



SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
112 51 Stockholm

Ombud: Torbjörn Ström
c/o Skanska Sverige AB
112 51 Stockholm

MOTPARTER

1. Lindesbergs Grus & Maskin AB, 556176-6725

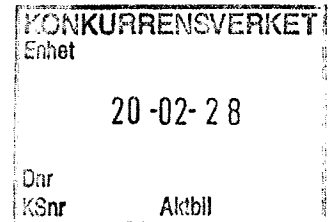
2. Tranab Markbyggnad AB, 556687-3963

3. Örebro kommun, Upphandlingsenheten
Box 300 00
701 35 Örebro

Ombud: Filip Hofman
Örebro kommun, Upphandlingsenheten
Box 300 00
701 35 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Skanska Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar om rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs i vilken anbudet från Lindesbergs Grus & Maskin AB och Tranab Markbyggnad AB inte ska ingå.

BAKGRUND

Örebro kommun har genomfört en upphandling benämnd "Palombohult". Upphandlingen avser exploatering av industriområde vid södra Berglunda i Örebro. I upphandlingen inkom sex anbud, bl.a. från Skanska Sverige AB (Skanska). Örebro kommun beslutade att anta anbud från Lindesbergs Grus & Maskin AB (Grus & Maskin).

PARTERNAS TALAN

Skanska ansöker om överprövning och yrkar i första hand rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Grus & Maskin och Tranab Markbyggnad AB (Tranab) inte ska beaktas. Skanska anför bl.a. följande. Skanskas anbud kom på tredje plats. Det föreligger emellertid sådana brister i Grus & Maskins och Tranabs anbud, genom att anbudet inte uppfyller i upphandlingsdokumentet ställda "ska-krav" att nämnda anbud borde ha förkastats. Om så hade skett hade Skanska tilldelats kontraktet. Under punkten AFG.413 "Märkning" i de administrativa föreskrifterna uppställs som ska-krav följande: att enligt vad som framgår nedan.

Anbudsgivaren ska i anbud föreslå hur märkning ska ske, dvs:

- vad som ska märkas, till exempel kollin och artiklar
- hur kollin ska märkas, till exempel om särskild streckkodad kollietikett (Kollietikett Bygg) ska användas
- hur enskilda artiklar ska märkas, till exempel med artikelnummer och EAN-streckkod

- spårbarhet - var märkningen ska placeras. - person eller befattning som är behörig att ta emot kollin eller artikeln.

Anbudsgivaren ska i anbud ge förslag till krav på om informationen ska presenteras i någon särskild form, till exempel med EAN-streckkod eller tvådimensionell streckkod, typ PDF 417.

Under punkten AFB 31 "Anbuds form och innehåll" framgår också bl.a. att "anbud ska vara komplett och innehålla samtliga begärda uppgifter i föreskriven form" och av punkten AFB.5 att endast de anbud som är kompletta

och i enlighet med föreskrifterna kommer att prövas. Varken Grus & Maskin eller Tranab har uppfyllt detta ska-krav. Som utgångspunkt är att ska-krav måste upprätthållas under hela upphandlingsförfarandet. Enligt HFD är detta en förutsättning för att upphandlingsdokumentet ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion. Vidare måste potentiella leverantörer kunna utgå från att de obligatoriska kraven är så pass viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kraven avstår från att lämna anbud. Det sagda innebär att ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska förkastas. Det strider mot likabehandlingsprincipen att anta ett sådant anbud. Att det måhända skulle föreligga en brist på transparens i det fall upphandlingsdokumentet uppfattas som otydligt i någon del kan den upphandlande myndigheten inte kompensera genom att bryta mot likabehandlingsprincipen genom att anta anbud som inte uppfyller kraven.

Örebro kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Det stämmer att en upphandlande myndighet bär risken för otydligheter i upphandlingsdokumenten som annonseras. De krav som uppställs ska också vara av sådan vikt att de måste uppfyllas annars ska inte den upphandlande myndigheten ange kravet i upphandlingsdokumentet. I den aktuella upphandlingen har kravet på märkning i punkten AFG.431 trots detta kommit med av misstag. Innehållet i AFG.413 är helt orelaterat till föremålet för upphandlingen. Det finns inga kollin eller artiklar som kommer att behöva märkas i upphandlingen. Olyckligtvis har inte kommunen uppmärksammat att AFG.413 ändå finns med. Under punkten AFB.53 ”Prövning av anbud” anges att prövning av anbud sker mot de uppgifter som anges i AFB.52. Under AFB.52 ”Prövning av anbudsgivares lämplighet” anges sedan att anbudslämnarna ska lämna de uppgifter som framgår av anbudsformuläret. AFG.413 nämns inte i anbudsformuläret eftersom kommunen varit omedveten om att punkten förkommer i handlingarna. Samtliga anbudsgivare har lämnat anbud i enlighet med uppgifterna som efterfrågas i anbudsformuläret helt i enlighet med instruktionen som lämnats. Det är endast Skanska som

även lämnat uppgifter som framgår av AFG.413. Om ansökan bifalls kommer den oavsiktliga otydlighet som trots allt finns i förfrågningsunderlaget att medföra att samtliga anbud förutom Skanskas förkastas. Eftersom det är uppenbart att kravställningen i punkten AFG.413 är helt orelaterad till föremålet för upphandlingen anser kommunen att det är en alltför långt gående konsekvens som inte sammanfaller med intentionerna i LOU.

Skanska tillägger följande. Som framgår av punkten AFG.413 kan bestämmelsen inte tolkas på något annat sätt än att Kommunen har uppställt obligatoriska krav på att anbudsgivarna ska lämna in de efterfrågade uppgifterna. I och med att de omtvistade kraven angivits i upphandlingsdokumenten har Skanska (och övriga potentiella leverantörer) haft anledning att förutsätta att kraven varit viktiga för Kommunen och beaktat dem vid anbudsgivningen. Mot den bakgrunden bestrider Skanska påståendet om att innehållet i AFG.413 är "uppenbart" orelaterat till föremålet för upphandlingen. Upphandlingen omfattar en stor andel VA-arbeten (dvs. arbeten som bl.a. omfattar vatten- och avloppsledning samt pumpstation. För att utföra dessa VA-arbeten kommer det att gå åt stora mängder VA-relaterat material, så som ledningar, kopplingar och andra med VA-arbeten relaterade artiklar. Materialet kommer levereras till arbetsområdet antingen i kollin eller styckvis. För att bl.a. säkerställa bättre spårbarhet av vad som byggs in i entreprenaden har det inom byggbranschen tagits initiativ för att införa standarder för identifikation av byggprodukter, exempelvis genom att använda s.k. GTIN-nummer (Global Trade Item Number). Det är de ökade kraven på digitalisering, hållbarhet och spårbarhet som ligger bakom detta initiativ. I Sverige är det GS1 Sweden som förvaltar och tillhandahåller ett så kallat företagsprefix med vars hjälp respektive företag kan skapa sitt egna unika GTIN. Skanska har bl.a. angivit denna standard i sitt förslag på hur märkning av kollin/artiklar ska ske enligt AFG.413. Betydelsen av spårbarhet ska heller inte underskattas av andra skäl. I och med att varje kolli/artikel får ett unikt nummer kan entreprenören vidare verifiera att den byggt in "rätt" material,

dvs. att entreprenören uppfyller beställarens krav, t.ex. krav på kvalitet och hållbarhet. I en entreprenad som omfattar VA-arbeten är det inte heller ovanligt att beställaren vill ha kontroll över vilket material som byggts in för att vid framtida underhållsarbeten kunna beställa utbytesdelar utan att vara tvungen att "gräva fram" de delar som ska bytas ut. Genom att märka varje kולי/artikel får beställaren en väldigt bra spårbarhet. Slutligen är det nödvändigt för att entreprenören ska klara framdrift och ekonomi i projektet att entreprenören kan hantera materiallogistiken inom entreprenaden vilket bl.a. sker genom en ordnad mottagningskontroll, märkning och spårbarhet. Det är alltså till skillnad från vad Kommunen påstår inte alls "uppenbart att kravställningen i AFG.413 är helt orelaterad till föremålet för upphandlingen". Även om uppgifterna under AFG.413 inte skulle utvärderas av Kommunen kan det, bl.a. av de skäl som angivits ovan, finnas andra anledningar för Kommunen att kräva in denna dokumentation från anbudsgivare, t.ex. för att få kännedom om anbudsgivaren arbetar med dessa frågor och kan komma med förslag på hur t.ex. märkning, spårbarhet och mottagningskontroll kan utföras. Det är med andra ord inte oproportionerligt av Kommunen att ställa de krav som framgår av AFG.413. Avslutningsvis får inte eventuellt bristande transparens läkas genom avkall på andra upphandlingsrättsliga principer.

Örebro kommun tillägger följande. Föremålet för upphandlingen är en generalentreprenad. Gods som behövs för fullgörandet av entreprenaden kommer att levereras till entreprenören. Kommunen är inte godsmottagare. Punkten AFG.413 är för alla praktiska hänsyn helt orelaterad till föremålet för upphandlingen.

Grus & Maskin och Tranab har förelagts att svara på Skanskas ansökan. Grus & Maskin har inkommit med ett svar i vilket anförs bl.a. följande. Grus & Maskin instämmer i att det är uppenbart att kravställningen är orelaterad till föremålet för upphandlingen. Fem av sex anbudsgivare har förstått

detta då de också förstår den tekniska beskrivning som är ett ingående dokument i anbudshandlingarna, ett styrdokument där artiklar beskrivs utifrån kvalitet, standarder, märkning, normer osv. och som en anbudsgivare har att förhålla sig till vid anbudslämnandet. Därtill har anbudsgivaren även haft tillgång till den materialförteckning som är framarbetad av Örebro kommun som ytterligare beskriver utförande och godkända artiklar/produkter i deras entreprenader. Skanska beskriver korrekt att upphandlingen omfattar stora mängder VA-relaterat material och trycker bl.a. på att betydelsen av spårbarhet gällande artiklar inte ska underskattas, vilket är en självklarhet. Alla leveranser till arbetsplatsen följs av en följesedel med beskrivande text och artikelnummer som säkerställer att kontroll kan göras att rätt artikel är levererad. Att ovan saker efterföljs i en entreprenad bevakas av den byggkontroll som beställaren löpande utför på arbetsplats och byggmöten, därtill dokumenteras ingående materialdetaljer med en produktpärm som entreprenören avlämnar till beställaren vid slutbesiktning. Lindesbergs Grus & Maskin har följt den märkning och övriga krav som är relaterat till upphandlingen och uppfyller de krav Örebro kommun har ställt på entreprenaden.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling (2016:1145; LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare

genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen gäller exploatering av ett industriområde och avser bl.a. nybyggnation av gator inklusive vatten- och avloppsledningar, pumpstation och en torrdamm. Som ska-krav har under punkten AFG. 413 "Märkning" i upphandlingsföreskrifterna uppställts att anbudsgivaren i anbudet ska föreslå hur märkning ska ske. I punkten preciseras de krav som ställs i det avseendet. Vidare har som ska-krav ställts att anbudsgivaren i anbudet ska ge förslag till krav på om informationen ska presenteras i någon särskild form.

Skanska gör gällande att vinnande anbudsgivare (Grus & Maskin) och den anbudsgivare som placerats på plats nummer två (Tranab) inte uppfyllt kravet. Kommunen, som medger att kravet inte uppfyllts med avseende på nämnda anbudsgivare, gör gällande att kravet av misstag tagits med i föreskrifterna och att detta borde vara uppenbart.

Om det i en upphandling ställs obligatoriska krav (ska-krav) på att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Att avvika får ett obligatoriskt krav kräver i princip att en sådan avvikelse före anbudstidens utgång kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet eller avbryta upphandlingen (jfr HDT 2016 ref 37 I och II). För att kunna bortse från ett uppställt ska-krav i ett senare skede, dvs. efter anbudstidens utgång, torde det krävas att det framstår som uppenbart att kravet saknar koppling till upphandlingen. Det aktuella kravet avser bl.a. förslag på vad

som ska märkas, t.ex. kollin och artiklar, hur de ska märkas, t.ex. om särskild streckkod, kolletikett (Kollietikett Bygg), ska användas, spårbarhet och vem som är behörig att ta emot kollit eller artikeln. Mot bakgrund av vad Skanska anfört och vad som i övrigt framkommit i utredningen förefaller kravet proportionerligt mot bakgrund av vad som upphandlas och kan inte uppenbart anses sakna koppling till upphandlingen. Kommunen hade därmed att i enlighet med upphandlingsföreskrifterna att förkasta Grus & Maskins liksom Tranabs anbud. Alternativet hade varit att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att Kommunen, genom att utvärdera de två anbuden, trots att de inte uppfyller alla de för upphandlingen ställda obligatoriska kraven, har agerat i strid mot likabehandlingsprincipen i LOU. Skanskas anbud har rangordnats som nummer tre efter Grus & Maskins och Tranabs anbud. Skanska har således genom att Kommunen utvärderat anbudet riskerat att lida skada. Skanskas ansökan ska därmed bifallas på så sätt att en ny utvärdering ska göras i vilken anbudet från Grus & Maskin och Tranab inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Hans-Erik Jonasson
f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



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 rättstillämpningen.
- 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.