



SÖKANDE

Hansa Bygg AB, 556520-6660
Engelska vägen 10
393 54 Kalmar

Ombud: Advokat Göran Johansson
Eversheds Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Nybro Elnät AB, 556058-4897
Verktygsgatan 12
382 80 Nybro

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Jur.kand. Hermina Grozdanic Kelly
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

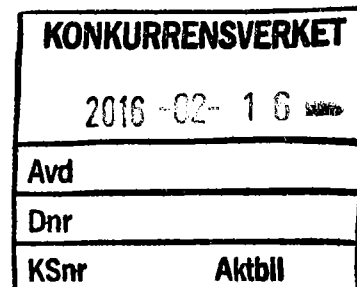
2. MG BYGG i Småland AB, 556751-7718
Vagnvägen 6
360 73 Lenhovda

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från MGBYGG i Småland AB inte får beaktas.



YRKANDEN M.M.

Nybro Elnät AB (Nybro Elnät) genomför en upphandling avseende om- och tillbyggnad av kontorslokaler på fastigheten Mejseln 2 i Nybro Kommun. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande där det anbud som har lägst pris ska antas. Enligt tilldelningsbeslut den 10 november 2015 antogs anbudet som lämnats av MGB bygg i Småland AB (MG Bygg). Hansa Bygg AB (Hansa Bygg) placerades på andra plats i utvärderingen.

Hansa Bygg ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att den får avslutas först sedan den rättats på så sätt att MG Byggs anbud förkastas. Nybro Elnät anser att upphandlingen utförts i enlighet med LOU och att ansökan om överprövning ska avslås. MG Bygg har beretts tillfälle att yttra sig i målet. Hansa Bygg och MG Bygg anför i huvudsak följande.

Hansa Bygg

Det är fundamentalt i varje upphandling att anbudsgivare lämnar anbud med sina egna resurser. Anbudsgivare har enligt 15 kap 15 a § LOU även rätt att åberopa andra företags kapacitet och med den rättigheten följer en skyldighet för anbudsgivaren att styrka att åberopad kapacitet kan förfogas över när kontraktet ska fullgöras. Det följer således direkt av lag och LOU förutsätter att såväl upphandlade myndigheter som anbudsgivare känner till denna lagbestämmelse. Rätten att åberopa andra företags kapacitet och/eller skyldigheten att styrka att anbudsgivare förfogar över sådan kapacitet, behöver alltså inte nämnas i förfrågningsunderlaget i en upphandling utan gäller ändå. Kravet på att anbudsgivarna skulle förfoga över en projekteringsledare kan inte betraktas som oväsentligt eller att det helt saknar relevans, i så fall hade det inte angetts som en egen punkt i anbudsformuläret. MG Bygg har i sitt anbud angett Jan-Olof Björk, J-O Byggprojektering, som sin projekteringsledare. MG Bygg har således åberopat ett annat företags kapacitet för att uppfylla det, enligt AFD.323 i anbudsformuläret tillsammans med

AFB.31 och AFB.51 i förfrågningsunderlaget, obligatoriska kravet på projekteringsledare. MG Bygg har inte styrkt att bolaget kommer att förfoga över J-O Byggprojekterings resurser i form av Jan-Olof Björks tjänster som projekteringsledare när kontraktet ska fullgöras. Det ingivna avtalet från J-O Byggprojektering utgör en otillåten komplettering av MG Byggs anbud. Regleringen MG Byggs anbud borde därför rätteligen ha förkastats.

Nybro Elnät

Av AFD.35 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna har rätt att anlita underentreprenörer samt att anbudsgivare vid startmötet ska presentera ditintill upphandlade underentreprenörers organisation. Utifrån denna bestämmelse kan utläsas att anbudsgivarna inte behöver ange eventuella underentreprenörer i anbudet. Nybro Elnät har inte ställt upp några kvalitativa krav på projekteringsledaren i form av erfarenhet eller yrkeskvalifikationer. Följaktligen har Nybro Elnät inte heller uppställt att anbudsgivaren ska visa att angiven projekteringsledare är anställd hos anbudsgivaren. Vad Nybro Elnät efterfrågat är att projekteringsledaren ska namnges och det har MG Bygg efterlevt. Vem som anges som projekteringsledare i anbudet är av helt oväsentlig betydelse. Av såväl praxis som doktrin framgår att krav som inte uppfyller någon nämnvärd funktion eller som är av oväsentlig betydelse inte får ligga till grund för att förkasta ett anbud, då detta skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Denna princip har även uttryckts som att det står i strid med proportionalitetsprincipen att utesluta ett anbud på grund av en avvikelse i förhållande till ett krav om avvikelsen inte medfört någon fördel för anbudsgivaren och därmed saknar betydelse ur konkurrenshänseende. Detta innebär att även om MG Bygg skulle anses ha avvikit från ett krav har avvikelsen inte medfört någon fördel för MG Bygg och saknar därmed betydelse ur konkurrenshänseende.

Av rättspraxis framgår att uteslutningsgrunder måste vara tydliga och transparenta för att få tillämpas. Detta innebär att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att utesluta en anbudsgivare under påstående om att denne inte uppfyller ett krav, om inte detta krav varit så klart och tydligt utformat att anbudsgivaren måste ha förstått att kravet skulle komma att tolkas på det sätt som skett. Under alla förhållanden har i nu aktuellt fall en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte haft anledning att tro att annans kapacitet måste åberopas och visas om underentreprenör ska användas som projekteringsledare.

Det framgår vidare inte av 11 kap 12 § LOU när en leverantör skall visa att leverantören förfogar över annans åberopade kapacitet. Av intyg från J-O Byggprojektering AB, undertecknat i januari 2016, framgår att MG Bygg förfogar över Jan-Olof Björk som projekteringsledare vid utförandet av uppdraget. Därmed skall överklagandet avslås oavsett om angivandet av en extern projekteringsledare omfattas av ovan nämnda bestämmelse eller inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

När en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget har ställt vissa obligatoriska krav följer det av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap 9 § LOU att den inte får efterge eller bortse från dessa krav. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

I 16 kap 6 § första stycket LOU anges 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den först får avslutas sedan rättelse gjorts.

Av 15 kap. 15 a § LOU framgår att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet.

Av 9 kap. 8 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar fel-skrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att den ska tillämpas restriktivt och att kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras (prop. 2006/07:128 s. 377).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att MG Bygg, i och med angivandet att bolaget för fullföljandet av uppdraget kommer att använda sig av person anställd hos annat företag som projekteringsledare för att uppfylla ett kvalificeringskrav, har åberopat annans yrkesmässiga kapacitet. MG Bygg måste därmed och i enlighet med 15 kap 15 a § LOU visa att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt. Det är i målet ostridigt att MG Bygg inte visat att bolaget förfogat över den angivna resursen projekteringsledare vid tiden för anbudsutvärderingen.

MG Bygg har i samband med överprövningen inkommit med ett intyg om åtagande från J-O Byggprojektering att till MG Bygg tillhandhålla Jan-Olof Björk som projekteringsledare. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att när ett annat företags resurser åberopas i syfte att uppfylla ett kvalificeringskrav ska leverantören visa den upphandlande myndigheten i samband med anbudsutvärderingen att de åberopade resurserna står till dennes förfogande

när kontraktet ska fullgöras (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 juni 2013, mål nr 1439-13). Förvaltningsrätten anser vidare att kvalificeringskravet gällande projekteringsledare inte är ovidkommande. Sammantaget är det därför förvaltningsrättens mening, även med beaktande av vad Nybro Elnät anfört, att MG Byggs anbud har brustit i att uppfylla det obligatoriska kravet i upphandlingen avseende projekteringsledare. Med hänsyn till den restriktivitet som gäller vid kompletteringar med stöd av 9 kap. 8 § LOU bedömer förvaltningsrätten att det inkomna intyget inte heller utgör en tillåten komplettering av MG Byggs anbud.

Mot bakgrund av det som anförts ovan finner förvaltningsrätten att skäl därmed har förelegat att inte uppta anbudet till slutlig anbudsutvärdering. Nybro Elnäts beslut att utvärdera anbudet och tilldela MG Bygg kontraktet trots detta var således inte korrekt och står i strid med principen om likabehandling.

Eftersom Hansa Byggs anbud i upphandlingen har bedömts innehålla lägst pris näst efter anbudet från MG Bygg har Hansa Bygg lidit skada genom Nybro Elnäts överträdelse. Skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed. Eftersom bristen inte avser det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt med en rättelse och då i form av en ny anbudsutvärdering där MG Byggs anbud inte tas upp.

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

Per Hansson

Föredragande: David Nylén



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 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.