



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2016-10-04
Meddelad i Karlstad

Mål nr
852-16

SÖKANDE

Tranab Markbyggnad AB, 556687-3963
Nastagatan 22
702 27 Örebro

Ombud:
Advokat Viktoria Edelman
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

Jur.kand. Alicia Ahlberg
Adress som ovan

MOTPART

Örebro kommun, Tekniska nämnden
Box 33300
701 35 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-10-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tranab Markbyggnad AB:s ansökan.

BAKGRUND

Örebro kommun genomför en offentlig upphandling avseende nybyggnad av GC-väg och GC-tunnel m.m. vid Hedgatan i Örebro. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Anbud prövas genom en prissatt mängdförteckning varvid det anbud som innehåller det lägsta totalpriset kommer att antas (förfrågningsunderlaget AFB.53). Örebro kommun har funnit att fyra anbud uppfyllt alla krav och i tilldelningsbeslut antagit NCC Construction Sverige AB (NCC) som leverantör. Av beslutet framgår att Tranab Markbyggnad AB (Tranab) haft det näst lägsta anbudspriset.

PARTERNAS TALAN

Tranab ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits på så sätt att anbudet från NCC förkastats. Till stöd för sin ansökan anför Tranab i huvudsak följande.

Ej ifylld mängdförteckning

Av de administrativa föreskrifterna punkt AFB.31 framgår att anbud ska vara uppställt och innehålla uppgifter enligt bifogat "Anbudsformulär" inklusive bilagor. Av punkten AFB.53 framgår att anbudet måste innehålla en prissatt mängdförteckning samt att prissatta à-priser ska finnas på samtliga ingående resurser för att kvalificeras.

NCC har i sitt anbud utelämnat pris avseende koden BV:FC Påldäck. NCC:s anbud uppfyller således inte det obligatoriska kravet att till anbudet bifoga ifylld mängdförteckning för samtliga ingående arbeten. NCC:s anbud skulle som en följd härav inte ha utvärderats.

Otillåten reservation

Av de administrativa föreskrifterna punkt AFB.31 framgår att anbud som innehåller icke prissatta reservationer, med undantag av reservation 2/71, eller i övrigt avviker från förfrågningsunderlaget, inte kommer att tas upp

till prövning. Av punkt AFB.312 framgår att reservationer inte godkänns samt att inkomna anbud som innehåller reservationer kommer att förkastas. NCC har i sitt anbud gjort en otillåten reservation i punkten CCD.22. Kommunen har i sitt förfrågningsunderlag begärt ett styckpris på pållängd, bro samt pållängd, bankpålning. NCC har inte lämnat efterfrågat styckpris, utan istället lämnat ett meterpris för angivna arbeten. Därtill har NCC för respektive arbete lämnat ett pris för avgående arbete, vilket är ett avsteg från huvudregeln i AB 04 kap 6 § 7 och som dessutom kräver att parterna har träffat en särskild överenskommelse. NCC har genom att ändra beräkningsgrunden för aktuella arbeten samt genom att prissätta avgående arbeten frångått förfrågningsunderlaget och ändrat avtalet till egen fördel. Att NCC ensidigt prissätter avgående arbeten innebär att NCC blivit av med ett riskmoment vilket har gett NCC en konkurrensfördel.

Att kommunen trots bristerna har antagit NCC:s anbud innebär ett uppenbart åsidosättande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Bristerna i upphandlingen har medfört att Tranab, som näst efter NCC lämnat det lägsta totalpriset, har lidit skada genom att inte tilldelas kontraktet och det finns därför grund för domstolens ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Örebro kommun bestrider bifall till Tranabs ansökan och anför i huvudsak följande.

Angående påståendet om ej komplett ifylld mängdförteckning

Under upphandlingens annonsperiod så har det förekommit ett antal frågor och kommunen har meddelat förtydliganden med anledning av dessa. Kommunen har för fråga 4 och 5 meddelat förtydligande som innebär att anbud ska lämnas på det sätt som NCC gjort. Samtliga anbudsgivare förutom Tranab har lämnat anbud på rätt sätt i enlighet med förtydligandet vilket kommunicerats till Tranab efter meddelande om tilldelning men före avtalspärrens utgång. Kommunens inställning är därför att anbudet från NCC är lämnat på rätt sätt. Tranab har inte avgivit anbud på rätt sätt enligt förtydlig-

andet men kommunen har ändå, möjligen felaktigt, utvärderat Tranabs anbud eftersom det har varit möjligt att räkna ut hur anbudet ekonomiskt förhåller sig till övriga anbud. Utvärderingen har resulterat i att Tranabs anbud placerats på andra plats.

Angående påståendet om otillåten reservation avseende bankpålning

Det pris som efterfrågas avseende bankpålning, vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget, ingår inte i utvärderingen av anbuden. Det påverkar således inte vilken leverantör som vinner upphandlingen. Kommunen anser inte att NCC har villkorat sitt anbud på ett otillåtet sätt. Resonemanget om avgående arbeten har därför ingen relevans i sammanhanget. Det är dessutom av vikt att nämna att upphandlingen är omfattande och förfrågningsunderlaget är komplicerat. Den uppgift som här är aktuell kan möjligtvis tolkas så att den ska offereras i meter men att kommunen har skrivit fel enhet. Det är rimligt att anta att NCC har resonerat på det sättet eftersom NCC utformat sitt anbud som bolaget gjort. Övriga anbudsgivare har offererat pris utan att ifrågasätta enheten som framgår och det hade möjligen varit bättre om NCC hade ställt en förtydligande fråga istället för att ändra enheten från styck till meter. Vid en kontrollräkning så framkommer att skillnaden i kostnad om bankpålning faktureras per meter eller per styck är liten sett till kontraktets sammanlagda värde. Det föreligger ingen verklig prispåverkan. Hade Tranab vunnit upphandlingen så hade bolaget med andra ord fått betalt i princip på samma sätt som NCC får om kommunen väljer att nyttja möjligheten till bankpålning på det sätt som angivits i upphandlingen. Det finns ett utrymme i lagen för mindre felaktigheter i ett förfrågningsunderlag och sett till att felet inte påverkat vilken anbudsgivare som tilldelas kontrakt så anser kommunen att detta fel inte bör leda till åtgärder enligt LOU.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller

någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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 handlingarna i målet framgår att kommunen besvarat aktuella inkommande frågor enligt följande.

Fråga 4: Vi har upptäckt att det finns koder avseende samma arbete i MF 10.1 och BMUK. Vi tolkar det som om att MF går före BMUK och prissätter dem på koden i MF och nollställer dem då i BV-koden. Stämmer vår tolkning?

Svar: MF gäller före BMUK.

Fråga 5: Vissa koder i MF 10.1 överensstämmer inte med dem i BMUK trots att de handlar om samma moment. Vi tolkar att MF går före och prissätter dem enligt den i MF beskriven AMA-kod. Stämmer vår tolkning?

Svar: MF gäller före BMUK.

Förvaltningsrättens bedömning


I målet är fråga om anbudet från NCC borde ha förkastats på grund av åberopade brister i form av att mängdförteckningen inte är komplett ifyllt samt en otillåten reservation avseende bankpålning.

Beträffande ifyllande av mängdförteckningen är utgångspunkten givetvis att den ska fyllas i enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget men vid oklarheter kan också redovisade frågor och svar under anbudstiden föran-

leda en viss avvikelse från vad som ursprungligen anges i förfrågningsunderlaget. Örebro kommun anför i sitt yttrande att samtliga anbudsgivare utom Tranab fyllt i mängdförteckningen på det sätt som NCC har gjort och det kan då inte komma ifråga att förkasta enbart NCC:s anbud såsom bristfälligt i detta avseende. Alternativet vore i så fall att konstatera att endast Tranab uppfyller alla krav för att kunna antas som leverantör. Tranab har emellertid inte närmare preciserat på vilket sätt handlingarna i målet visar att tolkningen av hur priset i kod BV:FC Påldäck ska anges bör ske enligt Tranabs mening och förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att det saknas skäl för konstaterandet att övriga anbud borde ha förkastats. Tranab har därmed inte visat att Örebro kommun i denna del har brutit mot 1 kap. 9 § LOU på sätt som föranleder ingripande mot upphandlingen.

Vad gäller prissättningen av pällängd bro och pällängd bankpålning i CCD.22 är det i och för sig korrekt som Tranab anför att NCC fyllt i pris per meter i stället för pris per styck som anges i mängdförteckningen. Emellertid är det även som kommunen anför att mängden är 0 varför den posten inte ingår i beräkningen av anbudets totalpris. Denna brist har således inte medfört någon skada för Tranab i utvärderingen. Det har inte heller framkommit skäl att ifrågasätta kommunens uppgift om att det går att kontrollräkna vad skillnaden blir mellan pris per meter och per styck samt att skillnaden är liten i förhållande till kontraktets värde. Förvaltningsrätten finner därmed i detta avseende och sammantaget att Tranab inte visat att Örebro kommun brutit mot 1 kap. 9 § LOU på sätt som medfört att Tranab lidit eller riskerat att lida skada. Bolagets ansökan ska således avslås.

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


Hans-Erik Jönasson
f.d. lagman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.