



SÖKANDE

Peab Anläggning AB, 556568-6721

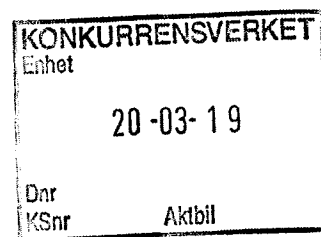
Ombud: Linda Grahl
Peab AB

MOTPART

Kalmar kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Peab Anläggning AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende generalentreprenaden Tjärhovspromenaden. Upphandlingen har skett som ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) under tröskelvärdet där kommunen avsåg att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid anbudstidens utgång hade fyra företag inkommit med anbud. Vid utvärderingen kvalificerades sig två av anbuderna, varav Peab Anläggning AB var en. Den 12 november 2019 meddelade kommunen tilldelningsbeslut varigenom NCC Sverige AB tilldelades uppdraget.

Peab ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att kommunens tilldelningsbeslut upphävs samt att förvaltningsrätten ska besluta att utvärderingen görs om på så sätt att det vinnande bolagets anbud inte antas, varvid Peab istället erhåller tilldelning. Peab anför i huvudsak följande. Den vinnande anbudsgivaren har givit in ett anbud men lämnat två tekniska lösningar. I de administrativa föreskrifterna under rubriken AFB.31 anges

Dok.Id 223506

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratten-i-vaxjo/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

att anbudet ska lämnas på handling 07.02 Formulär till anbud. Av handling 07.02 Formulär till anbud anges bl.a. under punkten 14 att anbudsgivaren ska ge in 14. *En beskrivning av anbudets tekniska lösning med principsektion, grundläggning, Material, utförande, etc.*

I de administrativa föreskrifterna (Bilaga 1) under AFB.53 Prövning av anbud anges:

AFB.53 Prövning av anbud

Anbudsprövning kommer att ske på affärsmässiga grunder. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Anbudens angivna förslag kommer att bedömas och erhålla påslag enligt följande:

- hur vida B anser att lämnad teknisk lösning och dess grundläggning är lämplig, funktionsduglig och tekniskt hållbar med bl.a. dess utsatta läge och naturkrafternas påverkan. *(hur kommer is, strömmar, vågor på verka grundläggning och konstruktionen i sin helhet).*

Bedömning: "OK" samt "tveksam lösning" (kommer ej antas).

- hur vida B anser att lämnad lösning är tekniskt genomförbar med avseende på påverkan på befintliga förhållanden. (påverkas andra funktioner och anläggningar på ett acceptabelt sätt)

Bedömning: "OK" samt "tveksam lösning" (kommer ej antas).

- att föreslagen lösning minst uppfyller de krav på utformning/gestaltning och funktion som detta förfrågningsunderlag anger. Om inte anbudsgivare särskilt angett att lämnat anbud avviker från förfrågningsunderlagets angivna parametrar skall antagen Entreprenör uppfylla samtliga krav som ställs i detta Förfrågningsunderlag.

Bedömning: "uppfyller/mindre acceptabla avsteg" (OK), "större/flera avstegen som B kan acceptera" (ger 300 000 kr i påslag) samt "uppfyller ej/ej acceptabla avsteg" (kommer ej antas).

- hur den föreslagna lösningen påverkar omgivningen och 3:dje man i genomförandet

Bedömning: "acceptabel påverkan" (OK), "stor påverkan" (ger 300 000kr i påslag) samt "ej acceptabelt" (kommer ej antas).

- hur den föreslagna lösningen påverkar omgivningen och 3:dje man vid eventuellt underhåll och reparationer.

Bedömning: "acceptabel påverkan" (OK), "stor påverkan" (ger 300 000kr i påslag) samt "ej acceptabelt" (kommer ej antas).

- hur komplicerat ett framtida underhåll kan komma bli tekniskt av den föreslagna lösningen.

Bedömning: "acceptabel" (OK), "komplicerat" (ger 300 000 kr i påslag) samt "ej acceptabelt" (kommer ej antas).

- hur kostnadskrävande ett framtida underhåll/reparation bedöms bli av den föreslagna lösningen.

Bedömning: "acceptabel" (OK) samt "ej acceptabelt" (kommer ej antas).

En grupp, sammansatt av B, bestående av expertis för område geoteknik, byggkonstruktion, gestaltning samt Bs ombud kommer att utföra bedömningen.

Anbudsgivaren ska således presentera en teknisk lösning i sitt anbud. Den tekniska lösningen som anbudsgivaren presenterar enligt punkten 14 i Formulär till anbud kommer att bedömas utifrån AFB.53 [Prövning av anbud]

och om den anses "ej acceptabel" kommer den inte att antas. Den andra tekniska lösningen som presenterats av den vinnande anbudsgivaren uppfyller enligt kommunen de i upphandlingen ställda kraven. Kommunen har, med ändring av och i strid med förutsättningarna som anges i upphandlingen, givit den vinnande anbudsgivaren andra förutsättningar än Peab och andra anbudsgivare då kommunen tillåtit och utvärderat två alternativa tekniska lösningar från den vinnande anbudsgivaren. Agerandet står i strid med 4 kap. 1 § LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Upphandlande myndighet har en skyldighet att tillämpa LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna oavsett vilken entreprenadform det är fråga om. Kommunen har givit NCC andra förutsättningar än Peab då Kommunen tillåtit och utvärderat två alternativa tekniska lösningar i NCCs enda anbud. Om kommunen hade agerat i enlighet med gällande regelverk skulle Peab ha tilldelats upphandlingen. Peab har således lidit skada till följd av kommunens agerande. I vart fall innebär agerandet risk för sådan skada.

Kommunen yrkar i första hand att Peabs klagan ogillas och att nu gällande tilldelningsbeslut stadfästes orubbat. I andra hand yrkar kommunen att upphandlingen görs om. Kommunen anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget bygger på ett utförande som Totalentreprenad, i enlighet med Allmänna Bestämmelser ABT 06, vilket inte ger anbudsgivaren ett specifikt beskrivet utförande. NCC har inkommit med parallella anbud, vilket är tillåtet så länge inte annat framgår av förfrågningsunderlaget. Av de parallella anbuden har det ena ett alternativt utförande och detta har inte godkänts emedan det andra förslaget är ett förslag som överensstämmer med ställda krav. NCC, har i sitt anbud inkommit med ett alternativ som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Hade kommunen valt att anta ett alternativ som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven hade således frågan om sidoanbud varit aktuell men i förevarande fall rör det sig de facto om att det antagna anbudet är det alternativ som NCC offererat och

som överensstämmer med de ställda kraven. Alternativet är således inte att betrakta som ett sidoanbud, då dess utförande inte avviker från det som kommunen har angett. Den vinnande anbudsgivaren uppfyller därmed de i upphandlingen ställda kraven och dess anbud har följaktligen godkänts och utvärderats. Peabs talan ska därmed avslås.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (Se 4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (Se 20 kap. 6 § LOU).

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 4 kap. 1 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (se RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan förutse vad den upphandlande myndigheten

tillmåter betydelse vid upphandlingen. I samma dom uttalar HFD att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet emellertid gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte träds för när. EU-domstolen har understrukit vikten av att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42).

Peab gör gällande att anbudsgivaren ska presentera *en* teknisk lösning i sitt anbud samt att kommunen i strid med förutsättningarna som anges i upphandlingen utvärderat *två* tekniska lösningar som presenterats av den vinnande anbudsgivaren.

Förvaltningsrättens bedömning

För att en formulering i ett förfrågningsunderlag ska anses utgöra ett obligatoriskt krav, måste det uttryckligen framgå av ordalydelsen att det är fråga om ett sådant krav.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att det av förfrågningsunderlagets AFB.53 Prövning av anbud inte framgår att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivare endast ska offerera *en teknisk lösning* under punkten 14 i Formulär till anbud. Förvaltningsrätten bedömer även att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare bör kunna tolka innebörden av förfrågningsunderlaget på samma sätt. Kommunen har således inte brutit vad gäller likabehandling och transparens som anges i 4 kap. 1 § LOU. Inte heller har det som Peab anfört i övrigt visat att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristina Jonsson
rådman

Föredragande: Maria Gustafsson



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

