



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Anna Aktermo

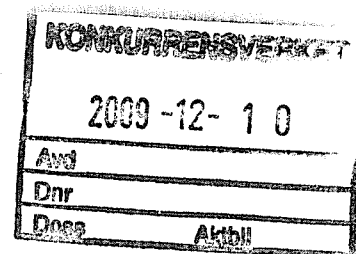
DOM
2009-12-09
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10894-09 E

SÖKANDE

EnAir Ventilation AB, 556783-4626
Box 10025
200 43 Malmö

Ombud: Mikael Jönsson
c/o Exitör AB
Rotgatan 1
232 37 Arlöv

**MOTPART**

AB Helsingborgshem
Box 3055
250 03 Helsingborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår EnAir Ventilation AB:s ansökan om ingripande enligt
LOU.

Dok.Id 248713

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDE M.M.

AB Helsingborgshem genomför upphandling avseende utbyte av FTX-aggregat (från- och tilluftsaggregat) till lägenheter. Upphandlingen, som avser en byggtreprenad under tröskelvärde, genomförs genom ett förenklat förfarande. Gunnar Karlson Sverige AB har i beslut den 22 oktober 2009 tilldelats kontraktet.

EnAir Ventilation AB (EnAir), vars anbud inte utvärderades av AB Helsingborgshem, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

AB Helsingborgshem bestrider yrkandet.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 3 november 2009 förordnat att i målet aktuell upphandling inte får avslutas innan annat beslutats.

De administrativa föreskrifterna

De administrativa föreskrifterna innehåller i relevanta delar följande:

Punkt AFB.311: *Huvudanbud ska anges helt i enlighet med förfrågningsunderlaget.*

Punkt AFB.33: *Anbudsgivare är bundna av sitt anbud till den 21 december 2009.*

Punkt AFB.5: "Anbudsprövning"

Anbudsprövningen kommer att ske i tre steg.

- a) *Granskning av att anbud kommit in i tid och är kompletta. Annars beslutas om eventuell komplettering eller förtydligande. Kompletteringar och förtydliganden skall vara skriftliga.*
- b) *Prövning av att anbudsgivare uppfyller kraven under AFB.51*
- c) *Utvärdering av kvarvarande anbud med beräkning av poäng och viktning enligt AFB.52.*

*Anbud som inte uppfyller ställda krav i steg a och b enligt ovan samt övriga krav i förfrågningsunderlaget kommer inte att gå vidare för prövning i efterföljande steg.
Beställaren kan komma att kalla en eller flera anbudsgivare för presentation av sitt anbud.*

Punkt AFB.52: "Prövning av anbudsgivare"

*Anbudsgivaren kommer att uteslutas om denne är dömd för brott enligt 10 kap § 1 och kan komma att uteslutas om man är föremål för omständigheterna under LOU 10 § 2.
I anbudsformuläret ska anbudsgivaren intyga med markering i kryssruta att han är fri från hinder enligt denna punkt. ..*

Leverantören skall ha teknisk förmåga, erfarenhet och resurser för att genomföra rubricerade tjänster.

Detta redovisas i anbudsformuläret eller bilaga till detta genom:

- *Uppgift om erfarenhet, resurser och kapacitet inom företaget*
- *Förteckning över minst två referensuppdrag utförda inom de fem senaste åren avseende liknande uppdrag med uppgift om värde, typ av uppdrag och uppdragets komplexitet.*

Parternas argumentation

EnAir:

EnAirs anbud har uteslutits från värdering på felaktiga och ej objektiva grunder. Det anbud EnAir lämnat är betydligt mer fördelaktigt än de utvärderade anbuden och om anbudet hade utvärderats är sannolikheten att det skulle ha vunnit upphandlingen stor. Anbudet har lämnats in i tid och är komplett i förhållande till förfrågningsunderlaget. Enligt den muntliga redovisningen om grunderna för uteslutningen som EnAir erhållit berodde denna på följande:

1. att EnAir hänvisat till ABT 94 istället för ABT 06 som är angivet i förfrågningsunderlaget,
2. att EnAir angett en avvikande offerttid, 60 dagar, istället för det som definieras i förfrågningsunderlaget,
3. att de av EnAir uppgivna referensobjekten saknar ekonomiskt värde,

4. att EnAir är ett relativt nystartat bolag som inte betalt in några sociala avgifter,
5. att EnAir underlåtit att beskriva den tänkta organisationen för uppdraget samt
6. att EnAir underlåtit att bekräfta att man inte är dömd för brott enligt 10 § 1 och 10 § 2 LOU.

Punkterna 1 och 2: Förfrågningsunderlaget innehåller definitioner av vilka generella villkor som ska gälla samt hur länge anbudet ska vara gällande. EnAir har vid framställandet av anbudet använt en befintlig anbudsmall som innehöll felaktiga referenser. EnAir har lämnat in anbudet fullt medvetet om, och med avsikten att följa, det som är definierat i förfrågningsunderlaget. EnAir hade annars inte lämnat något anbud. En anbudsgivare är skyldig att följa de villkor som upphandlaren ställt i förfrågningsunderlaget. Punkterna 1 och 2 är därmed inte grund för uteslutning. Det rör sig om uppenbara felskrivningar från EnAirs sida.

Avseende punkt 3 så har EnAir redovisat tre stora referensobjekt som till sin omfattning är både tekniskt komplicerade och ekonomiskt omfattande, vilket klart framgår av de beskrivna referenserna. Denna lista har kompletterats med en referenslista på personer som kan bekräfta teknisk och yrkesmässig kompetens. Att EnAir inte uppgett det ekonomiska värdet är i sig inte grund för uteslutning då syftet med detta krav bör vara att fastställa leverantörens tekniska kompetens och erfarenhet.

Avseende punkt 4 är det faktum att en anbudsgivare är ett nystartat bolag inte en grund som kan användas för uteslutning. Det skulle innebära en diskriminerande hantering av anbudsgivare. Upphandlaren fick, om upphandlaren inte ansåg att det redovisade materialet avseende EnAirs ekonomiska ställning hade belysts tillräckligt tydligt, begära en komplettering avseende detta. Den 13 oktober 2009 har AB Helsingborgshem kontaktat

EnAir och ställt vissa kompletterande frågor avseende EnAirs kapacitet och tekniska förmåga att hantera 130 lägenheter före årsskiftet samt avseende EnAirs organisation och sätt att arbeta.

Avseende punkt 5 så har EnAir beskrivit den tänkta organisationen för uppdraget. Det aktuella uppdraget avser inte något komplicerat projekt utan snarare av cirka 360 ganska små jobb i form av 360 lägenheter som ska få sina respektive ventilationsaggregat utbytta under en ganska lång tidsperiod. De krav som Helsingborgshem hänvisar till är inte ställda i relation till den reella omfattningen av det upphandlande projektet.

Avseende punkt 6 anser EnAir att det inte föreligger något tydligt skallkrav på att denna information ska redovisas. Övriga skall-krav är tydligt framhävda i texten med fet och kursiv stil. Den aktuella formuleringen i anbudsförfrågan säger att man med ett kryss i kryssruta ska intyga att man är fri från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. EnAir har genom begärda intyg visat att det inte föreligger hinder enligt § 2. I 10 kap. 1 § anges att den upphandlande myndigheten, om det finns grundad anledning att anta att en leverantör kommer att uteslutas enligt denna grund, har rätt att begära att leverantören visar att grund för uteslutning saknas. Någon sådan förfrågan har inte ställts från upphandlaren och det föreligger ingen grund för ett sådant antagande. Vidare så har det i förarbetena till LOU angetts att kontroll av 10 kap. 1 § LOU inte ska ske regelmässigt utan endast när det finns fog att anta att en leverantör kan komma att uteslutas. EnAir anser inte att avsaknaden av denna information utgör grund för uteslutning eftersom ingen av EnAirs företrädare utgör hinder enligt denna punkt.

AB Helsingborgshem:

Det är inte tillåtet att bortse från de skall-krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Den av EnAir redovisade bakgrunden till varför bolagets anbud inte gått vidare till utvärdering kan i allt väsentligt vitsordas.

Punkts 1: AB Helsingborgshem anser inte det är av ringa betydelse om man i entreprenaden avser att följa ABT 06 eller ABT 94. Detta eftersom det för den aktuella upphandlingen gällande administrativa föreskrifter enligt inledning till nämnd handling, ansluter till AMA AF 07 (Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för byggnads- anläggnings- och installationsentreprenader) vilka i sin tur är anpassade till ABT 06. Eftersom det förekommer skillnader i de olika utgåvorna av ABT är det viktigt att alla anbudsgivare utgår från samma förutsättningar vid framtagandet av sina anbud. I kvalificeringsfasen har AB Helsingborgshem bedömt att EnAir inte följt de administrativa föreskrifternas AFB.311 där det anges att huvudanbud ska anges helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Någon möjlighet för den upphandlande myndigheten att dra egna slutsatser att anbudsgivaren menar något annat än vad som skrivs i anbudet ger inte gällande lagstiftning utrymme för. En upphandlande myndighet kan begära kompletteringar och förtydliganden av ett anbud om det kan ske utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning. Detta får dock göras endast på upphandlarens initiativ och ska tillämpas restriktivt. Uppenbara fel i anbud kan rättas till. AB Helsingborgshem anser inte att det förelåg ett uppenbart fel som fick rättas till.

Punkt 2: Den upphandlande myndigheten ska ange till vilken dag anbudet ska vara bindande. AB Helsingborgshem har i de administrativa föreskrifterna under AFB.33 angett att anbudet ska vara giltigt t.o.m. den 21 december 2009. EnAir har i sitt anbud angett att anbudet gäller i 60 dagar. Utgår man från det datum som anbudet är daterat, den 20 september 2009, är anbudet giltigt t.o.m. den 19 november 2009, en giltighetstid som är mer än 30 dagar kortare än vad som angetts i förfrågningsunderlaget. AB Helsingborgshem har inte haft anledning att utgå från att detta är en felskrivning utan betraktar det som ett avsteg från de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Punkt 3: EnAir är ett nystartat bolag. I EnAir:s anbud finns inte någon redovisning av företagets erfarenhet, resurser och kapacitet för att genomföra installation av de i upphandlingen aktuella FTX-aggregaten. Eftersom de lämnade referensuppdragen hänför sig till en tidpunkt då EnAir inte fanns är det ytterst relevant att anbudsgivaren i sitt anbud visar vilken koppling som finns mellan referensuppdragen och det nystartade bolaget. Någon sådan redovisning finns inte i EnAir:s anbud. Detta gör att AB Helsingborgshem inte kan fastställa vilken teknisk förmåga och erfarenhet anbudsgivaren har.

Punkt 4: Att EnAir är nystartat utgör inte grund för att bolagets anbud inte har gått vidare till utvärdering. Eftersom AB Helsingborgshem vid anbudsprövningen bedömt att anbudet inte skulle gå vidare till utvärderingen fanns ingen anledning att begära in bevis på anbudsgivarens ekonomisk och finansiella förmåga.

Punkt 5: Eftersom EnAir inte redovisat något om sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet gällande erfarenhet, resurser och kapacitet kan AB Helsingborgshem inte bedöma företagets förmåga att klara av entreprenaden. Den redovisade blanketten SKV 4820 visar att inga skatter och avgifter betalats sedan bolaget startade den 4 juni 2009 och det visar att företaget inte har någon egen kapacitet att utföra aktuellt uppdrag. I uppdraget ingår att installera 130 aggregat under 2009. Därför är det viktigt att kunna bedöma vilka resurser EnAir förfogar över. EnAir framför att det rör sig om en mindre entreprenad. Då det totalt sett handlar om ca 10 miljoner kr är det inte AB Helsingborgshems uppfattning att det är en mindre entreprenad, allra minst för ett nystartat bolag. En Air har helt riktigt beskrivit en organisation i sitt anbud. Denna organisationsbeskrivning är avsedd för utvärderingsfasen och därmed inte relevant att ta hänsyn till i kvalifice-

ringsfasen. I kvalificeringsfasen prövas företaget som helhet och dess förmåga att uppfylla kvalificeringskraven.

Punkt 6: EnAir har inte uppfyllt det uppställda kravet att styrka/bekräfta att de är fria från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Oavsett om det står ska eller skall och hur detta är markerat i texten kan inte den upphandlande myndigheten bortse från vad man skrivit i förfrågningsunderlaget. I det anbudsformulär som EnAir valt att inte använda finns en kryssruta att använda för att intyga att man är fri från hinder enligt denna punkt. Under AFB.31 framgår att anbudet ska innehålla de uppgifter som finns i anbudsformuläret. Då EnAir valt att inte använda sig av anbudsformuläret kunde man istället valt att skriftligt intyga att man är fri från detta hinder, något EnAir inte gjort. Upphandlande myndighet är skyldig att följa 10 kap. 1 § och får använda sig av 10 kap. 2 § LOU. AB Helsingborgshem anger i förfrågningsunderlaget att man kommer att använda sig av rätten att utesluta företag som inte är fria från hinder enligt 10 kap. 2 § LOU. Något hinder mot detta kan inte utläsas av förarbetena. EnAir anför att bolaget genom begärda intyg visat att man är fri från hinder enligt 10 kap. 2 § LOU. När det gäller exempelvis punkten 3 i 10 kap. 2 § framgår det inte av ingivet intyg i form av blanketten SKV 4820 att hinder enligt denna punkt inte föreligger.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 12 § andra stycket LOU anges att myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning

Såvitt kan utläsas av AB Helsingborgshems yttrande har EnAir uteslutits från att delta i utvärderingen i nu aktuell upphandling med hänvisning till

- a) att bolaget i sitt anbud angett en annan anbudstid än den som anges i förfrågningsunderlaget,

- b) att bolaget i sitt anbud hänvisat till ABT 94 och inte till ABT 06,

- c) att bolaget inte visat att bolaget uppfyller kravet vad avser teknisk förmåga, erfarenhet och resurser att genomföra uppdraget samt

- d) att bolaget inte har uppfyllt kravet att intyga att bolaget är fritt från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU.

Anbudstiden

I de administrativa föreskrifterna anges i punkten AFB.33 att anbudsgivare är bunden av sitt avtal till den 21 december 2009. Att anbud ska vara bindande till detta datum framgår även anbudsformuläret. I anbudet från EnAir daterat den 20 september 2009 uppger bolaget att dess anbud är gällande i 60 dagar. Frågan är om kravet utgör ett obligatoriskt och ovillkorligt krav, ett s.k. skall-krav, eller utgör ett utvärderingskriterium. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 20 mars 2009 i mål 6338-08 funnit att ett krav på att anbuden ska vara bindande i två månader från anbudsstopp, vilket hade angetts i förfrågningsunderlaget till i det målet aktuell upphandling under rubriken "Administrativa villkor", inte utgjorde ett skallkrav. Länsrätten gör samma bedömning i detta mål. Kravet på att anbudsgivare ska vara bundna av sitt anbud till den 21 december 2009 kan inte anses utgöra ett obligatoriskt och ovillkorligt krav. Grund för att utesluta

EnAir med hänvisning till vad bolaget angett avseende hur länge bolaget är bundet av sitt anbud föreligger således inte.

ABT

Av den del av förfrågningsunderlaget som kallas rambeskrivning, luftbehandling framgår av försättsbladet att upphandlingen avser en totalentreprenad enligt ABT 06. I de administrativa föreskrifterna föreskrivs vidare på ett flertal ställen om tillägg och ändringar i förhållande till ABT 06. I EnAirs anbud uppger bolaget att man inkommer med offert enligt rambeskrivning. I anbudet anges dock i sista stycket "I övrigt enligt ABT 94". Länsrätten anser inte att det kan anses ha ålegat AB Helsingborgshem att genom förfrågan reda ut vad EnAir menat med sin hänvisning till ABT 94. Då EnAirs anbud därmed inte kan anses ha lämnats i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget är anbudet på denna grund att betrakta som orent, vilket redan det innebär att AB Helsingborgshem haft fog för att förkasta anbudet.

Egenintyg

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudssökande som inte uppfyller kraven under AFB.51 samt övriga krav i förfrågningsunderlaget inte kommer att gå vidare till utvärdering. Kraven under AFB.51 utgör således skall-krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Under AFB.51 anges bl.a. att anbudsgivaren i anbudsförmuläret ska intyga med markering i kryssruta att han är fri från hinder enligt punkten, med vilket måste förstås enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Det är ostridigt att EnAir inte har intygat att bolaget är fritt från sådana hinder, vare sig genom markering i kryssruta eller på annat sätt. EnAir har därmed inte uppfyllt ställt krav. Ett krav på att anbudsgivare ska intyga sig vara fria från hinder enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU kan enligt länsrättens bedömning inte anses vara oproportionerligt.

2009 -12- 0 9

Teknisk förmåga, erfarenhet och resurser för att genomföra rubricerade tjänster

Under AFB.51 anges vidare, såvitt här nu är aktuellt, att leverantören ska ha *teknisk förmåga, erfarenhet och resurser* för att genomföra rubricerade tjänster. Vidare anges hur redovisning i anbudsformuläret, eller bilaga till anbudsformuläret, ska ske för att visa att anbudsgivaren har detta. Av handlingarna i målet framgår att EnAir endast delvis har inkommit med i förfrågningsunderlaget angiven redovisning. EnAir kan därmed inte heller anses ha visat att bolaget uppfyller uppställt skall-krav på teknisk förmåga, erfarenhet och resurser för att genomföra rubricerade tjänster, ett skall-krav som inte heller kan anses vara oproportionerligt.

Länsrättens bedömning är således att AB Helsingborgshem haft grund för att inte utvärdera EnAirs anbud då EnAir dels lämnat ett orent anbud, dels inte uppfyllt ställda skall-krav.

EnAirs ansökan om ingripande enligt LOU ska vid angivna förhållanden avslås.

Särskild upplysning

Länsrättens interimistiska beslut av den 2 november 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Anders Granholm



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

