



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-06-03
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1266-16 E
1267-16 E

SÖKANDE

Avloppsservice Godén & Byström AB, 556799-1723
Svartåsen 343
835 91 Krokomb

Ombud: advokaten Mico Carlemår
Heilborns Advokatbyrå HB
Kyrkgatan 49
831 34 Östersund

MOTPARTER

1. Bräcke kommun
Box 190
840 60 Bräcke

2. Ragunda Kommun
Box 150
840 70 Hammarstrand

Ombud för 1 och 2: Linda Stenman

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 108288

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-46 06 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se	0611-51 18 20	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Bräcke kommun och Ragunda kommun (kommunerna) genomför upphandling av ledningsspolning VA-nät, (dnr 16/6). Upphandlingen avser entreprenad omfattande båda kommunerna och genomförs med öppet förfarande. Tilldelningsgrunden – som den anges i förfrågningsunderlaget – är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Av tilldelningsbeslut den 15 april 2016 framgår att det innan anbudstidens utgång kom in tre anbud vilka samtliga ansågs uppfylla kvalificeringskraven och övriga ställda krav enligt förfrågningsunderlaget inklusive bilagor. Vidare anges i tilldelningsbeslutet att tilldelningsgrunden är lägst pris, och att upphandlingen tilldelades Corvara Industri- och skadeservice AB (Corvara). Anbud från Reaxcer Miljö AB (Reaxcer) placerades på andra plats och anbud från Avloppsservice Godén & Byström AB (Avloppsservice) placerades på tredje plats.

YRKANDEN M.M.

Avloppsservice begär överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan den rättats på så sätt att anbuden från Corvara och Reaxcer förkastas och anbudet från Avloppsservice därmed antas som vinnare av upphandlingen. Avloppsservice anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § och 11 kap. 12 § LOU genom att kvalificera anbuden från Corvara och Reaxcer för utvärdering trots att dessa inte uppfyller kvalificeringskraven enligt förfrågningsunderlaget. Avloppsservice kan därmed komma att lida skada.

Beträffande Corvaras anbud kan i förfrågningsunderlagets punkt 4.9.1 utläsas att anbudsgivare ska hålla fordon och personal i beredskap för akuta uppdrag dygnet runt alla dagar i veckan under hela avtalsperioden. Fordon ska vara placerat så att den längsta inställetiden ska vara 90 minuter från

uppställningsplats. Därvid anges särskilt att anbudsgivaren ska tillhandahålla följande tjänst – akut spolning ska utföras med en inställetid på 90 minuter från ordinarie uppställningsplats. Corvara har i sitt anbud uppgett att man uppfyller kravet. Av Corvaras bilaga benämnd ”Bilaga organisation och tekniska resurser” framgår dock att Corvaras inställetid för akuta arbeten vardagar mellan 07.00 – 16.00 är max fyra timmar från att beställning kommit in. Corvara har således uppenbart reserverat sig i förhållande till krav avseende beredskap och inställetid och uppfyller således inte förfrågningsunderlagets ska-krav. Kommunerna har därmed brutit mot den grundläggande likabehandlingsprincipen.

Beträffande Reaxcer kan i förfrågningsunderlagets punkt 4.6 sammanfattningsvis utläsas att om anbudsgivaren avser anlita underentreprenörer ska detta anges i anbudet med uppgift om hur stor del av uppdraget som eventuellt kommer att utföras av underentreprenör. Samma krav som ställs på entreprenör ska gälla underentreprenör. Vidare anges att anbudsgivaren ska skriftligt avtala med underentreprenör om att beställarens krav ska uppfyllas, liksom att avtalet ska delges beställaren för kännedom. Reaxcer har i sitt anbud uppgett att man avser att driva detta uppdrag med underentreprenör, och därtill bifogat en organisationsplan för Reaxcer. Det föreligger inget skriftligt avtal mellan anbudsgivare och avsedda underentreprenörer, än mindre har sådana avtal, i enlighet med kravet i förfrågningsunderlaget delgetts beställaren. Av rättspraxis på området framgår att en anbudsgivare som åberopar underentreprenör har att bevisa att anbudsgivare förfogar över nödvändiga resurser. Såväl praxis som ska-krav i förevarande förfrågningsunderlag föreskriver att anbudsgivare som anlitar underentreprenör ska bifoga ett åtagande eller avtal som styrker förfogandet avseende efterfrågade resurser. Detta har inte gjorts i förevarande fall. Syftet med att ett sådant åtagande eller avtal ska bifogas anbudet är att den upphandlande myndigheten ska ha möjlighet att kontrollera att underentreprenören uppfyller de krav som ställs då samma krav vad avser anbudsgivaren också gäller un-

derentreprenör. Genom att låta Reaxcer kvalificera sig för utvärdering har kommunerna brutit mot den grundläggande likabehandlingsprincipen.

Kommunerna bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Avloppsservice anför att Corvaras anbud inte uppfyller kravet gällande inställetid då det i anbudet bifogats en bilaga i vilken det anges att inställetiden är max fyra timmar. I anbudet har Corvara markerat punkten JA i punkten 4.9.1. där leverantören garanterar att inställetiden är max 90 minuter. Kommunerna har begärt ett förtydligande varvid Corvara uppgett att det är deras aktiva JA-svar i anbudsformuläret som är det gällande för kravet om inställetid, och att texten från organisationsbeskrivningen är en mall. Kommunerna anser därmed att Corvara uppfyller kravet.

Reaxcer har valt att i denna upphandling åberopa andra leverantörers kapacitet. Det finns dock inte, vilket Avloppsservice påstår, något krav att ett bevis för att åberopa andra leverantörers kapacitet ska visas för den upphandlande myndigheten. Det är tillräckligt att de ekonomiska eller tekniska resurserna finns tillgängliga när avtalet ska fullgöras. Anbudsgivaren behöver därför inte bevisa att denne förfogar över resurserna vid tiden för ingivandet av anbudet, (se Kammarrätten i Stockholm mål nr 8202-09).

Sammanfattningsvis anser kommunerna att Corvara uppfyller kravet om inställetid. Vidare föreligger inget krav varken i gällande lagstiftning eller i rättspraxis att bevisning om att åberopa andra företags kapacitet ska uppvisas vid anbudsingivandet. Kommunerna har därmed inte brutit mot LOU.

Avloppsservice har härefter anfört bl.a. följande. Möjligheten för en upphandlande myndighet att begära förtydligande eller kompletteringar inskränker sig till att omfatta klargöranden av tidigare lämnade uppgifter eller komplettering i form av intyg eller bevis avseende redan lämnade uppgifter. Det får inte vara fråga om att tillföra anbudet nya sakuppgifter. Domstolarna

har i flera fall funnit att motstridiga anbudsuppgifter som innebär bristande ska-kravuppfyllelse varken kan läkas genom förtydligande eller komplettering (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2147-11, 2272-05, 1608-10, Kammarrätten i Stockholm mål nr 6530-12, 8441-08 och Kammarrätten i Jönköping mål nr 834-12). I förevarade fall utgör Corvaras förtydligande nya sakuppgifter och det är först genom förtydligande som anbudet skulle kunna anses uppfylla det obligatoriska kravet. Det av kommunerna nu aktualiserade förtydligandet utgör således även det ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Det är vidare kommunernas utformning av förfrågningsunderlaget som medför att skriftligt avtal, liksom delgivning av detsamma, samt angivande av andelen av uppdraget som eventuellt kommer att utföras av underentreprenör, ska anges i samband med ingivandet av anbudet. Utan att anbudsgivaren i samband med ingivandet av anbudet tillhandahåller det efterfrågade skriftliga avtalet mellan entreprenör och underentreprenör kan den upphandlande myndigheten inte avgöra huruvida anbudsgivaren uppfyller kvalificeringskraven. T.ex. kan den upphandlande myndigheten inte utan ett sådant avtal avgöra huruvida underentreprenören i fråga uppfyller ska-kravet att samma krav som ställs på entreprenören ska gälla underentreprenör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

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

efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget, punkt **4.6 Underentreprenörer** anger att:

”Avser Anbudsgivare att anlita underentreprenör ska detta anges i anbudet och uppgift om hur stor del av uppdraget om eventuellt kommer att utföras av underentreprenör. Underentreprenör får endast anlitas om beställaren skriftligt godkänner detta.

Underentreprenör godkänns i maximalt ett led.

Med underentreprenör jämställs företag i en företagsgrupp t.ex. lastbilscentral, bemanningsföretag eller liknande. Samma krav som ställs på entreprenören ska gälla underentreprenör.

Anbudsgivaren ska skriftligt avtala med underentreprenör om att beställarens krav ska uppfyllas. Avtalet ska delges beställaren för kännedom.

Anbudsgivare svarar för underentreprenör som för sig själv.”

Härefter ges utrymme för anbudsgivaren att i fritextsvar fylla i företagets namn, postadress, postnummer, ort, organisationsnummer telefonnummer, hemsida och e-postadress till den eller de underentreprenörer som avses användas.

Förfrågningsunderlaget, punkt **4.9.1 Beredskap** anger vidare:

”Utöver ovan nämnda tjänster ska Anbudsgivaren hålla fordon och personal i beredskap för akuta uppdrag dygnet runt, alla dagar i veckan under hela avtalsperioden.

Fordon ska vara placerat så att den längsta inställelsetiden ska vara 90 min från uppställningsplats.

Anbudsgivaren ska tillhandahålla följande tjänster:

- Akut spolning ska utföras med en inställelsetid på 90 min från ordinarie uppställningsplats.

---”

Under kravet anges frågan ”Uppfylls ovanstående krav? (Ja/Nej svar)”.

Corvara har svarat Ja på denna fråga.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Avloppsservice som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LOU eller unionsrättsliga principer.

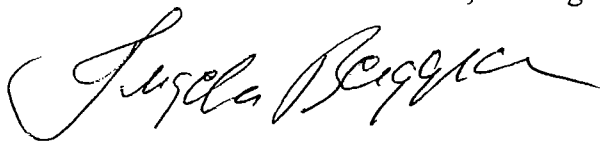
Avloppsservice har i målet gjort gällande att Corvaras anbud, som placerades på första plats och tilldelades upphandlingen, inte uppfyller ska-kravet avseende beredskap. Kravet innebär att fordons placering och inställetid för akut spolning ska vara längst 90 minuter. Corvara har genom ett kryss i en ruta i anslutning till kravet bekräftat att kravet uppfylls. Emellertid har Corvara till sitt anbud lämnat en bilaga angående organisation och tekniska resurser och i denna uppgett att inställetid för akuta arbeten vardagar mellan 07.00 – 16.00 är maximalt fyra timmar. Avloppsservice anser att denna uppgift i bilagan utgör en otillåten reservation. Kommunerna har med anledning av uppgiften i bilagan bett Corvara komma in med ett förtydligande och har därefter funnit att Corvara uppfyller kravet på beredskap.

Förvaltningsrätten konstaterar att frågan i denna del är om Corvaras anbud uppfyller ska-kravet avseende beredskap och inställelsetid, samt om kommunerna på ett otillåtet sätt berett Corvara möjlighet att justera sitt anbud efter anbudstidens utgång. Den information som lämnats är således dels ett uttryckligt ”ja” på frågan om kravet avseende beredskap och inställelsetid uppfylls, dels en redogörelse i en bilaga för Corvaras organisation och tekniska resurser, i vilken det anges att Corvara för akuta arbeten vardagar har en längre inställelsetid än den längsta tillåtna enligt ska-kravet i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att ett kryss i en ruta i direkt anslutning till det krav som ställs får anses ha företräde framför en allmänt hållen uppgift i en beskrivning över anbudsgivarens organisation. Att det i anbudet som helhet också lämnats en uppgift som inte direkt överensstämmer med det jakande svar som lämnats avseende visst krav, medför dock att den upphandlande myndigheten behöver säkerställa att anbudsgivaren verkligen avser att följa det krav som den upphandlande myndigheten ställt upp i just denna upphandling. Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får myndigheten begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. För att det ska vara fråga om ett förtydligande eller en komplettering krävs det att det redan lämnats vissa uppgifter. Det ska således inte vara fråga om helt nya uppgifter, eller utbyte av redan befintliga uppgifter, utan snarare en konkretisering av existerande information. Mot bakgrund av vad som sagts ovan om Corvaras svar i form av ett kryss i rutan för ”ja” i direkt anslutning till det ifrågavarande kravet, anser förvaltningsrätten att det är fråga om ett sådant förtydligande av en redan lämnad uppgift, som den upphandlande myndigheten kan inhämta utan att konkurrensen snedvrids. Vad Avlopps-service anfört medför därför inte att det kommit fram att kommunerna i denna del brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan grundläggande princip för offentlig upphandling.

Redan i och med att det inte förelegat grund för kommunerna att utesluta anbudet från Corvara kan konstateras att Avloppsservice, som placerats på tredje plats vid utvärderingen, inte riskerat att lida skada med anledning av hur kommunerna genomfört upphandlingen. Det föreligger då inte grund för ingripande mot upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid också att inte heller Avloppsservice invändning mot anbudet från Reaxcer avseende hur anlitaandet av underentreprenörer redogjorts för i anbudet, medför att det kommit fram att kommunerna brutit mot likabehandlingsprincipen. Det framgår inte annat än att kravet att anbudsgivaren genom avtal med eventuell underentreprenör ska säkerställa att beställarens krav uppfylls är ett sådant krav som ska vara uppfyllt senast vid avtalsstart, för det fall att anbudsgivaren tilldelas kontraktet. Sammantaget har Avloppsservice mot vad kommunerna anfört i denna del avseende Reaxcer inte visat att kommunerna brutit mot LOU. I enlighet med vad som angetts ovan föreligger inte grund för ingripande mot upphandlingen och ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Ingela Berggren
rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.