



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2013-10-07
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
4371-12 E

SÖKANDE

Züblin Scandinavia AB, 556671-6378
Box 7017
170 07 Solna

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall



Ombud: Advokaten Stefan Gustavsson och jur.kand. Victoria von Uexküll
Box 55555
102 04 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 61952

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför upphandling av byggentreprenad avseende "Selångersån, Kaj – södra sidan totalentreprenad". I tilldelningsbeslut den 17 december 2012 har kommunen beslutat att anta NCC som leverantör.

Züblin Scandinavia AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny utvärdering genomförs efter att anbud nr 3 från NCC förkastats. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. NCC har inte lämnat något huvudanbud, vilket är ett krav i förfrågningsunderlaget, utan endast sidoanbud med alternativa utföranden. Kommunen har låtit NCC:s anbud delta i utvärderingen trots att anbudet inte uppfyllt alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därefter tillåtit NCC att komplettera sitt vinnande anbud vilket strider mot likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen samt 9 kap. 8 § LOU. Slutligen har NCC villkorat omfattningen av sitt åtagande avseende pålning med att ytterligare fördjupad teknisk undersökning ska göras. Reservationer i anbudet är endast tillåtna om de är prissatta. NCC:s reservation är inte prissatt och anbudet borde därför ha förkastats. Bolaget har lidit eller kan antas ha lidit skada av de angivna bristerna då bolagets anbud vid utvärderingen var det som placerades näst efter anbud nr 3 från NCC och således skulle ha vunnit kontraktet om NCC:s anbud hade förkastats.

Enligt punkt AFB.311 i de för upphandlingen gällande administrativa föreskrifterna ska huvudanbud alltid anges och erbjudas helt enligt förfrågningsunderlaget. Huvudanbud som inte innehåller de begärda upplysningarna kan komma att förkastas. Enligt AFB.312 får sidoanbud, dvs. anbud med alternativa utföranden anges separat. Prissättning ska då ske så att

jämförelse kan göras med huvudanbudet. Anges inte sidoanbud så att det kan utvärderas mot huvudanbud kommer anbudet att förkastas.

Enligt det utförande som anges i förfrågningsunderlaget, och som alltså huvudanbudet ska överensstämja med, ska kajen och Olof Palmes Torg grundläggas med pålar. I Handling 07.4 "Anmälan och beslut för vattenverksamhet i Selångersån", som är en del av förfrågningsunderlaget framgår på ett antal ställen att pålning är förutsedd. I beslutet sidan två andra stycket anges "Uppförande av ny anläggning i vattnet: - Pålkaj med krönbalk". Vidare anges "När den befintliga kajen är riven kommer nya injekterade stålrörspålar att borrar ner längs kajlivet. Betongpålar kan bli aktuella i arbetsområdets nedersta delar kring Fisktorget. På de nya pålarna kommer en krönbalk att läggas, vilken kläs med granit". Det i förfrågningsunderlaget angivna utförandet inkluderar således att kajen och Olof Palmes terrass ska pålas. NCC har emellertid inte i något av sina anbud erbjudit en entreprenad som innefattar pålning. NCC:s anbud omfattar i stället endast spontning som grundläggningsmetod. I den ursprungliga utförande beskrivningen ("Kortfattad beskrivning av utförande av byggande av Selångerskajen Södra sidan") anges endast spontning som grundläggningsmetod för kajen – "en spont slås för ny kaj". För Olof Palmes Torg nämns inget alls om grundläggning. Bland de resurser som avses användas nämns spontningsmaskiner men inte pålningsmaskiner. I tidplanen som finns fogad till anbudet finns endast spontning upptagen. Spontning och pålning är två olika grundläggningsmetoder. Pålning är typiskt sett mer kostsamt. NCC har genom utformningen av sitt anbud inte åtagit sig att påla, vilket gör att man kunnat lämna ett lägre anbudspris än konkurrenterna. NCC skulle, i vart fall med det ursprungliga anbudet, haft rätt till tillkommande ersättning utöver anbudssumman. Eftersom inget av NCC:s anbud innefattar pålning avviker de från utförandet enligt förfrågningsunderlaget. Det innebär att alla NCC:s anbud är sidoanbud med alternativa utföranden. NCC har således inte lämnat något huvudanbud, vilket alltså är ett krav

enligt de administrativa föreskrifterna. Anbud nr 3 borde således ha förkastats. Genom att ändå låta anbud nr 3 delta i utvärderingen har kommunen brutit mot principerna om likabehandling och öppenhet. NCC:s anbud kan betraktas som ett anbud med alternativt utförande, dvs. med spontning i stället för pålning. Eftersom grundläggning med pålning emellertid är ett grundläggande krav i upphandlingen, och därmed ett sådant minimikrav som ett sidoanbud måste uppfylla för att få utvärderas enligt 6 kap. 9 § fjärde stycket LOU, får anbudet inte heller i detta fall utvärderas.

Det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att grundläggning ska utföras genom pålning. Det är inte tillräckligt att endast beakta NCC:s allmänna påstående om uppfyllande av alla krav i förfrågningsunderlaget när det finns andra uppgifter i förfrågningsunderlaget som är motstridiga. I AFB .31 i de administrativa föreskrifterna anges under punkt 1 att ”Att anbud *skall* lämnas med följande uppgifter”, varefter en uppräknning av obligatoriska uppgifter följer under punkterna 1.1 - 3.0. Enligt punkt 2.1 ska lämnas bl.a. ”Beskrivning av metoder och utföranden av grundläggning av kaj” samt ”Planerade resurser maskiner och hjälpmedel” lämnas in. Kommunen har därmed uppställt krav på att metoder och utföranden samt resurser som entreprenören avser använda ska redovisas i utförandebeskrivningen. Enligt punkt 2.3 ska lämnas ”Förslag till genomförandetidplan för alla delarna tillsammans. Tidplanen skall göras på aktivitetsnivå. (Ex Pålning, Schakt, Kantsten, Betongarb, VA)”. Kommunen har således ställt krav på att de arbeten som entreprenören avser utföra ska framgå av tidplanen. NCC har i sin ursprungliga utförandebeskrivning redovisat att man avser att grundlägga kajen med spont, och inte nämnt något om pålning. Spontningsmaskiner nämns som resurser men inte pålningsmaskiner. NCC visar i sin tidplan att man kommer att sponta. Det är därmed uppenbart att NCC inte planerat att påla. När man granskar NCC:s beskrivning ”spontning för kaj” samt tidsplanen där det visas spont, hammarband och förankringsstag efterföljt av betongarbeten, helt utan pålning, framgår tydligt att

det är en spontkaj som offereras. De arbetsmoment som redovisas i beskrivningen och tidsplanen utförs helt enkelt inte vid pålning, och NCC har tydligt offererat helt andra tekniska lösningar än de som framgår av de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Såväl utförandebeskrivningen och tidsplanen visar därmed att NCC kommer att leverera en s.k. ”spontkaj”, vilket är ett avsteg från förfrågningsunderlaget. NCC har således inte uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget på att lämna uppgifter som styrker att pålning kommer att ske. NCC kan inte anses ha uppfyllt kravet på pålning enbart för att man i sitt anbud gjort ett allmänt och svepande påstående om att entreprenaden ska utföras enligt förfrågningsunderlaget. Frågan om NCC:s åtaganden enligt anbudet i sin helhet överensstämmer med det som kommunen efterfrågar i förfrågningsunderlaget bör avgöras mot hela anbudets innehåll. I NCC:s anbud finns motstridiga uppgifter om pålning. Enligt vedertagna entreprenadsrättsliga tolkningsprinciper kommer inbörden av ett sådant anbud anses överensstämma med de specificerade uppgifterna, som tar över det allmänna påståendet. Om kommunen hade accepterat NCC:s ursprungliga anbud hade avtalsinnehållet således blivit ett åtagande om spontning och inte pålning. NCC hade kunnat begära tillkommande ersättning om pålning ändå hade utförts.

En anbudsgivare kan inte läka uppgifter som strider mot krav i förfrågningsunderlaget genom att samtidigt intyga att alla krav är uppfyllda. Innehållet i de tjänster NCC åtagit sig att leverera i anbudet motsvarar inte det tjänsteinnehåll som kommunen efterfrågat i förfrågningsunderlaget och uppfyller inte uppställda krav. Det borde därför inte ha antagits. Enligt rättspraxis ska en upphandlande myndighet vid sin bedömning av om kraven är uppfyllda inte nöja sig med att konstatera att en anbudsgivare i sitt anbud uppgett att samtliga krav i förfrågningsunderlaget accepteras. I vart fall inte om det finns andra uppgifter i anbudet enligt vilka det kan bedömas om visst krav är uppfyllt eller inte (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 maj 2012 i mål nr 6690-11 och 6691-11).

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras endast om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU innebär att det lämnas kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga men som har ett samband med de redan lämnade uppgifterna i anbudet. Det är dock inte tillåtet att genom komplettering tillföra helt nya uppgifter som inte finns i det ursprungliga anbudet. Av utvärderingsprotokollet framgår att NCC på begäran "förtydligat" sin utförandebeskrivning. I den "förtydligade" utförandebeskrivningen framgår att NCC lagt till att pålning kommer att utföras avseende kajen och Olof Palmes torg. I det ursprungliga anbudet anges för kajen att "en spont slås för ny kaj". I förtydligandet står det "Spont *och pålar* slås för ny kaj". I det ursprungliga anbudet nämns inget om pålar avseende Olof Palmes torg. I "förtydligandet" har en textrad lagts till om "Terrass vid Olof Palmes torg grundläggs på pålar. Påltyp och antal pålar bestäms efter en fördjupad geoteknisk undersökning". NCC:s ursprungliga utförandebeskrivning innehöll inga uppgifter om pålning. Den nya utförandebeskrivningen utgör således inte en precisering av tidigare lämnade uppgifter utan innebär att helt nya uppgifter lämnats. Det är alltså fråga om en komplettering och inte om ett förtydligande som kommunen har angett i tilldelningsbeslutet. Det framstår som uppenbart att den aktuella kompletteringen har syftat till att korrigera en brist och för att NCC därmed skulle uppfylla det obligatoriska kravet på att inge ett huvudanbud. En sådan komplettering, som avses korrigera bristande uppfyllelse av ett obligatoriskt krav och som innehåller helt nya uppgifter i förhållande till det ursprungliga anbudet, är inte tillåten enligt LOU. Skulle kompletteringen godtas medför den i realiteten att NCC fått möjlighet att sänka sitt pris då pålning är en dyrare grundläggningsmetod än spontning. I och med att NCC låter pålning ingå efter kompletteringen till samma pris som tidigare sänks i praktiken priset relativt innehållet i den erbjudna entreprenaden.

Kommunen kände till samtliga anbudspriser i samband med begäran av kompletteringen. Den aktuella kompletteringen innebär således risk för en konkurrenssnedvridning. Den omständigheten att kommunen begärt komplettering visar på att den ansåg att anbudet i ursprungligt skick inte omfattade pålning och att detta måste åtgärdas innan kontrakt tecknades för att kommunen skulle slippa betala för extra pålning.

NCC:s ”förtydligande” innehåller därutöver en icke-prissatt reservation, vilket enligt förfrågningsunderlaget borde ha medfört att anbudet förkastades. Att kommunen ändå låtit anbudet delta i utvärderingen strider mot principerna om likabehandling och öppenhet. NCC har i sin nya utförandebeskrivning angett att ”Terrass vid Olof Palmes torg grundläggs på pålar. Påltyp och antal pålar bestäms efter en fördjupad geoteknisk undersökning”. Med NCC:s skrivning ingår inte all erforderlig pålning i anbudet, utan NCC villkorar åtagandet med vad som framkommer vid nya geotekniska undersökningar, medan förfrågningsunderlaget kräver att antalet pålar och påltyp ska grundas på av beställaren redan utförda undersökningar och ingå i anbudspriset. Enligt Handling 06.4 ”Rambeskrivning konstruktion del 1,2 och 3”, avsnitt 15 Grundkonstruktioner, ska kajen och terrass vid Olof Palmes Torggrundläggas med pålar, ”förutsättningar enligt utförd geoteknik”. Denna skrivning innebär att erforderlig pålning för terrassen ska ingå i anbudet och vara baserad på av beställaren redan utförda geotekniska undersökningar. NCC har alltså i anbudets nya lydelse villkorat omfattningen av åtagandet avseende pålning med ytterligare fördjupad teknisk undersökning. Detta innebär en avvikelse från förfrågningsunderlaget och utgör således en reservation. Reservationer ska enligt AFB.31 punkt 2.2. i de administrativa föreskrifterna vara prissatta. Att anbud lämnas komplett i enlighet med AFB.31 är enligt AFB.51 vidare en förutsättning för att anbudsgivare ska kunna antas. Eftersom NCC:s reservation inte är prissatt borde anbud nr 3 i vart fall förkastas av denna anledning. Den omständig-

heten att kommunen ändå har låtit anbudet att delta vid utvärderingen strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Kommunen bestrider bifall till ansökan samt anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Kommunen har varken åsidosatt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller på annat sätt brutit mot bestämmelserna i LOU. Av förteckningen över förfrågningsunderlaget, AFB .22, framgår att bl.a. Handling 06.4 "Rambeskrivning Konstruktion del 1, 2 och 3" är en del av förfrågningsunderlaget. Handlingen beskriver hur entreprenaden ska utföras och utgör grundläggande krav för genomförande av entreprenaden. Grundläggning ska utföras genom pålning. Att grundläggning genom pålning är ett krav vid genomförande av entreprenaden framgår av entreprenadsförutsättningarna i AFD 13. Det är emellertid inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen att beskriva hur och när pålningen ska genomföras. Till det i målet aktuella anbudet, NCC:s anbud nr 3, fogade NCC en missivskrift med bland annat följande innehåll.

"Vi tackar för er förfrågan och erbjuder oss att på totalentreprenad utföra rubricerad entreprenad åt Sundsvalls kommun. Entreprenaden utföres i enlighet med förfrågningsunderlag förtecknat under AFB .22 i Administrativa föreskrifter daterade 2012-10-04 mot en ersättning av 73 053 000 kr"

NCC har således åtagit sig att utföra entreprenaden enligt kraven i förfrågningsunderlaget och att därigenom uppfylla kommunens krav avseende entreprenadens utförande. Detta innefattar bl.a. grundläggning genom pålning. NCC:s anbud är ett huvudanbud, något sidoanbud har inte lämnats. Något krav på att anbudsgivare ska styrka uppfyllnaden av kravet för genomförande av entreprenaden finns inte. Anbudsgivare ska lämna en utförandebeskrivning, vilket NCC också har gjort. Förfrågningsunderlaget innehåller inget krav för hur detaljerad eller omfattande utförandebeskrivning ska vara. Inte heller den tidsplan som anbudsgivare har att inge för entreprenaden är på något sätt att betrakta som ett styrkande av uppfyl-

lande av kravet för genomförande. NCC har i sitt anbud angett att det åtar sig att genomföra entreprenaden enligt de uppställda kraven. Mot bakgrund av rättspraxis på området vore det därför felaktigt av kommunen att utsluta NCC (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 januari 2013 i mål nr 6845-12).

Av punkt 2.1, AFB .31, i de administrativa föreskrifterna, kan inte utläsas att obligatoriskt krav med innebörd att det åligger anbudsgivare att ange varje moment av utförande av entreprenaden. Av punkten kan endast utläsas ett obligatoriskt krav med innebörd att beskrivningen ska finnas i anbudet. Det skulle strida mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens att förkasta anbud i upphandlingen på grund av att ett visst moment skulle saknas i beskrivningen av metoder och utföranden av grundläggning av kaj. För övrigt har bolaget i sin utförandebeskrivning inte med ett ord angett att grundläggning med pålar av Olof Palmes Torg ska ske. Att kravet ändå uppfylls framgår, liksom i NCC:s anbud, genom att bolaget angett att arbetena kommer att utföras i enlighet med förfrågan.

Kommunen har begärt ett förtydligande avseende NCC:s åtagande att utföra grundläggningen genom pålning eftersom det inte framgick av NCC:s kortfattade utförandebeskrivning eller tidplan. Eftersom omfattningen av NCC:s åtagande redan framgick av anbudet är förtydligandet endast att beakta som kontrollåtgärd. NCC har även förtydligat utförandebeskrivningen på så sätt som bolaget har anfört. Förtydligandet är emellertid inte att betrakta som en otillåten komplettering eftersom NCC redan i anbudet angett att entreprenaden skulle ske i enlighet med förfrågningsunderlaget. Förtydligandet skedde således utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Inte heller innebar förtydligandet någon möjlighet för NCC att sänka priset eftersom priset redan framgick av det ursprungliga huvudanbudet och inte ändrades genom förtydligandet. Den bekräftelse som inkom från NCC innebar inte att en uppgift ersattes med en annan,

utan NCC bekräftade endast vad som framgick av anbudet. Bekräftelsen tillförde således inget nytt i förhållande till ställda krav i förfrågningsunderlaget.

NCC:s angivande att påltyp och antal pålar bestäms efter en fördjupad geoteknisk undersökning är inte att betrakta som en icke prissatt reservation. NCC har i anbudet åtagit sig att genomföra entreprenaden som en totalentreprenad varför ansvaret för projekteringen åvilar NCC och ingår i det lämnade anbudspriset. Ingenstans i förfrågningsunderlaget finns något krav om att anbudsgivare ska ange påltyp eller antalet pålar redan i anbudet. NCC:s anbud brister således inte heller avseende uppfyllande av ska-krav i denna del. Det är en vedertagen metod i branschen, att en totalentreprenör utför en fördjupad geoteknisk undersökning för att optimera och kvalitets-säkra den konstruktion som ingår i totalentreprenörsansvaret. En totalentreprenör har alltid rätt att utföra undersökningar för att optimera och verifiera sina konstruktionslösningar. Detta är en viktig konkurrensförutsättning. Visar dessa undersökningar på ofullständigheter eller brister i tillhandahåll- len geoteknisk undersökning sker alltid en ekonomisk reglering, på samma sätt som om ofullständigheter eller brister på annat sätt framkommer, så- vida inte annat angivits i förfrågningsunderlaget, vilket har inte gjorts i det aktuella fallet. Av skrivningen kan omöjligen utläsas någon reservation med den civilrättsliga verkan att all för kontraktsarbetena erforderlig pål- ning inte skulle ingå i det offererade fasta priset. Vid totalentreprenader åligger det entreprenören själv att svara för projektering av entreprenadar- betena. Den åtgärd som NCC angett ingår således i lämnat fast pris för entreprenaden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket 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. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. samma lag (9 kap. 8 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jämför RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget och bilagorna till detta framgår bl.a. följande.

AFB.31. Anbud ska lämnas med följande uppgifter:

2.1. Beskrivning av metoder och utföranden av grundläggning av kaj, borttagning av massor, återanvändning av stenmaterial, utföranden av arbeten med terrasstak, utföranden av arbeten kring trafo etc samt hänsyn till befintliga verksamheter och trafik i området. Planerade resurser maskiner och hjälpmedel.

2.2. Eventuella prisreservationer ska vara prissatta.

2.3. Förslag till genomförandeplan för alla delarna tillsammans. Tidplanen ska göras på aktivitetsnivå (Ex Pålning, Schakt, Kantsten, Betongarb, VA).

AFB.311. Huvudanbud ska alltid anges och erbjudas enligt förfrågningsunderlaget. Huvudanbud som inte innehåller de begärda upplysningarna kan komma att förkastas.

AFB. 312. Sidoanbud, dvs. anbud med alternativa utföranden får anges separat. Prissättning skall ske så att jämförelse kan göras med huvudanbudet. Totalentreprenören svarar för alla kostnader som uppstår vid avvikelse från förfrågningsunderlaget inklusive alla eventuella ändringar av ritningar och beskrivningar som är en följd av alternativa utföranden. Anges inte sidoanbud så att det kan utvärderas mot huvudanbud kommer anbudet att förkastas.

AFD.13. Förutsättningar. Uppförande av ny anläggning i vattnet – pålkaj med krönbalk.

Av tilldelningsbeslut den 17 december 2012 framgår bl.a. att NCC tilldelas uppdraget att utföra entreprenaden del 1, 2 och 3 enligt förfrågningsunderlaget. Beslutet motiveras med att NCC uppfyller ska-kraven och har de lägsta utvärderingspriserna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den i målet aktuella upphandlingen avser en totalentreprenad av en kaj i Selångersån. Utvärderingen har skett enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kommunen har i tilldelningsbeslut antagit anbud nr 3 lämnat av NCC. Bolaget har i ansökan om överprövning gjort invändningar mot detta och yrkat att rättelse ska göras på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan anbud nr 3 från NCC.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad den sökande har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att den sökande kan visa att denne har lidit skada eller kan komma

att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Huruvida de uppställda kraven har uppfyllts måste läsas mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat.

Bolaget har gjort gällande att NCC inte lämnat något huvudanbud, vilket är ett krav i förfrågningsunderlaget. NCC:s anbud utgör, enligt bolaget, ett sidoanbud eftersom anbudet innehåller alternativa utföranden som strider mot ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Av Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 januari 2013 i mål nr 6845-12 framgår att en upphandlande myndighet hade uteslutit ett bolags anbud vid anbudsutvärderingen trots att bolaget i sitt anbud bekräftat att det uppfyllde aktuella ska-krav. Den upphandlande myndigheten hade inte i förfrågningsunderlaget uppställt något krav på att anbudsgivaren skulle styrka riktigheten i sitt svar. Kammarrätten fann att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att utesluta bolagets anbud vid anbudsutvärderingen. Av förutsättningarna för upphandlingen framgår att den nya anläggningen i vattnet ska vara en pålkaj med krönbalk. Av förfrågningsunderlaget AFB.31. framgår vidare att anbudsgivaren bl.a. ska lämna uppgifter om metoder och utföranden samt lämna in en genomförandeplan och ange planerade resurser, maskiner och hjälpmedel. Bolaget har anfört att det av ska-kravet framgår att anbudsgivare måste lämna uppgifter som styrker att pålning kommer att ske. NCC har till sitt anbud bifogat en missivskrift i vilken de anger att uppdraget kommer att genomföras i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är i målet ostridigt att NCC har lämnat in sådana handlingar som efterfrågas i ska-kravet i AFB .31. Förvaltningsrätten gör i detta hänseende bedömningen att NCC får anses ha uppfyllt ska-kraven genom att bekräfta att det avser att genomföra upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget samt genom att ge in de i förfrågningsunderlaget efterfrågade handlingarna. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten gör bedömningen att NCC har uppfyllt ska-kraven finns det således ingen anledning att betrakta anbudet som ett sidoanbud. NCC

har heller inte i sitt anbud anfört att det inte skulle röra sig om ett huvudanbud. Skäl att ingripa i upphandlingen på grunderna att NCC:s anbud inte uppfyller ska-kraven eller utgör ett sidoanbud finns därmed inte.

Kommunen har begärt in ett förtydligande vad gäller NCC:s åtagande att utföra grundläggningen genom pålning. NCC har härefter bekräftat att pålning kommer att utföras avseende kajen och Olof Palmes torg. Förvaltningsrätten finner att i och med att ska-kraven i detta hänseende var uppfyllda när NCC:s anbud lämnades, så har de kompletterande uppgifter som NCC gjort inte medfört någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. De förtydliganden som NCC gjort kan således inte anses utgöra otillåtna kompletteringar i strid med 9 kap. 8 § LOU. Skäl för förvaltningsrätten att ingripa på denna grund finns därigenom inte heller.

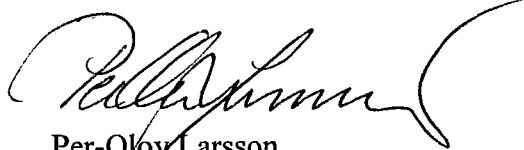
Bolaget har härefter anfört att NCC gjort en reservation i sitt anbud när NCC i anbudet har angett att ”påltyp och antal pålar bestäms efter en fördjupad geoteknisk undersökning”. Denna reservation i anbudet har, enligt bolaget, inte prissatts vilket är ett krav enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner inte att det av förfrågningsunderlaget framgår att påltyp eller antal pålar skulle anges i anbudet. NCC har i sitt anbud lämnat ett anbudspris. NCC har inte angett att vare sig antalet pålar eller den fördjupade geotekniska undersökningen skulle utgöra prisreservationer som skulle kunna komma att påverka anbudspriset. Det anbudspris som NCC angett får därför rimligtvis anses gälla för hela totalentreprenaden, då inget annat angetts om att priset skulle kunna komma att förändras. Det av NCC lämnade anbudspriset är jämförbart med övriga anbudsgivares. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det inte föreligger skäl för ingripande heller på denna grund.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som bolaget anfört i målet inte visar att den aktuella upphandlingen genomförs i strid mot LOU.

Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa med anledning av ansökan om överprövning. Ansökan ska därmed 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).



Per-Olof Larsson
rådmän

Målet har föredragits av föredraganden Mia Tyni Öberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.