



KONKURRENSVERKET	
2019-09-04	
Ayd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Asfaltsbolaget Sverige AB, 556654-9944

Ombud: Advokat Jessica Ekmark och bitr. jurist Viktor Hård af Segerstad
AG Advokat KB

MOTPART

Växjö kommun, Tekniska förvaltningen, 212000-0662

Ombud: Magnus Bengtsson
Växjö kommun, Juridiska enheten

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Asfaltsbolaget Sverige AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Växjö kommun har genomfört en upphandling avseende ramavtal för asfaltsbeläggning (Entreprenad Asfalt 2019 TN 2019-00033). Entreprenaden avser beläggningsarbeten avseende både underhålls- och nybyggnadsbeläggningar inom Växjö kommuns väghållningsområde under perioden den 1 april - 31 december 2019. Upphandlingen har genomförts som förenklad upphandling enligt LOU där avsikten varit att teckna ramavtal med en leverantör. Det anbud med lägst totalsumma på prissatt mängdförteckning avsågs att antas. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. I tilldelningsbeslut den 7 mars 2019 beslutade Växjö kommun att anta det anbud som lämnats av PEAB Asfalt AB. Av utvärderingsredogörelsen framgår att de tre andra anbudsgivarna - Asfaltsbolaget, NCC och Skanska -

har misslyckats med att uppfylla ett av ska-kraven som ställs i upphandlingsdokumentationen. Ska-kravet lyder ”Anbud ska vara undertecknat av behörig företrädare för anbudsgivaren”.

Asfaltsbolaget Sverige AB (Asfaltsbolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuden görs och att anbudet från Asfaltsbolaget ska beaktas vid den nya utvärderingen. Asfaltsbolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Växjö kommun (kommunen) bestrider bifall till Asfaltsbolagets ansökan.

Vad parterna anför

Asfaltsbolaget

Kommunen har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU genom att förkasta Asfaltsbolagets anbud utan att skäl att förkasta anbudet har förelegat. Asfaltsbolagets anbud har lämnats i enlighet med anvisningarna i upphandlingsdokumenten och i anbudsformuläret. Av upphandlingsdokumenten framgår i AFB.31 att anbudsformuläret anger samtliga uppgifter som anbudsgivaren ska inge för att kunna antas. Asfaltsbolaget har angett samtliga uppgifter som framgår av anbudsformuläret. Trots detta har Asfaltsbolagets anbud förkastats eftersom anbudet inte uppfyller kravet i enlighet med AFB.31 på att vara undertecknat av behörig företrädare. AFB.31 innehåller således två med varandra oförenliga instruktioner hänförliga till anbudets form och innehåll, vilket lett till missförstånd bland anbudsgivarna. I AFB.31 ”Anbudets form och innehåll” anges ”Anbudsformuläret anger samtliga uppgifter som anbudsgivare ska inge för att kunna antas”. Vidare anges ”Anbud ska vara undertecknat av behörig företrädare för anbudsgivaren”. Av anbudsformuläret har det inte framgått att

anbudet ska vara undertecknat överhuvudtaget. Det handlar om en brist i upphandlingsdokumentens samordning som lett till att tre anbud av fyra förkastats på grund av transparensbristen i upphandlingsdokumenten.

I vart fall strider det mot proportionalitetsprincipen att förkasta Asfaltsbolaget med hänvisning till att anbudet inte är undertecknat av behörig företrädare. Av anbudet framgår att kontaktperson för uppdraget är Asfaltsbolagets behöriga företrädare och VD. Asfaltsbolagets VD uppges också vara ombud för uppdraget samt den person som kommer att underteckna avtalet. Någon uppgift om att den behöriga företrädaren också måste signera anbudet framgår inte av anbudsformuläret vars utformning alltså inte är samordnad med ordalydelsen i AFB.31. Asfaltsbolaget, NCC och Skanska har alla omfattande erfarenhet av denna typ av anbudsgivning och det är uppenbart att det är den bristande samordningen, transparensen och förutsebarheten i upphandlingsdokumenten som har medfört att de tre anbuden har förkastats. Endast behöriga företrädare för Asfaltsbolaget har tillgång till inloggningsuppgifter i TendSign, där anbudet lämnats. Har det ändå funnits något tvivel i fråga om behörighet att inlämna Asfaltsbolagets anbud måste det ha ankommit på kommunen att utreda huruvida anbudet varit lämnat av behörig person eller inte i ett fall som det förevarande där anbudet inte varit ”undertecknat” i strikt mening till följd av uppenbara brister i upphandlingsdokumentens samordning.

Kommunen har i upphandlingen utformat och använt upphandlingsdokument som står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet, öppenhet och transparens i 4 kap. 1 § LOU. I upphandlingsdokumenten anges olika instruktioner för anbudets form och innehåll. Genom att dessa instruktioner inte varit entydiga har samtliga anbudsgivare utom en missförstått förutsättningarna för anbudsgivning. Det har varit otydligt om och på vilket sätt anbudet skulle undertecknas.

Upphandlingsdokumenten brister även i transparens och förutsebarhet i förhållande till det upphandlade ramavtalets omfattning och volym. Av AFA.12 framgår att "SSAM", "VEAB" samt enskilda vägsamfälligheter är avropsberättigade från ramavtalet utöver kommunen. Hur stora volymer dessa aktörer kommer att avropa framgår dock inte av upphandlingsdokumenten som även i övrigt är otydligt utformade när det kommer till hur stora volymer som kommer att avropas. I AFA.21 anges att kommunen kommer att ha möjlighet att upphandla objektanpassade entreprenader under avtalsperioden samt att asfaltslagingsarbeten delvis kommer att utföras i egen regi. Vidare anges att angivna mängder i mängdförteckningar är en fiktiv årsvolym. Mot bakgrund av bristerna i upphandlingsdokumentens utformning har det inte varit möjligt för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud eller att förutse hur anbuden skulle utformas för att uppfylla samtliga krav på anbudets innehåll. Det strider mot LOU att inte på förhand närmare ange vilka volymer som kan komma att avropas enligt ramavtalet.

Asfaltsbolaget som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av bristerna i upphandlingsförfarandet.

Kommunen

Av likabehandlingsprincipen följer att upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställs i anbudsunderlaget. De obligatoriska krav som ställs ska upprätthållas under hela förfarandet. AFB.31 har den lydelse som den har och kommunen kan därför inte bortse från att anbud ska vara undertecknade. Kommunen har ingen skyldighet att be anbudsgivare komplettera inlämnade anbud. Det är upp till kommunen att avgöra om begäran om komplettering ska göras eller inte. Vidare hade sådan komplettering i detta fall varit otillåten enligt LOU då det hade inneburit att Asfaltsbolaget getts möjlighet att ge in en helt ny handling, inte bara komplettera redan ingiven handling eller göra något mer enkelt förtydligande i ingivna dokument.

Kommunen har angett vilka som är avropsberättigade och beräknad volym under ramavtalstiden om 25 MSEK, se AFA.21. Denna volym kan då inte överskridas utan utgör taket för ramavtalet, totalt sett. Fiktiva mängder i mängdförteckningen är något annat och används för utvärdering, inte för att ange vilka avrop som kan bli aktuella. Det är tillräckligt att ett belopp anges, i det ligger också kvantitet. Det är inte möjligt att specificera kvantitet av enskilda avrop i en ramavtalsupphandling av denna typ. Att kommunen eventuellt ska utföra vissa arbeten i egen regi är inget som strider mot LOU men det ges som en klagörande upplysning till anbudsgivarna. Upphandlingsunderlaget strider inte mot LOU på sätt Asfaltsbolaget gör gällande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 20 kap. 6 § LOU anges att 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.

Av upphandlingsdokumentets punkt AFB.31 följer:

”Anbud ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter i föreskriven form. Till anbud ska bifogas ifyllt anbudsformulär. Anbudsformuläret anger samtliga uppgifter som anbudsgivare ska inge i anbud för att kunna antas.

Anbud ska vara skrivet på svenska språket och redovisas i svensk valuta (SEK) exklusive mervärdesskatt. Reglering till följd av kursändring mellan svensk och utländsk valuta medges inte. Tullar, importavgifter och varuskatter ska i förekommande fall vara inräknade i anbudet.

- Samtliga priser i mängdförteckning ska var för sig överstiga noll (0) kronor.
- Ett å-pris för ett större mängdintervall får inte vara högre än ett å-pris för ett mindre mängdintervall. Anbud ska lämnas via Tendsign. Avsaknad av fullständigt ifylld mängdförteckning medför att anbudet förkastas.
- Anbud ska vara undertecknat av behörig företrädare för anbudsgivaren.
- Anbud ska vara baserat på i mängdförteckningen upptagna kvantiteter. I prissatt mängdförteckning ska slutsumman överensstämja med anbudssumman. Om så inte är fallet är anbudsgivaren bunden av anbudssumman och å-priserna i den prissatta mängdförteckningen ska justeras jämnt (med samma procentsats) över samtliga priser.
- Avsaknad av fullständigt ifylld mängdförteckning medför att anbudet förkastas.”

Förvaltningsrättens bedömning

Av upphandlingsdokumentets punkt AFB.31 framgår att anbud ska vara undertecknat av behörig företrädare för anbudsgivaren. Formuleringen får anses utgöra ett obligatoriskt krav. Det är i målet ostridigt att Asfaltsbolagets anbud inte är undertecknat av behörig företrädare. Kommunen har enligt förvaltningsrättens mening därför haft fog för att förkasta Asfaltsbolagets anbud. Förvaltningsrätten anser inte att det har stått i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet.

Asfaltsbolaget har gjort gällande att upphandlingen brister i transparens och förutsebarhet då upphandlingsdokumentet är otydliga avseende kravet på underskrift samt beräknade volymer som kommer att avropas, och att upphandlingen därför ska göras om.

Förvaltningsrätten anser att det aktuella kravet i tredje stycket, tredje punkten AFB.31 om att anbud ska vara undertecknat av behörig företrädare för anbudsgivaren är tillräckligt tydligt även med beaktande av resterande formuleringar i AFB.31. De administrativa föreskrifterna, där AFB.31 återfinns, är en del av upphandlingsdokumentet. Som anbudsgivare har Asfaltsbolaget haft att uppfylla de obligatoriska krav som återfunnits i upphandlingsdokumentet, oavsett var de upptagits. Förvaltningsrätten anser inte att

kommunen haft någon skyldighet att begära en komplettering av Asfaltsbolaget då någon handling med undertecknande av behörig företrädare inte inkommit.

Vad gäller beräknade volymer som kommer att avropas finns i upphandlingsdokumenten angivet att kommunen inforrar anbud till ett årligt värde motsvarande 25 miljoner svenska kronor. Det finns vidare angett att SSAM, VEAB samt enskilda vägsamfälligheter som omfattas av kommunens samarbete är avropsberättigade på avtalet. Förvaltningsrätten anser att det därmed utifrån upphandlingsdokumentet får anses framgå att den volym kommunen uppgett om 25 miljoner kr är den totala volym som kommer att avropas och att det får anses tillräckligt tydligt.

Asfaltsbolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte visat att kommunen har genomfört upphandlingen i strid mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Asfaltsbolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



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 rättstillämpningen.
- 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.

