



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-03-28
Meddelad i
Linköping

Mål nr
368-13

SÖKANDE

Br. Lundqvist Värme & Vatten i Nyköping AB, 556655-2021
Gasverksvägen 5
611 35 Nyköping

MOTPART

Nyköpingshem AB, 556450-9486
Box 1019
611 29 Nyköping

Ombud: Anne-Christine Ehn
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013-04-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 112992

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Nyköpingshem AB (myndigheten) genomför en upphandling avseende ramavtal för entreprenörer inom kategori VS-arbeten för underhålls- och ombyggnadsarbeten i fastighetsbestånd. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Avtal kommer att tecknas med tre entreprenörer. Avrop sker enligt rangordningsprincipen vilket innebär att entreprenör som erhållit lägsta pris tillfrågas först och om denne inte kan ställs frågan till nr. två i rangordningen osv. Genom tilldelningsbeslut den 11 januari 2013 beslutade myndigheten att teckna avtal, i nämnd ordning, med:

YIT Sverige AB

Br. Lundqvist Värme & Vatten i Nyköping AB

Bravida Sverige AB

Br. Lundqvist Värme & Vatten i Nyköping AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna rättelse på så sätt att ny anbudsutvärdering ska ske utan att anbudet från YIT Sverige AB (YIT) beaktas. För det fall att förvaltningsrätten finner att anbudet från YIT ska beaktas yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att rättelse ska ske på så sätt att ny anbudsutvärdering sker baserat på den uppgift om påslag om 45 procent som angavs i anbudet från YIT.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Otillåten komplettering

YIT:s anbud har tagits upp till utvärdering trots att det rätteligen skulle ha förkastats. I vart fall skulle anbudet tillskrivas det påslag om 45 procent som angavs i detsamma och inte annat.

Skälet till att bolagets påslag om 45 procent vid utvärderingen justerats ned till 15 procent är för att myndigheten varit i kontakt med YIT som tillåtits att sänka påslaget. Det kan inte vara förenligt med LOU att en sådan komplettering av anbudet görs i efterhand. Enligt rättspraxis är det tillåtet med förtydligande av redan lämnade uppgifter. Att en lämnad uppgift ersätts med en ny är en komplettering som är otillåten. Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att kontakta en anbudsgivare för att bättra på anbudet i en sådan del där det senare skall komma att utvärderas.

YIT:s anbud ska inte bedömas vara ett skrivfel, för vilket ett förtydligande hade varit tillåtet enligt LOU. Det är inte ett olyckligt skrivfel att ange ett i procent högre påslag än vad som är brukligt. Uppgiften har också rört något som varit föremål för anbudutvärderingen och har redan av den anledningen varit otillåten.

Då det rör sig om ett kompletterande av något som utvärderas, så snedvrids konkurrensen. Anbudsgivarna behandlas inte lika när andra inte fått möjligheten att vässa sina anbud på samma sätt. Likabehandlingsprincipen har inte iakttagits.

Fullmakt

Då YIT:s anbud inte undertecknats av behörig firmatecknare och inte heller någon fullmakt bifogats anbudet har myndigheten agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU när YIT:s anbud tagits upp till utvärdering istället för att förkastas som orent. Trots att bolaget har begärt att få ut eventuell fullmakt

för att kontrollera att YITs anbud varit fritt från brister har denna begäran inte efterlevts.

Den fullmakt som myndigheten bifogat är inte stämplad med öppnat. I nedkant på fullmakten står vidare ”Mall ID [...] Mall rev 100110, dvs. den 10 januari 2013”. Dokumentet som påstås vara undertecknat den 12 december 2012 är inte inkomststämplat och är också antedaterat. Bolaget drar slutsatsen att YIT inte lämnade in fullmakt i sitt ursprungliga anbud och att detta skulle ha förkastats. Angående fullmakten så måste sägas att om det nu är en så att en fullmakt i original har inkommit då är det en sådan som ska företes i processen. Fullmakten var en del av anbudet och borde ha inkomststämplats som allt annat.

Skada

Förfarandet har skett i strid med LOU och bolaget har lidit skada. Bolaget har placerat sig som nummer två i ramavtalsordningen efter YIT och har lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom myndighetens agerande.

Myndigheten

Otillåten komplettering

Bolagets yrkanden bestrids. Myndigheten har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de EU-rättsliga principerna. Av förfrågningsunderlaget AFB. 51 framgår att myndigheten ska genomföra anbudsprövning i två steg. Dessa två steg beskrivs dels som uteslutningsfasen där prövning av lagenliga krav och juridisk försäkran genomförs. Myndigheten ska enligt AFB.52 göra utvärdering enligt modell som är angiven i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen har det konstaterats att YIT har angivit en procentsats för påslag för ÄTA-arbeten gällande hjälpmedel som är 45

procent. Myndigheten har reagerat på denna osannolikt höga nivå varför kontroll av riktigheten i offererad procentsats genomförts. Svar har erhållits från YIT att det rör sig om en felskrivning. Korrekt procentsats ska vara 15 procent. Myndigheten har vid utvärdering använt den korrigerade procentsatsen. Den av YIT angivna procentsatsen är onaturligt hög vilket helt i enlighet med LOU kontrollerats.

Enligt 9 kap. 8 § LOU har myndigheten rätt att säkerställa prisangivelser som uppfattas som osannolika då det kan hänföras till uppenbara felskrivningar. Myndigheten anser att angiven procentsats om 45 procent är att hänföra till en uppenbar felskrivning då denna procentsats brukar anges i häradet 5–15 procent. Skäl att diskvalificera YIT har inte förelegat för den angivna procentsatsen.

Med den vägledning som LOU ger om möjlighet att kontrollera angivna priser kan det inte anses strida mot LOU att myndigheten väljer att göra en sådan kontroll. LOU ger myndigheten möjlighet men inte skyldighet att kontrollera uppgiften. Myndigheten har här ansett att det förelegat skäl för att kontrollera uppgiften om procentsats för påslag hjälpmedel för ÄTA-arbeten, vilket också visat sig vid kontrollen. Myndigheten anser att i enlighet med likabehandlingsprincipen ska inte ett olyckligt skrivfel ge en felaktig utvärdering. Vidare skulle en utvärdering med ursprungligt angiven procentsats givit samma förhållande i rangordning varför myndigheten ej kan anses ha agerat i strid med LOU.

Fullmakt

Bolaget har anfört att anbudet från YIT inte undertecknats av behörig och att fullmakt för att styrka rätt att teckna anbud inte ingått i anbudet. Bolaget hävdar att den redovisade fullmakten inte är stämplad med ”öppnat” och signerat av anbudsöppnande personal hos myndighetens ombud. Myndig-

hetens ombud har som rutin att samtliga sidor i det som kallas anbudsformulär eller motsvarande benämning stämplas, signeras samt förses med antal sidor. Övriga handlingar som en anbudsgivare bifogar till sitt anbud för att styrka att ställda krav uppfylls kallas bilaga. I den så kallade bilagan stämplas och signeras första sidan samt förses med det antal sidor som bilagan omfattar. Det innebär att endast första sidan av bilagan har en stämpel med ”öppnat”, datum, signaturer på deltagare i anbudsöppning samt antal ingående sidor. Då fullmakten inte är en del av anbudsformuläret har den inte stämpelats. Fullmakten ingår i bilagan enligt angivna antal sidor.

Vidare är det korrekt att bolaget begärt YIT:s ifyllda anbudsformulär vilket de, efter sedvanlig sekretessprövning, också erhållit med undantag för sidor som redovisar organisationsförhållanden och referenser. I det ifyllda anbudsformuläret ingår inte fullmakt från anbudsgivaren som visar att person som undertecknat anbud är behörig att göra det. Det innebär inte att det saknas sådan fullmakt i YIT:s resterande anbudshandlingar.

Bolaget har vidare anfört att fotnoten i dokumentet visar att fullmakten inte ingått i anbudet då datumet 13 januari 2013 finns angivet. Det är inte korrekt då detta är en automatdatering som angivit datum då fullmakten skrevs ut för att kunna scannas in för redovisning till förvaltningsrätten. Det är naturligtvis olyckligt då det kan vilseleda och ge intryck av att fullmakten bifogats i efterhand, vilket inte är fallet. YIT har bifogat fullmakt som visar rätt att teckna anbud och andra handlingar i företagets namn för ansvarig person vid företagets kontor i Nyköping.

Skada

I det fall utvärdering skulle gjorts med i anbud offererad procentsats skulle anbudet från YIT ändå ha rangordnats som nr. ett då bolagets anbud har en högre prisbild på övriga offererade priser. Bolaget har genom denna kon-

troll inte lidit skada eller riskerat att lida skada då en utvärdering med YIT:s anbud ursprungligt angiven procentsats givit samma rangordning mellan anbudsgivarna. Bolaget kan heller inte anses ha lidit skada och riskerar heller inte att så göra då de tilldelats ett ramavtal.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 9 kap. 8 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fråga om otillåten komplettering

En upphandlande myndighet får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Med förtydligande eller komplettering avses endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras. Varken preciseringar eller kompletteringar i en offentlig upphandling kan ha till följd att tidigare fakta ersätts av nya eftersom en möjlighet att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.

Av handlingarna i målet har framkommit att myndigheten begärt ett förtydligande från YIT av dess anbud. Den uppgift som YIT lämnat är helt ny i förhållande till det anbud som YIT lämnade innan tillfället till komplette-

ring. Myndighetens begäran om förtydligande av tidigare lämnad uppgift får därmed anses ha gått utöver vad som anses tillåtet, nämligen att tidigare lämnade uppgifter endast får konkretiseras och att något utbyte av uppgifter inte får ske. Det har således inte varit försvarsbart att begära in den nya uppgiften på sådant sätt som skett. Förfarandet måste därför anses strida mot 1 kap. 9 § LOU.

Fråga om giltig fullmakt

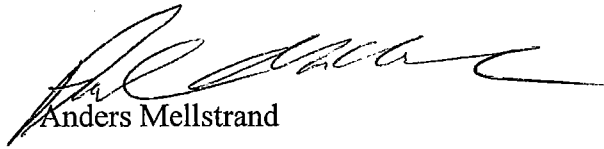
Bolaget har i målet anfört bl.a. att YIT inte bifogat någon fullmakt till sitt anbud och att den fullmakt som givits in är antedaterad. Myndigheten har anfört att den fullmakt som lämnades in i samband med anbudet inte ankomststämplades då det var en bilaga. Förvaltningsrätten finner att myndigheten har givit rimlig förklaring till både frågan om inkomststämpling som datering av fullmakten och att bolaget därmed inte visat att YIT inte bifogat en giltig fullmakt med anbudet.

Fråga om skada

Frågan blir därefter om bolaget, genom myndighetens handlande, har lidit eller kan komma att lida skada.

Myndigheten har i målet visat att bolaget, oavsett om YIT givits ett påslag om 15 eller 45 procent, skulle ha placerat sig på en andra plats. Med hänsyn härtill kan bolaget inte anses ha lidit sådan skada som avses i LOU genom den komplettering som YIT tillåtits göra. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Helena Thalin.



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