventuella underentreprenörers prestationer.

När HÖ Allbygg utformade sitt anbud fanns det inga upphandlade underentreprenörer. Bolaget skulle även kunna välja att inte anlita några underentreprenörer utan utföra samtliga arbeten i egen regi. Eftersom HÖ Allbygg inte har upphandlat några underentreprenörer har det inte varit möjligt för bolaget att ange några.

Uttrycket ”Ej utsedd” i HÖ Allbyggs anbudsformulär innebär inte någon skillnad mot om bolaget hade angivit att underentreprenörer inte skulle nyttjas.

6 kap. LOU är inte tillämpligt då det är fråga om ett förenklat förfarande.

HÖ Allbygg har lidit skada på grund av kommunens agerande eftersom bolagets anbud har lägst pris i upphandlingen.

Vad kommunen framför

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan framför kommunen följande.

Upphandlingen är tidskritisk då kommunens hela hemtjänstverksamhet ska flytta in till dessa lokaler under april månad. Hemtjänsten är helt beroende av att ha tillgång till ett antal poolbilar för att kunna utföra sitt uppdrag. Parkeringen och carporten måste därför vara färdigställda till dess att verksamheten flyttar in. Att underentreprenörer ska anges i anbudet och att entreprenaden ska vara färdigställd senast den 1 april 2017 har därför uppställts som ett ska-krav.

Av sex inkomna anbud uppfyllde fem de ställda obligatoriska kraven och utvärderades. Anbudet från HÖ Allbygg gick inte vidare till utvärderingen eftersom bolaget inte hade lämnat information om vilka underentreprenörer de kommer att nyttja.

Förfrågningsunderlaget är utformat enligt principerna om transparens och proportionalitet. Det uppställda kravet är tillämpligt och korrekt, och har ett direkt samband med det som upphandlas.

Enligt 6 kap. 11 § LOU får kommunen ställa krav på att anbudsgivaren i anbudet ska ange vilka underentreprenörer som avses att användas för fullgörande av kontraktet. Denna möjlighet gäller inte bara när kapacitet åberopas utan även i de fall en anbudsgivare avser att nyttja underentreprenör för fullgörande av kontraktet. Det är av väsentlig betydelse och relevant för en upphandlande myndighet att få veta vilka underentreprenörer som kommer att användas. Kommunen måste säkerställa att anbudsgivaren har lämnat ett anbud som kommer att kunna uppfyllas enligt efterfrågad kvalitet och angiven budget och tidsplan.

När en totalentreprenör ska lämna ett anbud måste denne göra ett förberedande arbete för att kunna beräkna kostnad, kapacitet och tidsåtgång. I de fall anbudsgivare inte har all kapacitet och kompetens inom sitt egna bolag måste denne ta kontakt med eventuella underentreprenörer både för att säkerställa att det finns tillgänglig kapacitet att utföra uppdraget, men även för att få en indikativ prisuppgift för att beräkna fram ett anbudspris.

En del i anbudsprövningen har varit att bedöma huruvida anbudsgivarna har skapat sig förutsättningar för leverans inom angiven tidsram. Det är av vikt att kommunen kan se att anbudsgivarna – i det fall de avser att nyttja underleverantörer – också redan tagit kontakt med dem, oaktat att upphandlingen sker som en totalentreprenad. Kommunen har även möjlighet att vid behov kontrollera och vidimera de uppställda kraven i hela leverantörsled.

I det fall HÖ Allbygg väljer att utföra hela entreprenaden själv kan detta anges som svar i anbudsformuläret. Då hade kommunen ansett att anbudet uppfyller ställda obligatoriska krav. Anbudet från HÖ Allbygg innehåller inte någon sådan uppgift utan bolaget har uppgett att de ej har utsett någon underentreprenör.

Kravet är inte ställt som att anbudsgivaren måste ha upphandlat en underentreprenör utan enbart att de måste ange vilka underentreprenörer de avser att nyttja. Det är även möjligt för en anbudsgivare, efter kommunens godkännande, att under kontraktstiden byta ut en underentreprenör.

Alla andra anbudsgivare har i sina anbud angett respektive underentreprenörer. Kommunen är därmed skyldig att pröva alla uppställda obligatoriska krav och förkasta alla anbud som inte uppfyller dessa. Om HÖ Allbygg skulle tillåtas att kontraktera underentreprenörer efter tilldelningen skulle bolaget få en otillbörlig konkurrensfördel jämfört med de övriga anbudsgivare. I de fall kommunen skulle tillåta anbudet från HÖ Allbygg gå vidare till utvärdering skulle det stå i direkt strid med likabehandlingsprincipen och innebära att kommunen skulle särbehandla ett av de inkomna anbuden.

Kravet på att underentreprenörer ska anges i anbudet uppfyller mer än väl kravet på transparens och finns beskrivet i förfrågningsunderlaget på så sätt att en normalt insatt leverantör inom branschen kan förstå det. Vid en upphandling enligt AMA finns det en speciell kodstruktur som ska följas. Denna fastslår att alla villkor som ska vara uppfyllda vid anbudslämnandet ska anges under koden AFB (anbudsföreskrifter) medan kontraktsvillkor/utförandevillkor anges under AFD (entreprenadföreskrifter).

I förfrågningsunderlagets AFB.31 finns det kravställt att anbudet ska avges i enlighet med anbudsformuläret där kravet om uppgift om underentreprenör finns. Det kravet finns även i AFD.35. Att kravet finns angivet på två ställen kan inte anses vara i strid med principen om transparens eftersom kravet är ställt på samma sätt. Det viktiga för att förfrågningsunderlaget ska anses vara tillräckligt transparent är att det finns upptaget under AFB. I sammanhanget kan nämnas att alla övriga fem anbudsgivare uppfyllde kravet om att ange underentreprenör vilket i sig visar att kravet är transparent och möjligt att uppfylla.

Prövningen av anbud har skett på ett korrekt och likabehandlande sätt. HÖ Allbygg har inte lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

HÖ Allbygg gör gällande att 6 kap. 11 § LOU inte är tillämplig i upphandlingen och att kravet om underentreprenörer brister i transparens. Enligt bolaget innehåller anbudsformuläret inte något ska-krav om att underentreprenörer ska anges i anbudet medan förfrågningsunderlagets avsnitt AFD.35 endast avser entreprenadföreskrifter.

Enligt förvaltningsrättens bedömning hindrar inte omständigheten att 6 kap. 11 § inte nämns i uppräknings över tillämpliga bestämmelser i 15 kap. 2 § LOU kommunen att ställa krav på att underentreprenörer ska anges i anbudet. Det framgår uttryckligen av 15 kap. 15 a § LOU att en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet. Enligt samma bestämmelse ska leverantören genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Skillnaden jämfört med motsvarande bestämmelse i 11 kap. 12 § LOU, som avser de direktivstyrda upphandlingar, är att den inte är begränsad till ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet utan kan, som i nu aktuellt fall, tillämpas även vid kontraktets genomförande. Genom att ange underentreprenörer i anbudet visar leverantören att denne kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Kommunen har valt att dela upp upphandlingens förfrågningsunderlag i fem avsnitt, varav ett behandlar upphandlingsföreskrifter (kod AFB) och ett entreprenadföreskrifter (kod AFD). Av förfrågningsunderlagets avsnitt AFB.31 framgår att anbudet ska följa förfrågningsunderlaget och avges enligt till-

handhållet anbudsformulär. Av anbudsformuläret kan man vidare utläsa följande.

Följande UE kommer att anlitas i detta projekt (utbyte får endast ske efter beställarens godkännande):

El

.....

Av förfrågningsunderlagets avsnitt AFD.35 framgår följande.

AFD.35 Underentreprenörer

Underentreprenörer ska anges i anbudet.

UE får inte bytas ut utan beställarens godkännande.

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget ska läsas i dess helhet. Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt av avsnitt AFB.31 att anbudet ska följa hela förfrågningsunderlaget och avges enligt upphandlingens anbudsformulär. Att kravet om underentreprenörer även förekommer under entreprenadföreskrifterna innebär inte att det får en annan innebörd. Kravet är dessutom likalydande, oavsett dess placering i förfrågningsunderlaget, och utgör enligt förvaltningsrättens bedömning ett av upphandlingens ska-krav.

Upphandlingen kan inte anses strida mot kravet på transparens.

HÖ Allbygg gör vidare gällande att det inte är proportionerligt att redan vid anbudslämnandet behöva teckna bindande avtal med eventuella underentreprenörer. Enligt bolaget saknar det relevans för kommunen om, och i så fall vilka underentreprenörer totalentreprenören avser att anlita eftersom upphandlingen avser totalentreprenad. Hö Allbygg anser att kommunen skulle ha utvärderat deras anbud.

Kommunen hävdar att förfrågningsunderlaget är korrekt utformat och att det var rätt att utesluta HÖ Allbyggs anbud från utvärderingen. Kommunen uppger att deras avsikt med det aktuella kravet har varit att säkerställa att entreprenaden kommer att utföras inom angiven budget- och tidsram.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

Att tilltänkta underentreprenörer ska anges i anbudet är enligt förvaltningsrätten inte densamma som att anbudsgivare redan vid anbudslämnandet måste ha ingått kontrakt med underentreprenörerna. Något sådant krav går inte heller återfinna i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att nu aktuellt krav har en klar koppling till upphandlingsföremålet. Att ställa krav på att underentreprenörer ska anges i anbudet framstår vidare, enligt förvaltningsrättens mening, som en lämplig, effektiv och nödvändig åtgärd för att uppnå syftet med kravet – dvs. försäkra sig om att anbudsgivaren, även i fall underentreprenörer anlitas, kommer att kunna utföra uppdraget inom angiven budget- och tidsram.

Kravet kan sammantaget inte anses oproportionerligt.

I målet är det ostridigt att HÖ Allbygg inte uppgett några underentreprenörer i sitt anbudsformulär. HÖ Allbygg har istället uppgett "Ej utsedd" i raden för underentreprenörer, el.

Förvaltningsrätten finner att HÖ Allbyggs svar i anbudsformuläret inte kan tolkas på något annat sätt än att bolaget inte hade utsett några underentre-

prenörer vid tiden för anbudslämnandet. Av bolagets anbud går inte heller utläsa att de avser utföra hela entreprenaden i egen regi.

Ett anbud som inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav får inte utvärderas. Med hänsyn till principen om likabehandling och de övriga fem inkomna anbuden har det inte varit möjligt för kommunen att avvika från det obligatoriska kravet. Enligt förvaltningsrätten har kommunen haft fog för att inte utvärdera HÖ Allbyggs anbud.

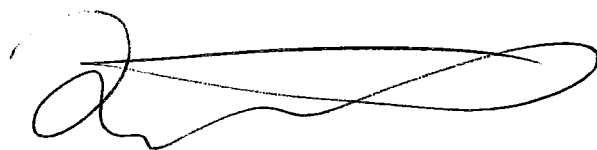
Sammantaget finner förvaltningsrätten att kommunen inte brutit mot 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller unionsrätten.

Vad HÖ Allbygg anfört i sin ansökan utgör inte grund för ingripande enligt LOU.

Bolagets ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Jonas Hägerlind

Raili Funck har föredragit målet.