



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2014-02-17
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 27608-13

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
 169 83 Solna

Ombud: Tomas Jonasson
 Skanska Sverige AB
 Stab Juridik
 169 83 Solna

MOTPART

Haninge kommun, 212000-0084
 Kommunstyrelseförvaltningen
 136 81 Haninge

Ombud: Södertörns upphandlingsnämnd
 136 81 Haninge

PART

Kanonaden Entreprenad AB, 556231-2636
 Bockängsgatan 2
 571 38 Nässjö

Ombud: Martin Ågren
 Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
 Huskvarnavägen 5
 Box 2083
 550 02 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Skanska Sverige AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Kanonaden Entreprenad AB:s anbud inte ska beaktas.

Detta innebär att Haninge kommuns yrkande att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om avslås.

Dok.Id 446873

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

KONKURRENSVERKET	
2014-02-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Haninge kommun genomför en upphandling av Gatu- och VA-arbeten Albyberg etapp 1, SUN 104/2013. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 8 november 2013 har Kanonaden Entreprenad AB:s anbud antagits som vinnande anbud. Skanska Sverige AB:s anbud placerade sig på andra plats i rangordningen efter Kanonadens anbud.

Skanska ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Kanonaden förkastas. Som grund för ansökan anges att Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU) genom att anta Kanonadens anbud trots att det ursprungliga anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget och att Kanonadens komplettering av anbudet i nämnda avseende varit otillåten.

Kommunen vitsordar att Kanonadens anbud inte uppfyller samtliga ska-krav och att begäran om komplettering har varit otillåten, varför anbudsutvärderingen har genomförts i strid med likabehandlingsprincipen. Kommunen medger därför ansökan på så sätt att det finns skäl för ingripande. Kommunen anser vidare att inte heller Skanskas anbud uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Med hänsyn härtill samt eftersom övriga anbudsgivares anbud överskrider kommunens investeringsbelopp yrkar Kommunen att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kanonaden bestrider bifall till ansökan om överprövning dels på den grunden att dess ursprungliga anbud uppfyller ska-kraven, alternativt att kompletteringen av nämnda ska-krav har varit tillåten, dels på den grunden

att Skanska inte har lidit skada eftersom Skanskas anbud inte uppfyller samtliga ska-krav och därför inte heller borde ha utvärderats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska principerna om icke-diskriminering, lika-behandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följas vid all offentlig upphandling. 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 16 kap. 6 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). Om förvaltningsrätten anser att förutsättningarna för åtgärd är uppfyllda ska rätten, oavsett hur yrkandena utformas, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (HFD 2012 ref. 2).

De frågor som förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är följande.

1. Uppfyller Kanonadens ursprungliga anbud ska-kraven i punkterna 4.1, 5.0 och 5.1 – 5.3 i förfrågningsunderlaget?
2. Är Kanonadens komplettering av det ursprungliga anbudet tillåten enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU?
3. Har Skanska lidit skada eller riskerar att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU?
4. För det fall förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är uppfyllda, ska upphandlingen göras om eller är det tillräckligt att besluta om rättelse?

Fråga 1) Uppfyller Kanonadens ursprungliga anbud ska-kraven i punkterna 4.1, 5.0 och 5.1 – 5.3 i förfrågningsunderlaget?

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om Kanonadens ursprungliga anbud uppfyller ska-kraven i punkterna 4.1, 5.0 och 5.1 – 5.3 i förfrågningsunderlaget avseende uppgifter om organisation och referenser. Förvaltningsrätten anser att Kanonadens ursprungliga anbud inte uppfyller ska-kravet. Skälen för denna bedömning framgår nedan.

Enligt punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren bl.a. presentera sin organisation samt namn och CV med referenser för arbetsledare och platschef. Kanonaden har i sitt anbud angett att kravet är uppfyllt och hänvisat till "bifogad organisation, CV och referenser". Någon bilaga med presentation av organisationen har emellertid inte getts in av Kanonaden. Däremot har Kanonaden gett in efterfrågad CV. I punkten 5.0 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha ansvarat för minst två liknande godkända entreprenader som de som beskrivs i förfrågningsunderlaget, och i punkterna 5.1–5.3 i förfrågningsunderlaget föreskrivs att anbudsgivaren för återopade referensuppdrag ska ange beställarens företagsnamn, namn till referenten med telefonnummer och e-postadress samt kortfattat beskriva respektive uppdrag. Kanonaden har i sitt anbud angett att kraven är uppfyllda och under respektive punkt hänvisat till "bifogad referensbilaga". Några bilagor med föreskrivna uppgifter har dock inte getts in av Kanonaden.

Skanska och Kommunen anser att Kanonaden genom att inte bifoga en presentation av sin organisation i projektet respektive minst två godkända referensprojekt till sitt anbud inte uppfyller ovan angivna ska-krav avseende organisation och referenser.

Kanonaden anser att bolagets ursprungliga anbud uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget och uppger bl.a. följande. Bolagets organisation framgår av de till anbudet bifogade CV:na samt av Kanonadens svar under punkterna 1.1–1.5 i förfrågningsunderlaget. Två av Kanonadens tre referenser finns angivna i ett av de CV:n som getts in med anbudet vilket innebär att Kanonaden uppfyller även ska-kraven i punkterna 5.0 och 5.1 – 5.3 eftersom det är tillräckligt att endast två referenser anges.

Förvaltningsrätten anser att det inte är tillräckligt att hänvisa till den information om organisationen som Kanonaden lämnat i sitt anbud till besvarande av kraven i punkterna 1.1–1.5 i förfrågningsunderlaget för att Kanonaden ska uppfylla kravet i punkten 4.1 rörande organisation. Dessa krav syftar nämligen endast till att anbudsgivaren ska ange företags- och kontaktuppgifter, inte till att anbudsgivaren ska presentera sin projektorganisation. Förvaltningsrätten anser vidare att det inte är tillräckligt att hänvisa till ett CV vari två referenser ytterst kortfattat finns angivna för att Kanonaden ska uppfylla kraven i punkterna 5.0 och 5.1–5.3 i förfrågningsunderlaget. Nämnade CV innehåller varken en kortfattad beskrivning av uppdraget eller en presentation av organisationen. Förutom ett telefonnummer framgår inte heller de två referenternas kontaktuppgifter. Förvaltningsrätten anser därför att Kanonadens ursprungliga anbud inte uppfyller ska-kraven i punkterna 4.1 och 5.0 och 5.1–5.3 i förfrågningsunderlaget.

Fråga 2) Är Kanonadens komplettering av anbudet tillåten?

Kanonaden har emellertid, på begäran från Kommunen, kompletterat sitt anbud med de bilagor rörande organisation och referenser som saknades i det ursprungliga anbudet. Skanska anser att kompletteringen är otillåten och har till stöd för sin inställning anfört att om en anbudsgivare i efterhand skulle tillåtas att komplettera sitt anbud med uppgifter till

uppfyllande av ett ska-krav så skulle detta strida mot principen om lika-behandling i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen ansåg vid anbudsutvärderingen att Kanonaden genom kompletteringen uppfyllde ska-kraven i punkterna 4.1 och 5.0 och 5.1–5.3 i förfrågningsunderlaget. Hos förvaltningsrätten har Kommunen ändrat inställning i denna del och anser numera, i likhet med det som Skanska anför i ansökan, att kompletteringen av anbudet var otillåten. Kanonaden anser att kompletteringen är tillåten. Förvaltningsrätten prövar därför om Kanonadens komplettering av anbudet var tillåten enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Förvaltningsrätten anser att kompletteringen var otillåten med följande motivering.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande enhet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling och 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). EU-domstolen har i en dom den 29 mars 2012, C-599/10 SAG Slovensko, uttalat sig i frågan om när en upphandlande myndighet får begära att en anbuds-sökande förtydligar sitt anbud. EU-domstolen yttrar sig där om tolkningen av artikel 2 i direktiv 2004/18/EG. Enligt artikel 2 ska upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Artikeln utgör enligt EU-domstolen inte något hinder för att uppgifterna i anbudet undantagsvis rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bl.a. på grund av att uppgifterna uppenbarligen kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel, under förutsättning att ändringen inte i själva verket leder till ett erbjudande om ett nytt anbud. Vidare uttalar EU-domstolen att när den upphandlande myndigheten utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning, ankommer det på myndigheten att behandla anbudssökandena

på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuden och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnat eller missgynnat den eller de anbudssökande som varit föremål för begäran (se punkterna 40-41).

Förvaltningsrätten konstaterar att Kanonaden, på Kommunens begäran om komplettering, har tillfört anbudet sakuppgifter som tidigare helt saknats. Förvaltningsrätten anser att redan en möjlighet att byta ut uppgifter i ett anbud innebär en risk för att andra anbudsgivare missgynnas. De efterfrågade uppgifterna kan inte heller anses utgöra endast en enkel förklaring, utan var nödvändiga för att Kanonaden skulle uppfylla flertalet ska-krav. Kommunens begäran om förtydligande har därför gynnat Kanonaden på ett otillbörligt sätt. Uppgifterna är alltså av sådan väsentlig betydelse att de inte utgör en tillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 7138-10 och 6530-12 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 802-12). Kommunen har därmed, genom att tillåta Kanonaden att komplettera sitt anbud för uppfyllande av ovan angivna ska-krav, agerat i strid mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Fråga 3) Är skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU uppfyllt?

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är att den anbudsgivare som ansöker om överprövning har lidit eller riskerar att lida skada till följd av överträdelsen. Förvaltningsrätten prövar därför om Skanska har lidit skada eller riskerar att lida skada. Förvaltningsrätten anser att Skanska har lidit skada. Skälen för denna bedömning framgår nedan.

Skanska har anfört att skaderekvisitet är uppfyllt eftersom dess anbud skulle ha placerats på första plats om Kanonadens anbud hade förkastats. Kommunen och Kanonaden gör emellertid gällande att inte heller

Skanskas anbud uppfyller ska-kravet i punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser att Kommunen och Kanonadens invändning kan prövas i detta mål, inom ramen för bedömningen av om Skanska har lidit skada (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 924-12).

Som nämns ovan anges i punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska presentera sin organisation samt namn och CV med referenser för arbetsledare och platschef. Vidare anges att platschef och arbetsledare ska ha minst fem års erfarenhet av liknande projekt. Någon definition av vad som avses med "liknande projekt" finns inte i förfrågningsunderlaget. I förvaltningsrätten har Kommunen i två olika yttranden emellertid preciserat vad Kommunen anser avses med "liknande projekt". Inledningsvis uppgav Kommunen att med "liknande projekt" avses gatu- och VA-arbeten samt sprängning. Därefter har Kommunen uppgett att med "liknande projekt" avses att spränga, krossa berg samt bygga vatten och avlopp inklusive avloppspumpstation, vägar och belysning. Kommunen och Kanonaden anser att Skanskas platschef/arbetsledare saknar tillräcklig erfarenhet av sådana projekt. Skanska anser att dess anbud uppfyller ska-kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Skanska i sitt anbud har presenterat en projektorganisation. Vidare har CV med referenser för bl.a. platschefen-/arbetsledaren bifogats till anbudet där det bl.a. framgår att personen har erfarenhet av projekt som avser kabelförläggning samt utförande av bl.a. trafikplats E18. I förvaltningsrätten har Skanska angett att referensuppdragen i anbudet innefattat bl.a. bergkross, pumpstation och belysning. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det, oavsett de förtydliganden av begreppet "liknande projekt" som Kommunen har gjort i förvaltningsrätten, inte är preciserat i förfrågningsunderlaget vilken sorts erfarenhet som egentligen efterfrågas. Förvaltningsrätten anser vidare att

det av kraven på referensuppdragen varken framgår att de ska beskrivas detaljerat med angivande av specifika delmoment, eller att anbudsgivaren ska styrka att platschefen och arbetsledaren har minst fem års erfarenhet av liknande projekt *i egenskap av platschef*, vilket Kommunen och Kanonaden anser. Mot denna bakgrund, och eftersom uttrycket "liknande projekt" inte kan anses innebära att referensuppdragen ska vara identiska med de uppdrag som nu är föremål för upphandling, anser förvaltningsrätten att Skanska, såsom förfrågningsunderlaget är utformat, måste anses uppfylla ska-kraven i fråga.

Eftersom Skanska uppfyller nämnda ska-krav har Skanska lidit skada genom att bolaget har placerats på andra plats istället för första plats i upphandlingen. Förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är därför uppfyllda.

Fråga 4) Ska upphandlingen göras om eller är det tillräckligt att besluta om rättelse?

Som framgår av bedömningen ovan uppfyller Kanonadens anbud inte ställda ska-krav. Genom att tillåta Kanonaden att komplettera sitt anbud och utvärdera och anta Kanonadens anbud, har Kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom denna överträdelse av LOU hänför sig till anbudsutvärderingen finns det inte skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Bristen kan istället avhjälpas genom att en ny utvärdering av de ingivna anbuderna genomförs, vid vilken Kommunen inte beaktar Kanonadens anbud. Förvaltningsrätten anser därför att det är tillräckligt att besluta om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Kanonadens anbud inte ska beaktas (jfr RÅ 2008 not 26 och RÅ 2005 ref 47). Med hänsyn till att det i målet inte har framkommit omständigheter som medför att Skanskas anbud bör uteslutas ur upphandlingen medför det som Kommunen har anfört om hindren mot att

anta något av övriga anbud i upphandlingen ingen annan bedömning. Detta innebär alltså att Kommunens yrkande att upphandlingen ska göras om avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Frida Niklasson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Cindra Lindblom.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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.