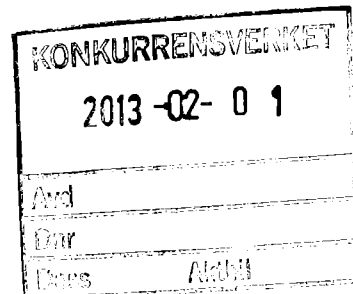




KLAGANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
Sjöallén 20
432 44 Varberg

Ombud: Martin Ahlström
Skanska Sverige AB
Juridik
405 18 Göteborg



MOTPART

Varbergs Fastighets AB, 556082-0705
432 80 Varberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 31 oktober 2012 i mål nr 11391-12, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; nu fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

YRKANDEN M.M.

Skanska Sverige AB återkallar sin talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Ann-Marie Holmstedt
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-10-31
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
11391-12 E
Enhet 2:1

Sida 1 (12)

AB12

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud: Bolagsjuristen Martin Ahlström
Skanska Sverige AB
Stab Juridik
405 18 Göteborg

MOTPART

Varbergs Fastighets AB, 556082-0705
432 80 Varberg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 170287

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

Varbergs Fastighets AB (bolaget) genomför en öppen upphandling avseende ombyggnad av Väröbackaskolan, Hus B. Upphandlingen omfattar fem olika delentreprenader, däribland en byggentreprenad.

Av beslut den 13 september 2012 framgår att bolaget valt att teckna avtal med SEFA Byggnads AB avseende byggentreprenaden. Vid anbudstidens utgång hade fem anbud lämnats in. Anbudet från *Skanska Sverige AB* (Skanska) har vid utvärderingen hamnat på fjärde plats.

YRKANDEN M.M.

Skanska ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbuden från SEFA Byggnads AB (SEFA), NCC Construction Sverige AB (NCC) och Turessons Bygg AB (Turesson) vid en ny utvärdering förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Skanska åberopar följande grunder till stöd för sin talan.

Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU eftersom bolaget har kvalificerat anbud, trots att dessa inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skalkrav.

Vidare strider upphandlingen mot 1 kap. 9 § LOU eftersom bolaget har kvalificerat ett s.k. orent anbud, som rätteligen borde ha förkastats. För det fall bolagets beslut att kvalificera anbuden från SEFA, NCC och Turesson anses korrekt brister förfrågningsunderlaget i kravet på transparens då det i förfrågningsunderlaget inte tydligt angetts vad bolaget tillmäter särskild

betydelse. Detta har fått till följd att upphandlingen inte har konkurrensut-satts på ett korrekt sätt.

Bolagets agerande har medfört att Skanska har lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom de primära fel som bolaget har begått inte har skett i det konkur-rensuppsökande skedet är rättelse på sätt föreslagits den mest lämpliga och minst ingripande åtgärden.

Utveckling av talan

Bolaget genomför en upphandling avseende en utförandeentreprenad rörande ombyggnad och mindre tillbyggnad av Väröbackaskolan. Tilldelningsgrunden är lägsta pris.

Bolaget har antagit anbudet från SEFA och kvalificerat anbudet från NCC och Turesson trots att dessa anbud inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav.

Enligt AFB.221 i AF-delen består förfrågningsunderlaget bl.a. av Teknisk beskrivning. I koden BCS.11 Väderskyddsanordningar vid arbete för hus i Teknisk beskrivning anges följande. "Arbetena ska säkras mot väderpåverkan. Entreprenören ska i sitt anbud redovisa vilka åtgärder som vidtas för att skydda material, färdigt arbete, personal och känsliga arbetsmoment från negativ väderpåverkan".

Varken SEFA, NCC eller Turesson har lämnat ett anbud som uppfyller skalkravet i BCS.11 då anbudet inte innehåller föreskriven redovisning.

Anbudet från dessa leverantörer skulle därför rätteligen ha förkastats då anbudet inte uppfyller de kriterier som uppställs i förfrågningsunderlaget.

Turesson har dessutom i sitt anbud angett bl.a. följande.

"Sanering av plastmatta med asbest i gymnastiksal ingår.

Övrig sanering av asbest/PCB ingår inte.

Ev. jordschakt samt inläggning av makadam i kryppgrund ingår ej.

Enl. ritning K12 och K13 finns betongtak i gymnastiksal, rivning av detta ingår inte då de är tveksamma till att det finns i verkligheten".

Ovan angivna uppgifter angående vilket arbete som ingår och inte ingår utgör en reservation i förhållande till upphandlingen. Reservationerna innebär att Turessons haft andra förutsättningar att lämna ett lägre anbudspris.

Turessons anbud innehåller alltså otillåtna reservationer, vilket har medfört en överträdelse av de grundläggande principerna och särskilt av likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund av ovan skulle därför Turessons anbud rätteligen ha förkastats även på denna grund då anbudet är att betrakta som ett s.k. orent anbud.

Skanska har lämnat ett anbud som uppfyller angett skallkrav vad gäller väderskyddsanordningar. Att Skanska har offererat ett avancerat väderskyddssystem som uppfyller aktuellt skallkrav har givetvis påverkat Skanskas anbudspris. För det fall det skallkrav som Skanska redogör för inte ska förstås på så sätt Skanska har uppfattat det brister förfrågningsunderlaget i transparens, vilket har inneburit att Skanska inte har getts möjlighet att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet. Skanska har alltså kunna lämna ett billigare anbudspris för det fall Skanska inte hade tvingats att hänsyn till detta skallkrav. Detta har i så fall fått till följd att upphandlingen inte har konkurrensutsatts på ett korrekt sätt.

Sammanfattningsvis

Bolaget har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skallkrav. Bolaget har vidare inte förkastat två andra anbud som rätteligen borde ha förkastats då anbuden inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skallkrav samt att ett anbud innehåller otillåtna reservationer. Detta har fått till följd att Skanska har eller kan komma att lida skada. Anledningen härtill är att Skanska har lämnat det anbud som hade fjärde lägsta pris i upphandlingen. Skanskas anbud skulle därmed rätteligen ha tilldelats upphandlingskontraktet.

För det fall bolagets beslut att acceptera anbuden från SEFA, NCC och Turessons anses korrekt brister förfrågningsunderlaget och upphandlingen i kravet på transparens då bolaget inte har tydligt angett i förfrågningsunderlaget vad bolaget tillmäter särskild betydelse. Detta har fått till följd att Skanska har lidit eller kan komma att lida skada då Skanska inte haft möjlighet att veta vad bolaget tillmäter särskild betydelse. Skanska har därmed frångått möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Bolaget anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Skanska hävdar att anbudet från SEFA och övriga två anbud rätteligen borde ha förkastats eftersom anbuden inte innehållit begärd redovisning av väderskydd. Det kan konstateras att även det anbud som inkommit från Tage och Söner i Varberg AB saknar uppgift om den efterfrågade beskrivningen av väderskydd.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna lämna efterfrågade uppgifter genom att fylla i ett anbudsformulär. Någon fråga om väderskydd eller rivningsprocess fanns inte upptagen i anbudsformuläret. Sådan fråga återfinns i den tekniska beskrivningen, men har i enlighet med hur anbuds-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

formuläret har utformats inte ställning av ett s.k. skallkrav. Inte heller anbudsformuläret kan i sig sägas uppfylla kravet på s.k. skallkrav eftersom den upphandlande myndigheten förbehållit sig rätten att bedöma anbudsformulärets innehåll, vilket i sig kan utgöra en grund för osäkerhet, men om den upphandlande myndigheten behandlat anbuden likartat torde det inte föreligga anledning till ett ingripande från domstolens sida.

Bolaget har inte förkastat något anbud, utan valt att utvärdera samtliga. Om domstolen finner anledning till ett ingripande ser bolaget att detta kan ske endast genom att upphandlingen görs om.

Skanska har i yttrande gjort bl.a. följande tillägg.

Det kan konstateras att parterna är överens om att det i förfrågningsunderlaget i och för sig ställs krav på anbudsgivaren att denne i sitt anbud ska redovisa vilka åtgärder som vidtas för att skydda material, arbete, personal m.m. och att SEFA, NCC och Turesson inte uppfyller detta krav.

Såvitt får förstås gör bolaget gällande att eftersom anbudsformuläret inte ger utrymme för någon redovisning av väderskyddsåtgärder så har kravet i Tekniska beskrivningen inte ställning av ett s.k. skallkrav. Skanska tillbakavisar detta. Ett skallkrav är ett skallkrav alldeles oavsett på vilken plats det anges i förfrågningsunderlaget. Att det i det förtryckta föreskrivna anbudsformuläret inte uttryckligen anges att viss uppgift skall redovisas saknar betydelse. Ett motsatt synsätt för med sig egendomliga upphandlingsrättsliga konsekvenser och innebär ett åsidosättande av såväl likabehandlingsprincipen som principen om transparens/förutsebarhet. Det skallkrav som uppställs i förfrågningsunderlaget är tydligt och det kan inte missförstås vad som efterfrågas. Kravet är även rimligt och adekvat, särskilt med tanke på den årstid som den planerade byggnationen ska äga rum.

Under alla förhållanden (dvs. oaktat parternas skilda uppfattningar kring betydelsen av anbudsformulärets utformning vid bedömningen av huruvida ett skallkrav föreligger) ger anbudsformuläret utrymme för redovisning av de föreskrivna uppgifterna. Av Administrativa föreskrifter, AFB.31, framgår bl.a. att anbud ska avfattas enligt anbudsformulär. Vidare anges i samma kod att är anbudsformuläret inte till alla delar ifyllt eller begärda uppgifter utelämnade kan anbudet komma att förkastas. Skallkravet om att en anbudsgivare i sitt anbud ska redovisa bl.a. väderskyddsåtgärder är rimligen att förstå som en sådan av bolaget begärd uppgift som åsyftas i AFB.31. Anbudsformuläret ger också utrymme för redovisning av i förfrågningsunderlaget begärda uppgifter genom att på sidan 2 i formuläret ställa upp en bilageförteckning. Skanska har redovisat sitt väderskydd genom att just bilägga redovisningen till Skanskas ifyllda anbudsformulär.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantör på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt

för att varje leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget, punkten AFB.31 *Anbuds form och innehåll*, framgår bl.a. att anbudet skall avfattas enligt bilagt anbudsformulär. Vidare anges att om anbudsformuläret inte till alla delar är ifyllt eller om begärda uppgifter är utelämnade kan anbudet komma att förkastas. I anbudsformuläret ska anbudsgivaren bl.a. intyga att entreprenaden kommer att utföras i full överensstämmelse med i Administrativa föreskrifter angivet förfrågningsunderlag.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som anges i lagstiftningen och att en leverantör till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets s.k. skallkrav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Skallkrav och förfrågningsunderlagets utformning

Skanska gör gällande att anbuden från SEFA, NCC och Turesson inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget uppställt krav på redovisning av väderskydd och för det fall detta inte är att anse som ett skallkrav att förfrågningsunderlaget är otydligt.

Skallkrav

Av förfrågningsunderlaget, Administrativa föreskrifter – AFB.31 *Anbudsform och innehåll*, framgår tydligt och klart att anbudet ska avfattas enligt bilagt anbudsformulär samt vad som efterfrågas och vad som ska redovisas i anbudet. Något krav på att redovisa vilka åtgärder som kommer att vidtas för att väderskydda material m.m. följer inte av denna punkt.

De administrativa föreskrifterna avseende anbudsform och innehåll äger företräde framför övriga handlingar i förfrågningsunderlaget. Krav som inte innefattas i punkten AFB.31 har därför inte heller karaktären av skallkrav i upphandlingen. Följaktligen avses med *begärda uppgifter* sålunda endast sådana efterfrågade uppgifter som uttryckligen framgår av nämnda punkt eller av anbudsformuläret. Redovisning av väderskyddsåtgärder är inte en sådan begärd uppgift, varför en sådan redogörelse sålunda inte heller utgör ett skallkrav i upphandlingen.

Att en redovisning av väderskyddsåtgärder inte utgör ett skallkrav i upphandlingen innebär dock inte att sådana åtgärder inte ska vidtas av entreprenören under entreprenadtiden. Detta följer av att anbudsgivaren i anbudsformuläret ska intyga att *entreprenaden* kommer att *utföras* i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget, varav den Tekniska beskrivningen utgör en del och vari anges att arbetena ska säkras mot väderpåverkan (BCS.11). En redogörelse av väderskyddsåtgärder är inte en del av utförandet av entreprenaden.

Det har sålunda inte uppstått en konkurrensfördel för någon anbudsgivare av den anledningen att det inte är ett skallkrav att redovisa planerade väderskyddsåtgärder då kravet på att vidta sådana åtgärder i allt fall kvarstår. Några närmare anvisningar om vad som efterfrågas i en sådan redogörelse har inte heller lämnats i Teknisk beskrivning. Med hänsyn härtill och då

tilldelningsgrunden i upphandlingen är lägsta pris saknar innehållet i en redovisning av väderskyddsåtgärder även betydelse i upphandlingen.

Förfrågningsunderlagets utformning

Även om förfrågningsunderlaget hade kunnat vara mer genomtänkt vad avser klarhet och tydlighet får det ändå anses vara så klart och tydligt utformat att alla rimligt informerade och normalt ansvarsfulla leverantörer har haft möjlighet att på samma sätt tolka vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och tillmäter betydelse vid upphandlingen samt förstå hur utvärderingen ska gå till. Utformningen av förfrågningsunderlaget har inte inneburit att Skanska fråntagits möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och har inte heller fått till följd att upphandlingen inte har konkurrensutsatts på ett korrekt sätt.

Sammanfattningsvis konstateras att Skanska på nu åberopade och bedömda grunder inte har visat att bolaget har agerat i strid med LOU genom att kvalificera anbudet från SEFA, NCC och Turesson eller att förfrågningsunderlaget har sådana brister att kravet på transparens och likabehandling inte är uppfyllt. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför i denna del.

Reservationer

Skanska gör gällande att anbudet från Turesson är orent då det innehåller reservationer och att anbudet därför bort förkastas.

LOU saknar specifika bestämmelser avseende reservationer. Likabehandlingsprincipen kräver dock att samtliga anbud som utvärderas ska uppfylla kraven som ställs i upphandlingen för att en objektiv jämförelse mellan anbudet ska kunna garanteras. Reservationer eller förbehåll är då inte möjliga.

De anteckningar i anbudet från Turesson som avser sanering får anses vara endast en hänvisning till förfrågningsunderlaget och dess redovisning av miljöstörande avfall som finns i bilagan "Rivningsinventering/Miljöstörande avfall", dvs. påträffat miljöstörande avfall innefattas i offererat anbudspris medan upptäckter av ytterligare miljöstörande avfall inte omfattas av offererat anbudspris, utan som i förekommande fall faller inom ramen för ÄTA-arbeten. I dessa delar får Turessons anbud anses inte orent på sätt Skanska gör gällande. Turesson har i sitt anbud erbjudit sig att utföra arbetet i överensstämmelse med de administrativa föreskrifterna. Vad Turessons antecknat i sitt anbud får i nu aktuella delar anses vara en hänvisning till förfrågningsunderlaget och inte utgöra några egentliga reservationer.

Däremot får Turessons anteckning "*Enl. ritning K12 och K13 finns betongtak i gymnastiksal, rivning av detta ingår ej då vi är tveksamma till att det finns i verkligheten*" uppfattas som en begränsning av rivningsarbeten. Anteckningen får därmed betraktas som en sådan inskränkning eller reservation som medfört att kraven i förfrågningsunderlaget frångåtts och att bolaget därigenom saknat möjlighet att göra relevanta bedömningar mellan de angivna anbuden. Därvid har särskilt beaktats att det har ålegat entreprenören att själv undanröja nämnda tvivel genom att själv informera sig om bl.a. eventuella hinder och dylikt som kan påverka entreprenadens genomförande och även genom besök på plats informera sig om omfattningen av rivning och demontering, jfr Teknisk beskrivning – Bygg, punkten *BBC Undersökningar O D*. Förfrågningsunderlaget i övrigt ger inte stöd för annat än att fråga är om betongtak i gymnastiksalen. Turessons anbud borde därför inte ha medtagits i utvärderingen.

Sammanfattning

Bolaget har genom att kvalificera anbudet från Turesson till utvärdering, trots att anbudet inte uppfyllt alla krav som ställts i upphandlingen, brutit mot den grundläggande principen om likabehandling. Anbudet från Turesson hade därför rätteligen bort förkastats. En förutsättning för att besluta om åtgärder enligt LOU är emellertid även att överträdelsen har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. En utvärdering utförd i enlighet med det ovan sagda innebär att Skanska skulle hamna på tredje plats. Skanska har då inte lidit eller kan komma att lida skada till följd av bolagets felaktiga förfarande. Skanskas ansökan ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.