



KONKURRENSVERKET	
2015 -01- 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Erlandsson Bygg i Väst AB, 556351-9163

Ombud: Advokaterna Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 21 november 2014 i mål nr 10384-14

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

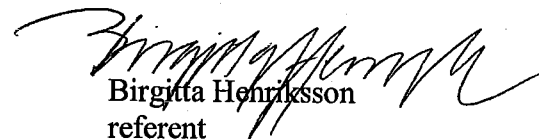
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).


Göran Bodin


Birgitta Henriksson
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2014-11-21
Meddelad i
Göteborg

Autos B

Sida 1 (10)

Mål nr
10384-14

SÖKANDE

Erlandsson Bygg i Väst AB, 556351-9163
Box 9252
400 96 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 298296

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Halland (regionen) genomför en ramavtalsupphandling av Fastighetsunderhåll 2015 inom olika kategorier, varav bl.a. byggnadsarbeten, dnr RU140097. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande.

I tilldelningsbeslut den 26 september 2014 angav Region Halland att Skanska Direkt AB (Skanska) valts som ramavtalsleverantör avseende byggnadsarbeten fastighetsgrupp F; samtliga fastigheter i Kungsbacka kommun. Erlandsson Bygg i Väst AB:s (bolagets) anbud förkastades.

YRKANDEN M.M.

Ansökan

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. Till stöd för ansökan anförs i huvudsak följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att två anbudsgivare gav in anbud avseende byggnadsarbeten inom fastighetsgrupp F, bolaget och Skanska. Det framgår vidare att bolagets anbud förkastades och att Skanskas antogs. Bolaget har genom kontakt med Regionen fått ett muntligt besked om att anbudet förkastats på grund av att bolaget av förbiseende inte kryssat för om ett av de angivna referensobjekten avsett ombyggnad under pågående verksamhet. Vid samtalet framgick dock tydligt att regionen förstått att bolaget, genom de uppgifter som lämnats i anbudet, faktiskt uppfyller detta skall-krav.

Bolaget har i sitt anbudsformulär redovisat tre referensobjekt för företaget. Referensobjekt 1 "Ombyggnad av Apotek/Vårdcentral Särö" med starttid maj 2011 och slutförandetid juni 2012 är utfört för regionen och avsåg ombyggnad under pågående verksamhet. Bolaget har dock, av förbiseende,

missat att kryssa i något av alternativen "ja" och "nej" avseende om objektet avsåg ombyggnad under pågående verksamhet. Bolaget har dock angett att arbetena avsåg ombyggnation av befintliga lokaler, vilket normalt innebär ombyggnation under pågående verksamhet.

Enligt förfrågningsunderlaget efterfrågas även referensprojekt för nyckelpersoner. Avseende nyckelperson 2 har bolaget angett samma referensobjekt som ovan, dvs. Ombyggnad av Apotek/Vårdcentral i Särö för beställaren regionen. I denna referens har bolaget kryssat i rutan "ja" och på så sätt bekräftat att den aktuella ombyggnaden skett under pågående verksamhet. Det framgår således av bolagets anbud att samtliga tre referensobjekt avser ombyggnad under pågående verksamhet. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på att rutan "ja" måste vara ikryssad, varför det är tillräckligt att de efterfrågade uppgifterna kan utläsas på annat sätt av anbudet. Bolagets anbud innehåller således samtliga efterfrågade uppgifter och uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget.

Även om det skulle anses finnas ett ovillkorligt krav att kryssa i Ja-rutan för att ange att respektive referensobjekt avsett ombyggnad under pågående verksamhet menar bolaget att det står i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud på denna grund. Detta då det faktiskt framgår av bolagets anbud att det aktuella kravet är uppfyllt och regionen även haft vetskap om detta i egenskap av beställare av uppdraget i fråga. Hur man ska tillämpa proportionalitetsprincipen framgår av EU-domstolens praxis, där det bl.a. fastslagits att bedömningen ska göras i tre steg. Kammarrätten i Stockholm har bl.a. funnit att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud som inte uppfyller ett uppställt "skall-krav" i den mån kravet inte fyller någon nämnvärd funktion i den situation som uppkommit. I svensk doktrin har även konstaterats att en uppgift som diskvalificerar en leverantör rimligen måste vara av inte oväsentlig betydelse, vilket även konstaterats i Kammarrätten i Jönköpings

dom den 18 augusti 2014 i mål 897-14. Det görs därför ofta en skillnad mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär. I den mån det kan anses finnas ett krav på kryss i Ja-rutan är ett sådant krav av ordningskaraktär som saknar betydelse ur konkurrenshänseende, vilket enligt doktrin inte ska innebära att ett anbud förkastas. Att myndigheten benämnt ordningskravet som ett "skall-krav" bör därför inte medföra ett förkastande per automatik.

Om det skulle anses utgöra ett fel i bolagets anbud att det inte kryssat i rutan har regionen en skyldighet att låta bolaget rätta till detta. Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta en anbudsgivare att rätta en uppenbar felskrivning. Det kan missuppfattas som att detta är en fakultativ bestämmelse, men det framgår av förarbetena till den gamla upphandlingslagen att så inte är fallet. Bolaget kontaktade regionen och upplyste om felet i bolagets anbud, men regionen har trots detta inte tillåtit någon rättelse. Det har givetvis varit uppenbart för regionen att det varit fråga om ett misstag från bolagets sida. En ombyggnation har antingen skett under pågående verksamhet eller inte, något annat alternativ finns inte. Regionen har därmed haft en skyldighet att analysera situationen och i vart fall ge bolaget tillfälle att rätta felet genom att inkomma med besked om referensobjektet avsett ombyggnad under pågående verksamhet eller inte.

Sammanfattningsvis uppfyller bolagets anbud samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, men har trots det förkastats. Om bolagets anbud hade tagits med i utvärderingen skulle dess anbud ha vunnit kontraktet. Bolaget har lämnat ett billigare timpris och entreprenadarvode än Skanska, vilket sammantaget leder till att bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med lägst totalpris. Bolaget skulle dessutom ha fått 10 poäng avseende utvärderingskriteriet Uppdragsorganisation – Nyckelpersoner, vilket skulle ha lett till ett avdrag på anbudspriset om 575 000 kr, vilket kan

jämföras med Skanska som fick 8 poäng och ett motsvarande avdrag om 460 000 kr. Bolaget har således lidit skada. Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen hänför sig till kvalificeringsfasen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd.

Regionens inställning

Regionen anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Bolaget uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget (prövning av anbudsgivarens lämplighet). Kravet stadgar att anbudsgivare ska ha tre referensobjekt avseende ombyggnad under pågående arbeten. I anbudsformulär på sid 2 har bolaget underlåtit att intyga att arbetet avser ombyggnation under pågående verksamhet. Regionen har inte heller förstått av texten att referensen avser ett pågående arbete.

Om det skulle anses framgå av bolagets anbud att det obligatoriska kravet är uppfyllt så skulle det ändå strida mot likabehandlingsprincipen att godta det. Praxis ger vid handen att vid bedömningen av tilldelning av kontrakt baserade på anbud med, ytligt sett och i efterhand, bagatellartade och för upphandlingsresultatet totalt ovidkommande brister i många fall ansetts strida mot LOU. Regionen håller inte helt med bolagets tolkning av praxis. I ett av målen fanns det dessutom en skiljaktig mening från referenten i målet.

Det ifrågavarande krysset kan inte heller anses oväsentligt, utan har uppställts som ett förtydligande från anbudsgivaren att ställda krav uppfylls. Regionen har således inte handlat i strid mot proportionalitetsprincipen. Det som bolaget anför om rätt till rättelse på grund av uppenbart fel är inte korrekt. Att underlåta att tillåta en rättelse av felskrivning strider inte mot

LOU. Upphandlande myndighet har ingen skyldighet att vidta sådana åtgärder.

Bolaget bortser i sin argumentation från att en upphandlingsprocess består av flera steg. I anbudsformulär hänförligt till leverantörsbedömningen (punkten AFB.52) har bolaget underlåtit att intyga att uppdraget avser ombyggnad under pågående verksamhet. Bolagets anbud kvalificerades därför inte till fortsatt utvärdering enligt punkten AFB.53.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 5 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 § LOU).

Av förarbetena framgår att bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och att kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras (prop. 2006/07:128 s. 377).

Utredningen

I punkten AFB.52 (prövning av anbudsgivares lämplighet) i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbudsgivare ska ha tre referensobjekt avseende ombyggnad under pågående verksamhet. Referensobjekt ska avse sådana objekt där verksamhetens egen personal och allmänheten berörs av arbeten (exempel: vårdinrättningar, mottagningar, kontor för myndigheter och förvaltningar).

I punkten AFB.31 anges bl.a. att anbud ska avges på bifogat anbudsformulär och att anbudet kan komma att förkastas om begärda uppgifter saknas.

I punkten AFB.53 (prövning av anbud) anges hur utvärderingen av anbudet ska ske; utvärderingen görs bl.a. utifrån angivna timersättningar och entreprenörarvoden i kombination med antagna mängduppgifter för arbetstimmar, samt kostnader för material och underentreprenörer enligt bilaga 12. Detta resulterar i en "Anbudssumma", från vilken avdrag görs enligt bl.a. uppgifter om uppdragsorganisation avseende "Nyckelpersoner", som avser offererad uppdragsorganisation med namngivna nyckelpersoner för uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har blivit utesluten från den aktuella upphandlingen med motiveringen att det inte uppfyller samtliga skall-krav i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget, som anger att anbudsgivare ska ha tre referensobjekt avseende ombyggnad under pågående verksamhet.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets s.k. skall-krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska pröva anbudet.

Bolaget gör i första hand gällande att det framgår på annat sätt av dess anbud att skall-kravet är uppfyllt, i andra hand att det strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget enbart för att det missat att kryssa i en ruta i anbudsformuläret och i tredje hand att regionen varit skyldig att låta bolaget komplettera sitt anbud.

Det anges i punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget att anbud ska lämnas genom bifogat anbudsformulär och att det kan förkastas om det saknas begärda uppgifter. I anbudsformuläret finns, avseende skall-kravet i punkten AFB.52, två rutor där anbudsgivaren ska kryssa i ja eller nej på frågan om kravet är uppfyllt. Genom att inte kryssa i någon av rutorna för ett av sina tre lämnade referensobjekt har bolaget underlåtit att lämna en uppgift som efterfrågas. Av bolagets uppdragsbeskrivning avseende referensobjektet i fråga framgår inte heller mer än att det avser en ombyggnad och renoivering av befintliga lokaler för vårdcentral och apotek "Särö" under tiden maj 2011- juni 2012, där regionen är beställare. Det kan enligt förvaltningsrättens mening inte utläsas av denna beskrivning att aktuellt skall-krav är uppfyllt.

Bolaget hänvisar vidare till referensobjekten avseende bolagets nyckelpersoner längre fram i anbudet och uppger att ombyggnaden av apotek Särö även utgör referensobjekt 3 för nyckelperson 2, för vilken det angetts att kravet på ombyggnad under pågående verksamhet är uppfyllt. Uppgifterna

om nyckelpersonerna har dock lämnats enligt instruktioner i punkten AFB.53 som avser utvärdering av anbud, vilket bolagets anbud inte kvalificerat sig till. Det var därför riktigt av regionen att bortse från uppgifter i denna del av bolags anbud. Det kan dock även konstateras att det inte lämnats samma objektsbeskrivning eller genomförandetid för ombyggnaden i referensobjektet enligt AFB.52 som enligt AFB.53, varför det inte med säkerhet kan utläsas att det är fråga om samma ombyggnad. För att inte likabehandlingsprincipen ska åsidosättas måste det framgå av anbudet att skall-kraven är uppfyllda, varför det saknar betydelse om regionen haft möjlighet att internt ta reda på om kravet är uppfyllt eller inte.

Med hänsyn till att det, enligt vad som anförts ovan, inte framgår av bolagets anbud att kravet i punkten AFB.52 är uppfyllt saknas anledning att närmare gå in på frågan om det skulle kunna anses vara oproportionerligt att endast godta att kravet är uppfyllt genom att kryssa i ja-rutorna i anbudsformuläret.

Slutligen kan konstateras att regionen inte har någon skyldighet enligt 9 kap. 8 § LOU att låta bolaget komplettera sitt anbud. I praxis har det även ansetts strida mot likabehandlingsprincipen att efter anbudstidens utgång ge en anbudsgivare tillfälle att komplettera anbudet med uppgifter som erfordras för att samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 maj 2012 i mål nr 872-12).

Förvaltningsrätten finner mot den angivna bakgrunden att bolaget inte har visat att upphandlingen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan ska därför avslås.

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



Ola Norbäck

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Gabriella Fossum.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.