



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

Ulf Nordberg

DOM
2014-10-17
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3182-14

KONKURRENSVERKET	
2014-10-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
Anders Perssonsgatan 2
401 80 Göteborg

MOTPART

1. Vårgårda kommun
447 80 Vårgårda

2. Rydler's Bygg AB, 556220-4106
Asklanda affär
447 93 Vårgårda

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Rydler's Bygg AB ska förkastas.

BAKGRUND

Vårgårda kommun (kommunen) genomför en upphandling som benämns Nybyggnad av Algutstorp förskola. Upphandlingsföremålet består av en totalentreprenad för uppförande av en ny förskola med sex avdelningar i Vårgårda. Till detta ska som option lämnas separat pris för utökning till åtta avdelningar. Optionen ska gälla under hela entreprenadtiden, utan ytterligare tillägg. Som tilldelningsgrund tillämpas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna lägsta kostnad (90 procent), organisation och kompetens (4 procent), miljö (3 procent) samt färdigställandetid (3 procent). Genom tilldelningsbeslut har anbud från annan leve-

Dok.Id 142571

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

rantör än Peab Sverige AB (bolaget) antagits såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga och bolaget har ansökt om överprövning. Mot bakgrund av de omständigheter bolaget angett till stöd för sin ansökan har förvaltningsrätten berett den antagne leverantören Rydler's Bygg AB (Rydler's) tillfälle att yttra sig. Rydler's har valt att utnyttja denna möjlighet och har således inkommit med ett yttrande.

I **förfrågningsunderlaget** anges bl.a. följande. Anbudssumman exklusive mervärdesskatt ska innefatta den totala ersättningen för leverantörens samtliga prestationer fram till fullt färdigt arbete. Anbudet ska vara uppställt och innehålla de uppgifter som framgår av bifogat anbudsformulär. I anbudet ska lämnas de à-priser och separata priser som efterfrågas i programhandlingarna. I annat fall kan anbudet komma att förkastas. Även uppgifter av teknisk karaktär som efterfrågas i programhandlingarna ska lämnas. Vidare ska översiktlig redovisning av kvalitets- och miljöledningssystem lämnas. I anbudet ska á-priser per arbetstimma för olika yrkeskategorier arbetare som kan tänkas ingå i entreprenaden enligt AFD.611., t.ex. byggnadsarbetare, montör, smed, murare, målare, städpersonal o.s.v. À-priser ska avse fullt färdiga kostnader inkl. ackord, alla sociala avgifter och kostnader, försäkringar, handverktyg, arbetsledning, platsomkostnader och övriga pålägg samt administration och vinst inkl. entreprenörsarvode enligt ABT 06 kap. 6 § 7, mom. 2 – 7 jämte entreprenörsarvode enligt mom. 8a och 8b. Om timprisersättning inte angetts per yrkeskategori i anbudet anses denna till den lägsta angivna timprisersättningen. I anbudet ska pris lämnas för utökning till åtta avdelningar. Optionen ska gälla under hela entreprenadtiden, utan ytterligare tillägg. Omfattningen framgår av förfrågningsunderlaget. Förbehåll eller reservationer ska vara prissatta då anbudet i annat fall kan komma att förkastas. À-priser ska inte indexregleras. Eventuella reservationer ska vara prissatta.

Kommunen förbehåller sig fri prövnings- och värderingsrätt av inkomna anbud samt rätt att förkasta samtliga inkomna anbud. Om leverantören är föremål för ansökan om eller försatt i konkurs, likvidation/ackord, har inställt betalningarna eller har näringsförbud kan anbudet komma att förkastas. Anbudet kan även komma att förkastas om leverantören begått brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen, inte har betalat skatter eller avgifter eller lämnat felaktiga uppgifter eller inte lämnat begärda uppgifter. Dessutom kan leverantören uteslutas om denne inte är registrerad för mervärdesskatt eller inte är upptagen i bolagsregister. Kommunen prövar anbud snarast efter anbudsöppning. Som värderingsgrunder gäller därvid tilldelningskriterierna lägsta kostnad (90 procent), organisation och kompetens (4 procent), miljö (3 procent) samt färdigställandetid (3 procent). Poängsättning sker enligt skala 0 – 20 poäng. Kommunen kommer att inleda förhandling med den/de leverantör/-er som framstår som och sammantaget bedöms förmånligast.

Av **tilldelningsbeslutet** med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fem anbudsgivare har lämnat anbud. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet lämnades Rydlers som erhöll 19,15 poäng av 20 möjliga. Bolagets anbud kom på andra plats och erhöll 19,04 poäng av 20 möjliga. Vid anbudsutvärderingen har tilldelningskriteriet lägsta kostnad varit utslagsgivande.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny utvärdering, varvid anbudet från Rydlers ska förkastas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Rydgers anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget: Anbudet från Rydgers uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och borde därför ha förkastats. Rydgers har lämnat ett separat pris för i förfrågningsunderlaget efterfrågad option, dock med följande reservation:

”Optionspriset förutsätter att båda etapperna byggs samtidigt”

Optionen ska enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget gälla under hela entreprenadtiden. Detta innebär att det pris för optionen som lämnats i anbudet av leverantören ska gälla och att leverantören är skyldig att utföra arbetet enligt optionen till detta pris under förutsättning att optionen avropas någon gång under entreprenadtiden, d.v.s. innan slutbesiktning har genomförts och entreprenaden godkänts. Detta innebär att optionen kan avropas när som helst under denna tid, d.v.s. så sent som dagen innan slutbesiktningen, varvid de arbeten som omfattas av entreprenaden (de sex avdelningarna) redan byggts klart och färdigställts. Rydgers reservation är därför inte förenlig med de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna. Om optionen avropas sent kommer arbetena inte att ske samtidigt med de möjligheter som då finns till produktionsmässiga samordningsfördelar, utan arbetena enligt optionen (de två resterande avdelningarna) kommer att byggas efter att de andra arbetena (de sex avdelningarna) byggts klart. Bolaget har vid sin prissättning av optionen beaktat denna förutsättning. Rydgers förbehåll att det lämnade priset förutsätter att de två tillkommande avdelningarna byggs samtidigt som övriga avdelningar innebär således en konkurrensfördel för Rydgers.

Rydgers anbud innehåller även en reservation som i strid med förfrågningsunderlagets föreskrifter inte prissatts:

”Eventuella kostnader för ej kända ledningar, storsten och berg ingår ej”

Denna skrivning innebär att Rydgers förbehåller sig en strikt rätt till tillkommande ersättning för nämnda förhållanden. I förfrågningsunderlaget hänvisas till ABT 06 där det föreskrivs att det kan föreligga en rätt till ersättning för nämnda förhållanden. Det är korrekt att entreprenörens undersökningsskyldighet normalt inte innefattar markundersökningar. Detta framgår av kommentaren till kap. 1 §§ 6 och 7 ABT 06. Det förutsätts enligt kap. 1 § 6 tredje stycket ABT 06 att beställaren i förfrågningsunderlaget har lämnat de uppgifter som kan erhållas vid en fackmässig undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraktarbetena. I det aktuella förfrågningsunderlaget finns bl.a. en PM om geoteknik. I den mån något markförhållande inte framgår av förfrågningsunderlaget och inte heller är sådant som entreprenören bort upptäcka vid sin undersökning enligt kap. 1 § 7 ABT 06, så ska förhållandena enligt kap. 1 § 9 ABT 06 antas vara sådana som kunnat förutsättas vid en fackmässig bedömning. Prövningen av entreprenörens rätt till tillkommande ersättning på grund av inte kända markförhållanden uppkommer dock under entreprenadens drift då eventuella förhållanden uppkommer och entreprenören underrättar om desamma samt framställer krav på ersättning. Det är möjligt att de förhållanden Rydgers reserverat sig för kommer att medföra rätt till tillkommande ersättning enligt ABT 06. Att förbehålla sig en strikt rätt till sådan tillkommande ersättning är dock att föregå den prövning som ska göras av vad som får anses framgå av förfrågningsunderlaget samt vad entreprenören borde ha beaktat vid sin fackmässiga bedömning. Rydgers förbehåll innebär således en klar reservation och konkurrensfördel.

Då Rydlers anbud skulle ha förkastats och bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen har bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Kommunen: Att Rydlers vid sitt lämnande av optionspris förutsätter att båda etapperna byggs samtidigt under en och samma entreprenadtid är korrekt uppfattat. Detta är ett krav som kommunen ställt upp i förfrågningsunderlaget. Därför kan Rydlers inte anses ha lämnat optionspris med förbehåll.

Av kap. 1 §§ 6 och 7 ABT 06 framgår att entreprenörens undersökningskyldighet inte omfattar markundersökningar. Detta innebär oavsett entreprenörens (Rydlers) angivande av en förutsättning i sitt anbud; att eventuell ledning, bergschakt och/eller storblokk kommer att medföra en tilläggs-kostnad (ÄTA) till lämnat anbud. Denna tilläggskostnad (ÄTA) kommer även att uppstå om anbud utan förbehåll antas. Kommunen har därför vid anbudsprövningen gjort bedömningen att Rydlers förbehåll saknar betydelse.

Rydlers: Peab grundar sin ansökan på två skrivelser som ingår i Rydlers anbud. Tvärtemot vad Peab gör gällande innehåller skrivelserna endast förtydliganden av sådant som redan följer av bestämmelserna i förfrågningsunderlaget. Syftet med skrivelserna är att anbudet ska bli så tydligt som möjligt och de strider inte mot förfrågningsunderlagets krav. Av kommunens utvärdering framgår också att kommunen tolkat skrivelserna på samma sätt.

Vad gäller skrivningen "*Eventuella kostnader för ej kända ledningar, storsten och berg ingår ej*" bör beaktas att sådana omständigheter skulle ha medfört ÄTA-arbeten oaktat skrivningen. Eftersom omfattningen av sådant arbete inte är känt för någon kan det inte prissättas. För det fall sådant ar-

bete aktualiseras blir de å-priser som listats i anbudet tillämpliga – d.v.s. reservationen är i enlighet med förfrågningsunderlagets krav prissatt så långt det är möjligt. Peab gör gällande att Rydlers reservation ger större chans till ersättning än vad som följer av reglerna i ABT 06. Detta då den prövning av vad som framgår av förfrågningsunderlaget samt vad entreprenören borde ha beaktat vid sin fackmässiga bedömning förbigås. Det Peab gör gällande är direkt felaktigt och har inte på något sätt varit avsikten med skrivningen. Att så inte är fallet framgår dessutom av att det i skrivningen hänvisas till ej kända ledningar, storsten och berg.

Vad gäller skrivningen "*Optionspriset förutsätter att båda etapperna byggs samtidigt*" så har inget annat avsetts än att optionen ska återopas under entreprenadtiden, d.v.s. att etapperna byggs samtidigt. Rydlers har inte angett något om att momenten på etapperna måste utföras samtidigt såsom Peab göra gällande. Kommunen har inte heller uppfattat det på detta sätt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfä-

randeregler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget gör gällande att kommunen brutit mot LOU genom att anta Ryd-
lers anbud. Detta då Ryd-
lers anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Kommunen och Ryd-
lers anser att kommunen inte brutit mot LOU samt att Ryd-
lers anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Av principerna om likabehandling och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU följer att de obligatoriska kraven i en upphandling ska vara klart och tydligt angivna i förfrågningsunderlaget samt att den upphandlande myndigheten inte får bortse från eller ändra något krav. Detta innebär bl.a. att samtliga leverantörer måste godta de upphandlingsvillkor och förutsättningar i övrigt som anges i förfrågningsunderlaget utan reservationer, ändringar eller tillägg om inte annat särskilt anges. I förevarande fall har angivits att reservationer m.m. är tillåtna om de prissätts.

I två fall har Ryd-
lers valt att formulera egna upphandlingsvillkor. Parterna är oense i fråga om Ryd-
lers egna upphandlingsvillkor har samma innebörd

som de som anges i förfrågningsunderlaget. En leverantör som godtar förfrågningsunderlagets upphandlingsvillkor saknar i princip anledning att ändra eller reservera sig mot dessa. Mot bakgrund av vad Peab anfört saknas det, även med beaktande av vad kommunen och Rydlers anfört, anledning att anta att Rydlers egna upphandlingsvillkor har samma innebörd som förfrågningsunderlagets upphandlingsvillkor. Av samma anledning finns inte heller skäl att anta att skillnaden i innebörd saknar betydelse. Rydlers har således lämnat två reservationer och eftersom de inte är särskilt prissatta är båda reservationerna otillåtna. Bolaget har därmed förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU genom att anta Rydlers anbud trots att detta inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen och bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Mot bakgrund av bedömningen ovan finns det skäl att besluta om ingripande enligt LOU. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens anbudsprövningsfas är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Rydlers anbud ska förkastas.

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

Kjell Hammarborg



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. 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 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.