



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Antonia Eriksson

DOM
 2019-11-06
 Meddelad i Falun

Mål nr
 4185-19

SÖKANDE

SVEAB Anläggning AB, 556431-8458

Ombud: Dennis Lundquist
 Box 3085
 169 03 Solna

MOTPART

Gävle kommun

Ombud: Claes Mårtensson
 c/o Gävle kommun, sektorn Livsmiljö Gävle
 801 84 Gävle

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 11 06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår SVEAB Anläggning AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 262456

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00		måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gävle kommun genomförde upphandlingen ”Ny lokalgata och GC-väg Kungsbäck”, projektnummer 28510, genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Den 21 augusti 2019 fattas tilldelningsbeslut varvid en annan leverantör än SVEAB Anläggning AB antogs som vinnande leverantör.

SVEAB Anläggning AB (SVEAB) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits genom att utvärderingen görs om utan beaktande av vinnande leverantörs anbud. SVEAB anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Vinnande leverantörs anbud innehåller en otillåten reservation eftersom anbudet förutom en anbudssumma även innehåller en lista med timpriser. Kommunen har därmed agerat i strid mot LOU genom att utvärdera anbudet och att anta leverantören.

I upphandlingsdokumenten finns inte stöd för att anbuderna ska innehålla timpris- eller å-prislista. I AFB.31 regleras vad anbuderna skulle innehålla. Någon timpris- eller å-prislista finns inte uppräknat där och första meningen kan inte tolkas så att den skulle innebära ett krav på att timpriser ska lämnas, särskilt eftersom det under meningen finns en detaljerad punktlista av vad anbud ska innehålla. I punkten AFC.611 i de administrativa föreskrifterna regleras hur entreprenören ska ersättas för ändringsarbete, tillkommande arbete respektive avgående arbete (ÄTA-arbeten). I första hand ska ersättningen baseras på å-priser (underförstått de å-priser som anbudsgivarna lämnar i mängdförteckningen). I andra hand ska ersättningen utgöras av ett fast pris. I tredje hand ska ersättning utgå enligt självkostnadsprincipen i AB 04 kap. 6 § 9. Vidare anges att entreprenörarvode ska utgå med 12 respektive 8 procent.

Den vinnande leverantören skriver att bolaget erbjuder sig att utföra rubricerad entreprenad enligt förfrågningsunderlaget samt ”enligt nedanstående” till angiven anbudssumma. Trots att upphandlingen inte avser ÄTA-arbeten så är leverantören med stöd i standardavtalet AB 04 emellertid skyldig och berättigad att utföra sådana arbeten. Det innebär att upphandlingen avser såväl kontraksarbeten som eventuella ÄTA-arbeten. Den omständigheten att vinnande leverantör har lägsta anbudspris saknar betydelse.

Alla reservationer som innebär att anbudsgivares anbud avviker från villkoren i förfrågningsunderlaget är otillåtna och ska rätteligen medföra att anbudet utesluts från vidare utvärdering. En korrekt tillämpning av LOU skulle ha medfört att vinnande leverantörs hela anbud skulle ha blivit kontraktshandling. Även om villkoren i förfrågningsunderlaget skulle tolkas på ett sådant sätt att det inte föreskrivs att anbudsgivarnas hela anbud skulle komma att utgöra kontraktshandling så är det fråga om en otillåten reservation. Anbudet är därför orent och ska förkastas. Till följd av Gävle kommuns agerande har SVEAB frångått möjligheten att erhålla kontrakt och därmed lidit skada.

Gävle kommun anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Anbudsgivarna ska i anbudet bland annat ange ett totalpris i svenska kronor. SVEAB påstår att vinnande leverantör genom att ange en timprislista har gjort en otillåten reservation vad avser upphandling av eventuella tillkommande ändrings- och tilläggsarbeten (ÄTA-arbeten). Upphandlingen avser emellertid inte ÄTA-arbeten utan det är fråga om en upphandling av ifrågavarande lokalgata för vilket bland annat ett totalpris ska lämnas. Den vinnande leverantören har lämnat ett totalpris som har varit det överlägset lägsta priset. Att vinnande leverantör också har angett en timprislista är således inte en otillåten reservation. I de administrativa föreskrifterna anges under första meningen i AFB.31 att ”samtliga priser i

mängdförteckningen, timpriser och à-priser ska var för sig överstiga noll (0 sek)". I den därefter följande listan över vad anbud ska innehålla tog kommunen bort punkten gällande timprislistan, men glömde också att ta bort ordet timpriser i första meningen. Det har alltså inte varit tydligt i förfrågningsunderlaget att timpriser inte ska anges i samband med anbudet. Kommunen anser det därmed vara ursäktligt att vinnande leverantör har angivit timprislistan.

Varken kommunen, vinnande leverantör eller SVEAB har haft skäl för att uppfatta den angivna timprislistan som en sådan otillåten reservation som kan inverka på anbudssumman. Ersättningen för ÄTA-arbeten beskrivs i de administrativa föreskrifterna men det är inte ÄTA-arbeten som kommunen har upphandlat. I AFB.611 regleras enbart upplysningsvis att ÄTA-arbeten inte får utföras förrän uppgörelse om prisregleringsmetod har träffats. Det förhållande att vinnande leverantör har redovisat timpriser medför inte någon påverkan på vilken prisregleringsmetod som kommer att användas. Timprislistan är således utan betydelse i det avseendet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad SVEAB har anfört är visat att Gävle kommun har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att SVEAB har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § och 20 kap. 6 § LOU samt RÅ 2009 ref. 69).

Relevanta delar av upphandlingsdokumentet

I AFB.31 anges följande.

Anbuds form och innehåll

Samtliga priser i mängdförteckning, timpriser och å-priser ska var för sig överstiga noll (0) SEK.

Anbud skall innehålla.

1. Anbudet ska lämnas som ett totalpris i svenska kronor.
2. Prissatt mängdförteckning. Beställarens kalkylblad i **excel**.
3. Redovisning av entreprenörens kvalitets- och miljösystem.
4. Referensobjekt av liknande arbeten, avser personer i arbetsledande ställning.
5. Entreprenörens projektorganisation, ansvarig arbetsledare, arbetsmiljöansvarige BAS-U, miljöansvarig, kvalitetsansvarig och ombud.
6. Uppgift om vem som besvarar förfrågningar angående anbudet inkl. e-post och telefonnummer.
7. Om kompletteringar har skickats ut (KF) skall även anbudet ange hur många KF man tagit del av.
8. Till vilken tilldelningsbeslut ska skickas. Tilldelningsbeslut kommer att meddelas via e-post, varför uppgift om anbudsgivarens e-postadress skall anges om det är annan person än den som svarar på frågor.

I AFC.61 anges följande.

Ersättning för ÄTA-arbeten

Ändringar och tilläggsarbeten får ej utföras förrän uppgörelse om prisregleringsmetod har träffats.

För ändring och tilläggsarbeten beräknas ersättningen i första hand enligt AB 04 kap 6 § 6 (å-priser).

I andra hand skall överenskommelse om fast pris träffas.

I tredje hand skall reglering ske enligt AB 04 kap 6 § 9 (löpande räkning).

Entreprenörarvodets storlek enligt kapitel 6 § 9 ska vara 12 % på kostnader enligt punkterna 1-4 och 6-7. På kostnader enligt punkt 5 ska entreprenörarvodet vara 8 %.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten kan konstatera att vinnande leverantör i sitt anbud bl.a. har angett att de erbjuder sig att ”enligt nedanstående utföra rubricerade till en totalkostnad av [...]” och har därefter angett en anbudssumma.

Förutom en totalkostnad har vinnande leverantör även angett en lista med à-priser. I målet är ostridigt att listan med à-priser avser ersättning för ÄTA-arbeten. SVEAB har gjort gällande att vinnande leverantör genom att bifoga en sådan lista i anbudet har gjort en otillåten reservation och därmed lämnat ett orent anbud.

En upphandlande myndighet ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dem lika förutsättningar. I enlighet med denna princip får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget (se bl.a. HFD 2016 ref. 37). EU-domstolen har slagit fast att det med hänsyn till principen om likabehandling krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse av anbudena. Detta skulle inte uppfyllas om anbudsgivare tilläts avvika från grundläggande bestämmelser i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag för de fall då dessa bestämmelser uttryckligen ger denna möjlighet (mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, punkt 37 och 40). Ett anbud som innehåller sådana avvikelser, i form av förbehåll eller reservationer, är därmed att betrakta som orent och ska förkastas.

Av AFB.31 framgår bl.a. att anbudet ska lämnas som ett totalpris i svenska kronor. Av upphandlingsdokumentet framgår i AFC.611 att ändringar och tillägsarbeten inte får utföras förrän uppgörelse om prisregleringsmetod har träffats. Det framgår vidare att för sådana arbeten beräknas ersättningen i första hand enligt AB 04 kap 6 § 6 (à-priser), i andra hand ska en överenskommelse om fast pris träffas och i tredje hand ska reglering ske enligt AB 04 kap 6 §9 (löpande räkning). Förvaltningsrätten anser att det tydligt framgår av dokumentet att uppgörelse om prissättningsmetod kommer att göras vid ett senare tillfälle och att frågan därmed inte är aktuell redan vid anbudsutvärderingen. Att den vinnande leverantören har

formulerat att den erbjuder sig att ”enligt nedanstående utföra” en entreprenad, och därefter har redovisat en lista med à-priser av ÄTA-arbeten, utesluter enligt förvaltningsrättens bedömning inte en uppgörelse om någon av de andra prisregleringsmetoder som anges i AFC.611. Att vinnande leverantörs anbud innehåller en à-prislista kan därför inte anses vara ett otillåten reservation som innebär att anbudet är orent.

Således har Gävle kommun inte agerat i strid mot LOU genom att ha antagit anbudet ifråga. SVEAB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Sebastian Hallman
förvaltningsrättsfiskal



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 rätts-tillämpningen.
- 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.

