



SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud:

Advokaterna Roger Wier och Linda Dahlström
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

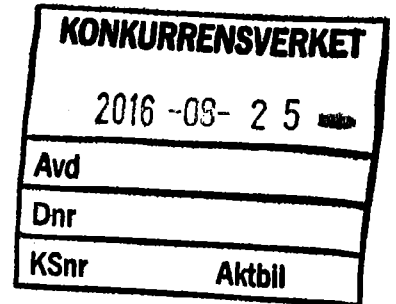
Mälardalens Högskola, 202100-2916

Ombud:

Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om edition.

BAKGRUND

Mälardalens Högskola (högskolan) har genom ett förhandlat förfarande genomfört en upphandling benämnd ”Nytt campus i Eskilstuna”, dnr 2.10-2015/1427. Högskolan har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Serneke Bygg AB.

YRKANDEN M.M.

Skanska Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas varvid bolagets anbud utvärderas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Högskolan har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen eftersom bolagets anbud uteslutits trots att det uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav och överensstämmer med förfrågningsunderlaget i övrigt. Bolaget har lämnat det lägsta priset i upphandlingen och har mot bakgrund av högskolans agerande lidit, eller i vart fall riskerar att komma lida, skada. Det föreligger därmed skäl för ingripande i upphandlingen.

Högskolan har felaktigt förkastat bolagets anbud med motiveringen att bolaget i sitt anbud reserverat sig mot inflyttningsdatum. Bolaget har i sitt anbud inte lämnat någon reservation. Bolaget har lämnat upplysningar till högskolan om hur bolaget har kalkylerat sitt anbud ur ett riskperspektiv vad gäller inflyttningsdatum enligt de förutsättningar som gäller i förfrågningsunderlaget. Utöver detta har bolaget föreslagit att inflyttningsdatum ska bli föremål för förhandling, även detta enligt förutsättningar som gäller i förfrågningsunderlaget.

Det finns inte något i bolagets anbud som inte är förenligt med förfrågningsunderlaget eller som på annat sätt skulle kunna äventyra en objektiv jämförelse mellan inkomna anbud. Högskolan har alltså felaktigt förkastat bolagets anbud och därmed föreligger grund för ingripande enligt LOU.

För det fall rätten finner att högskolan agerat korrekt vid förkastande av bolagets anbud måste upphandlingen ändå göras om eftersom upphandlingsunderlaget är alltför otydligt. Otydligheten består i att det inte är möjligt att utläsa av upphandlingsunderlaget att det inte är tillåtet att öppet redovisa hur man kalkylerat sitt anbud och/eller föreslå förhandling om viss punkt i upphandlingsunderlaget.

Högskolan har valt att tillämpa ett förhandlat förfarande i upphandling. Högskolan har i anbudsförfrågan uttryckligen angett att inflyttningsdatum kan bli föremål för förhandling. Bolaget har utifrån erfarenhet analyserat projektet och den föreslagna tidsplanen noggrant och har kommit fram till att angivet inflyttningsdatum kan komma att bli kritiskt att nå tidsmässigt. Bolaget har sett det som värdefullt för högskolan att ha vetskap om detta och har därför i sitt anbud uttryckligen föreslagit att tidpunkten för inflyttningsdatum ska bli föremål för förhandling enligt punkten 2.5 i anbudsförfrågan.

Inflyttningsdatum är angivet i bl.a. genomförandeaftalet och hyreskontraktet och det är ett skall-krav i upphandlingen att anbudsgivarna ska acceptera villkoren i såväl genomförandeaftalet som hyreskontraktet. Bolaget har i sitt anbud accepterat samtliga villkor i genomförandeaftalet under punkten 1.4.2 i bolagets anbud samt i hyreskontraktet under punkten 1.4.3 i anbudet. Bolaget bestrider vad högskolan anfört om att man inte uppfyllt något skall-krav eller obligatoriskt krav i anbudet.

Det är en betydande skillnad mellan att ställa krav att vissa kontraktsvillkor ska accepteras och att ställa krav på att vissa kontraktsvillkor ska vara upp-

fyllda. Det senare innebär skall-krav som omöjligt kan vara sig vara uppfyllda eller kontrolleras vid kvalificeringen/utvärderingen utan som först kan uppfyllas och kontrolleras i ett senare skede, vilket i aktuellt fall kan kontrolleras först i juni 2018. Det är dessutom omöjligt att utläsa ur förfrågningsunderlaget att det är fråga om ett skall-krav på det sätt som högskolan förefaller göra gällande, vilket i sig gör att upphandlingen uppenbarligen brister i tydlighet och transparens och att den i så fall måste göras om.

Det är av väsentlig betydelse för förståelsen av målet att vara medveten om att bolaget inför anbudspresentationen hade uppfattat att bolagets anbud var kvalificerat och att högskolans inbjudan till anbudspresentationen angav att möjlighet fanns att presentera alternativa lösningar vid presentationen.

Bolaget valde därför att förbereda ett avsnitt under presentationen för att få högskolan att förstå att tidsramarna för projektet var väldigt snäva och därigenom skapa en förståelse för att det fanns alternativa lösningar som ändå uppfyller högskolans önskemål att påbörja inflyttning i enlighet med upphandlingens avtalsutkast. Högskolan bekräftade bolagets uppfattning vid inledningen av mötet för presentationen då högskolan lämnade besked att bolagets anbud hade kvalificerats. Det är i ljuset av den bakgrunden, det vill säga att man vid anbudspresentationen var förbi kvalificeringsfasen i det förhandlade förfarandet, som bolagets presentation av en alternativ lösning, och powerpointpresentationen ska och måste ses.

Bolaget angav inte att inflyttning kunde ske först i oktober 2018 utan presenterade endast en alternativ lösning till genomförandeavtalet som innebär att inflyttning kunde påbörjas i juni 2018 och att sedan fullständig överlämning av samtliga delar av byggnaderna kunde ske i oktober 2018. Bolaget har inte uppställt som krav att överlämnandet ska ske på detta sätt utan det har endast utgjort ett alternativt förslag som bolaget önskat ta upp till

diskussion efter det att kvalificeringen var genomförd inom ramen för det förhandlade förfarandet.

Den 15 december 2015, två dagar efter anbudspresentationen, ställde högskolan frågan om bolaget uppfyller i upphandlingen angivna tidsramar. Bolaget svarade den 19 december 2015 att man uppfyller tidsplanen och accepterar kontraktsvillkoren, vilket följer redan av anbudet.

Bolaget har inte vid svar den 19 december 2015 begärt rättelse av sitt anbud. För det fall 9 kap. 8 § LOU är tillämplig har högskolan begärt ett förtydligande av bolaget. Bolaget har svarat jakande på frågan om man uppfyller den uppsatta tidsramen och det finns inget i svaret som tillägger, ersätter eller förändrar något i bolagets anbud, utan är på sin höjd en precisering eller konkretisering av redan befintliga uppgifter.

Det är felaktigt att bolaget skulle ha lämnat en utfästelse om att man kommer att göra sig skyldig till anteciperat avtalsbrott. Även om så hade varit fallet har högskolan ändå inte upphandlingsrättslig grund för att förkasta bolagets anbud eftersom bolaget uppfyller samtliga skall-krav och accepterar samtliga avtalsvillkor.

Uppgiften om att bolaget har tvingats kalkylera för att visst vite kan komma att utgå är inte en reservation utan tvärtom en tydlig indikation på motsatsen, det vill säga att bolaget är helt införstått med vad kravbilden innebär, vilka konsekvenser det får om man inte lyckas möta kravbilden samt att bolaget accepterar kravbilden. Frågan om bolaget uppfyller kravet i § 9 gällande inflyttningsdatum är helt hypotetisk eftersom det är ett krav som ska uppfyllas två och ett halvt år fram i tiden och det är inte kontrollerbart eller möjligt att uppfylla vid anbudstillfället. Bolaget har i sitt svar till högskolan förklarat att man, med hänsyn till högskolans orealistiska tidsplan, tvingats lämna ett fördyrat anbud eftersom man tvingats kalkylera för

eventuell försening. Detta förändrar dock inget i anbudet och innebär inte att man inte uppfyller något krav eller har reserverat sig mot något kontraktsvillkor eller någon annan del av upphandlingsunderlaget. Högskolan har saknat grund för att förkasta bolagets anbud och därmed föreligger grund för ingripande enligt LOU.

Bolagets skrivningar i anbudet och anbudspresentationen är ett resultat av högskolans förfrågningsunderlag, där högskolan tydligt angett inflyttningsdatum som en eventuell förhandlingspunkt, inbjudan till presentationen, där högskolan tydligt uppmanat till presentation av alternativa lösningar och att högskolan uppenbarligen felaktigt angett för bolaget att anbudet var kvalificerat vid anbudspresentationen. Upphandlingen har med hänsyn till dessa uppgifter varit alldeles för otydlig och dessa otydligheter har vilselett bolaget att lämna ett anbud på det sätt som skett. Upphandlingen måste i så fall göras om.

Högskolan bestrider bifall till bolagets talan. Högskolan yrkar vidare att förvaltningsrätten ska förelägga bolaget att inkomma med den PowerPointpresentation som förevisades vid anbudspresentationen den 15 december 2015.

Till stöd för sin talan anför högskolan i huvudsak följande.

Bolagets anbud innehåller förbehåll/reservationer mot inflyttningsdatum. Inflyttningsdatumet är ett krav som varit obligatoriskt för alla anbudsgivare att beakta i sitt anbud. Bolagets anbud är därmed att anse som orent vilket medför att högskolan är förhindrad, mot bakgrund av och i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och då främst lika-behandlingsprincipen, att ta upp bolagets anbud till prövning. Högskolan har agerat helt korrekt och i enlighet med gällande rätt när anbudet förkastades. Därmed saknas skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse. Det

vinnande bolagets anbud uppfyller alla uppställda villkor och krav i upphandlingen och innehåller inte några förbehåll/reservationer av något slag och inte heller avseende det obligatoriska kravet på inflyttningsdatum.

Det föreligger inte några oklarheter/otydligheter avseende de krav som högskolan uppställt i förfrågningsunderlaget och därigenom har inte någon av de upphandlingsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU överträtts. Det saknas således förutsättningar för att förordna att upphandlingen ska göras om. Högskolan bestrider att kraven i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllda.

Det är inte en skyldighet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivare, trots att man valt att genomföra upphandlingen med förhandlat förfarande. Det är en ensidig rättighet för den upphandlande myndigheten att inleda förhandlingar om man så önskar och finner det nödvändigt. Anbudssökanden och sedermera inbjudna anbudsgivare kan inte påräkna eller utgå ifrån att angivna villkor och krav på genomförande kommer att bli föremål för förhandling. Förhandlingar kommer, om de upp-tas, att bedrivas enligt likabehandlingsprincipen samt med iakttagande av den absoluta anbudsssekretessen. Efter slutligt anbud sker utvärdering enligt i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterier.

Två anbudsansökningar inkom i upphandlingen som båda uppfyllde alla i inbjudan ställda kvalificeringskrav och gick därmed vidare till steg två i upphandlingen som är anbudsfasen. Vid inbjudan till anbudsgivning erhöll såväl bolaget som den andra anbudsgivaren en anbudsfrågan och båda inkom med varsitt anbud. Båda anbudsgivarna har genomfört en anbuds-presentation för företrädare för högskolan. Utifrån anbudsfrågan och dess bilagor samt vad som framfördes vid anbuds-presentationen har högskolan gått igenom de inkomna anbuden. Vid denna genomgång kunde högskolan konstatera att bolagets anbud innehöll förbehåll/reservationer mot det inflyttningsdatum som uppställdes som ett ovillkorligt krav i förfrågnings-

underlaget. Kravet utgör ett skall-krav som varit obligatoriskt för alla anbudsgivare att acceptera i anbudet. Förbehåll om dess icke-uppfyllelse får därmed inte anges i anbudet.

Av anbudsansökan och anbudsförfrågan framgår det under punkten 2.2. "Avtalstid" och underrubriken "Hyresavtal" att beräknad tillträdesdag är senast den 1 juni 2018. I genomförandeavtalet och hyresavtalet framgår dock att den 10 juni 2018 är senaste inflyttningsdatum. Denna tidpunkt justerades av högskolan beroende på att inflyttning anpassades till vårterminens verkliga och förväntade slut vid hyrestidens utgång 2028. Av misstag justerades detta inte i inbjudan till anbudsgivning. Det ska dock framhållas att det givetvis är de till anbudsförfrågan fogade villkoren för genomförandet och förhyrning som gäller. Detta misstag föranleder dock ingen otydlighet i förfrågningsunderlaget som påverkat anbudsgivningen. Båda anbudsgivarna har uppenbarligen utgått från att inflyttningsdatum är den 10 juni 2018. Det har alltså inte varit oklart för bolaget vilket inflyttnings-/tillträdesdatum som gällde.

Av såväl inbjudan till anbudsansökan, punkten 3.4, som anbudsförfrågan, punkten 3.5 framgår att anbud som innehåller reservationer och förbehåll mot, eller avvikelser från, angivna villkor och krav samt brister i uppställda krav på anbudsgivningens form och innehåll inte får tas upp till prövning.

Bolagets anbud står i direkt strid med ovanstående villkor och krav, men det står även i strid mot uppställda krav och villkor i inbjudan till anbudsansökan och anbudsförfrågan.

Bolaget har i sin ansökan om överprövning utelämnat en väsentlig del av händelseförloppet, nämligen skeendet och vad som framfördes av bolaget vid anbudspresentationen. Den 15 december 2015 träffades representanter för bolaget och högskolan för en genomgång av bolagets anbud. Vid denna

genomgång framförde bolaget att man inte kunde infria kravet på inflyttning senast den 10 juni 2018. Inflyttning skulle istället först vara möjlig under oktober 2018. Förutom att framföra dessa uppgifter muntligen framgick det även av den PowerPoint-presentation som bolaget förevisade vid detta tillfälle att inflyttningen utifrån om bolagets anbud antogs skulle kunna ske först i oktober 2018.

Bolaget har inte utvecklat vad det skulle ha för betydelse för här förevarande mål att ”alternativa lösningar” var en punkt på dagordningen vid anbuds-presentationen. Alternativa utföranden syftar givetvis bara till hur utförandet av de nya högskolebyggnaderna kan genomföras på olika sätt inom ramen för det anbud som anbudsgivaren har gett in vid anbudstidens utgång. Det har således inget att göra med inflyttningsdatum.

Det framgår inte av inbjudan till anbuds-presentationen att bolagets anbud skulle ha kvalificerats. Däremot meddelade högskolan bolagets ombud att bolagets anbud var kvalificerat i början av anbuds-presentationen. Anledningen till att högskolan framförde informationen om att anbudet var kvalificerat berodde dels på att högskolan ännu inte upptäckt bolagets skriftliga reservation, dels på att bolaget ännu inte meddelat att fullständig inflyttning kunde ske först i oktober 2018. Vid tidpunkten, när uppgiften om att bolagets anbud var kvalificerat lämnades, var den utifrån vad som var känt för högskolan i allt väsentligt korrekt. De lämnade uppgifterna påverkade inte på något sätt bolagets anbuds-presentation och högskolans representanter har varit väldigt tydliga med att mötet endast var en anbuds-presentation och att det inte skulle förväxlas med en förhandling. För det fall det skulle bli aktuellt med förhandling skulle högskolan kontakta bolaget och framföra vad som skulle omfattas av förhandlingen och när denna skulle äga rum. Någon förhandling har inte hållits med bolaget.

Det stod under presentationen klart att bolaget endast kunde infria ett senare inflyttningsdatum, nämligen oktober 2018. Detta framfördes utan omsvep av bolaget och framgick även tydligt av den PowerPoint-presentation som bolaget förevisade. Det rådde därmed inget tvivel om att bolagets anbud innehöll en reservation som medförde att anbudet inte uppfyllde uppställda skall-krav och inte heller uppfyllde kontraktsvillkoren. Det ska särskilt noteras att bolaget i sin reservation inte på något ställe framför att bolaget kommer att uppfylla inflyttningsdatumet den 10 juni 2018.

Bolaget presenterade vid anbudspresentationen inte en alternativ lösning utan det i anbudet offererade utförandet och utvecklade hur byggnationen av högskolebyggnaderna skulle genomföras och angav då att inflyttning för samtlig verksamhet skulle ske i oktober 2018. Bolagets påstående, att ”inflyttning kunde påbörjas i juni 2018 och att sedan fullständig överlämning av samtliga delar av byggnaderna kunde ske i oktober 2018”, visar tydligt att man inte uppfyller det aktuella skall-kravet.

Utifrån den första skrivning som bifogades anbudet, den information om inflyttningsdatum som lämnades vid anbudsgenomgången samt det svar som lämnades på direkt fråga från högskolan kan det konstateras att bolaget i sitt anbud angett att det inflyttningsdatum som högskolan uppställt som ovillkorligt skall-krav i upphandlingen inte kommer att hållas av bolaget. Även om bolaget i generella termer, i det svar som lämnats, angett att man uppfyller kontraktsvillkoren kan det konstateras att förbehållet/reservationen om att angivet datum för inflyttning inte kommer att uppfyllas kvarstår. Ett dylikt generellt uttalande förtar inte det faktum att ett förbehåll/reservation avseende denna uppställda tidsaspekt lämnats, se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 februari 2011 i mål 4660-10. Det är en ren lek med ord och en efterhandskonstruktion att påstå att dessa uppgifter endast lämnats som upplysningar. En reservation är en reservation oavsett i vilken form den lämnats. Detsamma gäller även bolagets påstående om att det enda

man gjort är att öppet redovisa hur man kalkylerat sitt anbud och/eller föreslå förhandling om viss punkt i förfrågningsunderlaget. Bolaget har i sitt anbud lämnat uppgift om att stipulerat inflyttningsdatum inte kommer att hållas.

Därmed har anbudet getts på andra förutsättningar än de som anges i förfrågningsunderlaget, vilket är att likställa med att bolaget reserverat sig mot förfrågningsunderlagets absoluta villkor. Bolaget har lämnat ett förbehåll i strid mot uppställt och absolut skall-krav. Högskolan är förhindrad att ta upp anbud till prövning som innehåller förbehåll och reservationer i förhållande till uppställda krav och villkor i förfrågningsunderlaget då anbudet är att anse som orent. I annat fall skulle högskolan agera i strid med likabehandlingsprincipen.

Utifrån den mycket strikta rättspraxis som föreligger avseende möjligheten för en anbudsgivare att justera/ändra sitt anbud har det inte heller varit möjligt för högskolan att tillåta bolaget att genom kompletteringar och förtydliganden avhjälpa det förbehåll som lämnats i det ursprungliga anbudet enligt 9 kap. 8 § LOU. De uppgifter som fanns i bolagets anbud från början har uppenbarligen varken varit otydliga eller uppenbara felskrivningar. Det står således vidare klart att för det fall högskolan skulle ha accepterat bolagets förtydligande som lämnades efter det att anbudstiden löpt ut, hade detta varit en otillåten ändring som skulle underkännas av rätten. Anbudet har därför rätteligen förkastats.

Det bestrids att det skulle föreligga några brister/otydligheter i förfrågningsunderlaget som kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och som skulle kunna utgöra grund för att upphandlingen ska göras om. Förfrågningsunderlaget har inte på något sätt brutit mot principen om transparens.

Det är riktigt att bolaget har svarat ”ja” innebärande att bolaget accepterar kontraktsvillkoren i anbudsförfrågan. Det innebär givetvis inte att man kan framföra reservationer mot skall-krav som framförs i förfrågningsunderlaget utan att anbudet förkastas. Om så vore fallet skulle det stå i strid med upphandlingslagstiftningen och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, främst transparens- och likabehandlingsprincipen. Det framgår även av rättspraxis att ett sådant svar inte fråntar betydelsen av vad anbudsgivaren i övrigt har framfört i sitt anbud eller de handlingar som bifogas anbudet.

Till stöd för sin begäran om edition anför högskolan bl.a. att PowerPoint-presentationen från bolagets anbuds-presentation den 15 december 2015 kan antas ha betydelse som bevis i målet eftersom det i PowerPoint-presentationen klart anges att inflyttning i lokalerna kan ske först i oktober månad 2018.

Bolaget motsätter sig att förvaltningsrätten förordnar om edition och yrkar, för det fall att förvaltningsrätten förordnar i enlighet med högskolans begäran, att muntlig förhandling hålls i målet.

Till stöd för sin inställning anför bolaget i huvudsak följande.

PowerPoint-presentationen utgör inte någon anbudshandling utan endast en liten del av en muntlig presentation. Att ta del av PowerPoint-presentationen isolerat, utan att ta del av den muntliga presentationen i sin helhet, kan endast resultera i missförstånd och felaktiga påståenden om dess innehåll och betydelse. Den saknar betydelse för bedömningen av målet och det är därför direkt olämpligt att den blir processmaterial. För det fall rätten förordnar om edition kommer det att krävas en muntlig förhandling i målet för att en rättvis bedömning ska kunna göras.

Högskolan motsätter sig muntlig förhandling och anför bl.a. att en sådan inte främjar ett snabbt avgörande och inte heller är till fördel för utredningen i övrigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att ingripa mot högskolans upphandling med anledning av vad bolaget anför.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten 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.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontrakts-handlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se t.ex. mål C-243/89, Kommissionen mot Danmark).

Bolaget har i första hand gjort gällande att dess anbud felaktigt förkastats av högskolan med hänvisning dels till att bolaget i anbudet skulle ha lämnat reservation mot obligatoriskt krav på tidpunkt för inflyttningsdatum, dels till information som lämnats av bolaget vid anbudspresentationen och även genom svar som lämnats på fråga från högskolan. Bolaget har i andra hand

gjort gällande att upphandlingen brustit i transparens genom att det av flera skäl inte tydligt framgått att kravet på inflyttningsdatumet varit ett obligatoriskt krav och genom att bolaget till följd av högskolans agerande lämnat uppgifter med utgångspunkten att bolagets anbud varit kvalificerat.

I förfrågningsunderlaget punkt 2.2 och anbudsinvjudan punkt 2.2 anges att beräknad tillträdesdag är snarast, dock senast den 1 juni 2018. I förfrågningsunderlaget punkt 1.4.2 uppmanas anbudsgivaren att svara på om kraven under rubriken genomförandeavtal uppfylls (Ja/Nej). I genomförandeavtalet § 9 anges bl.a. att inflyttning ska vara den 10 juni 2018 och att det ska observeras att inflyttningsdatumet är fast och inte preliminärt. I förfrågningsunderlaget punkt 3.5 och anbudsinvjudan punkt 3.4 anges att anbud som innehåller reservationer och förbehåll mot, eller avvikelser från, angivna villkor och krav samt brister i uppställda krav på anbudsgivningens form och innehåll, inte får tas upp till prövning av den upphandlande myndigheten.

Det får utifrån handlingarna i målet anses stå klart att fastställt inflyttningsdatum är satt till den 10 juni 2018 och att det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen, vilket ett anbud måste uppfylla för att gå vidare till kvalificering.

Att inflyttningsdatum är ett obligatoriskt krav i upphandlingen får anses ha rättsverkningar som går utöver att det endast skulle föreligga en skyldighet för anbudsgivaren att acceptera inflyttningsdatumet som ett kontraktuellt villkor, som vid försening alternativt kan uppfyllas genom utbetalning av vite. Att inflyttningsdatumet är ett obligatoriskt krav innebär att anbudsgivaren vid anbudets ingivande i princip ska visa att inflyttning kommer att ske vid specificerad tidpunkt eller i vart fall att den kan emottas ske vid denna tidpunkt utifrån föreliggande förutsättningar. Om inte särskild bevisning är föreskriven i förfrågningsunderlaget är det tillräckligt för anbuds-

givaren att kryssa i ”Ja” (eller dyl.) på fråga om ett skall-krav är uppfyllt för att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att utgå från att anbudet uppfyller kravet. Detta förtar inte den upphandlande myndighetens rätt att i efterhand kräva in särskild bevisning och det står i så fall myndigheten fritt att bestämma hur anbudsgivaren ska visa att ett visst skall-krav uppfylls (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 oktober 2010, mål nr 2449-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 maj 2013, mål nr 661-13). Om anbudsgivaren kryssat i ”Ja” på fråga om visst skall-krav är uppfyllt men samtidigt till anbudet bifogat handlingar, som pekar på motsatsen, har den upphandlande myndigheten däremot inte utan vidare anledning att godta anbudsgivarens försäkran att kravet uppfylls. Om t.ex. en anbudsgivare angett att ett krav på tidpunkt för färdigställande är uppfyllt men samtidigt skickat med en osannolik och inkonsistent tidsplan för sitt arbete, bör den upphandlande myndigheten enligt förvaltningsrättens uppfattning ha rätt att förkasta anbudet, i vart fall om anbudsgivaren på myndighetens förfrågan inte kunnat lämna en tillfredsställande förklaring till tidsplanens utformning och hur arbetet kommer att bedrivas.

I föreliggande mål har bolaget i sitt anbud angett att kravet på inflyttningsdatum är uppfyllt. Bolaget har dock även till anbudet bifogat en skrivelse, med bl.a. följande lydelse. *Vi har i vårt anbud räknat in att vi enligt § 5 i utkastet till Genomförandeavtalet kommer att behöva betala ett vite för fyra månaders försening utifrån om inflyttningen sätts till 2018-06-10. Detta då vi inte ser att det är realistiskt att färdigställa hela byggnaden så att tillträde kan ske till samtliga delar det datumet.*

Av skrivelsen kan således utläsas att priset i anbudet – som lämnats i en upphandling där utvärderingsgrunden varit lägsta pris – kalkylerats med utgångspunkt i att bolaget kommer att vara tvunget att betala vite för fyra månaders försening. Detta kan inte förstås på annat sätt än att bolaget utformat anbudet så att det skulle hållas skadelöst vid en försening på upp till

fyra månader och att högskolan i realiteten skulle fråntas den avsedda ersättningen för förseningen genom att det avtalade vitesbeloppet diskonterades i anbudspriset.

Förvaltningsrätten gör bedömningen mot bakgrund av skrivelsens utformning att högskolan inte var berättigad att utgå från att bolaget skulle kunna uppfylla försäkran i anbudet att det obligatoriska kravet på inflyttning den 10 juni 2018 var uppfyllt. Att bolaget lämnat uppgifterna i skrivelsen i syfte att högskolan skulle initiera en förhandling rörande inflyttningsdatumet ändrar inte bedömningen. Att en anbudsgivare i princip kan föreslå den upphandlande myndigheten att ta initiativ till förhandling i en fråga som enligt förfrågningsunderlaget är förhandlingsbar, innebär inte att det kan bortses från uppgifter som anbudsgivaren lämnat med anledning av en sådan förfrågan.

I den fråga som högskolan ställde till bolaget efter anbudstidens utgång angavs bl.a. följande. *Vi uppfattar er skrivelse som att ni inte uppfyller kravet i § 9 i genomförandeavtalet gällande inflyttningsdatum 2018-06-10. Stämmer detta? Svara enligt följande alternativ: 1) Skanska uppfyller inte tidsplanen eller Alternativ 2) Skanska uppfyller tidsplanen. Vänligen motivera ert svar.*

Bolaget svarade då följande. *Alternativ 2 - Skanska uppfyller tidsplanen. Vi accepterar kontraktsvillkoren. Varken vi eller någon annan anbudslämnare kommer kunna garantera uppfyllande av angiven tillträdesdag. Vi har beaktat eventuell försening genom att, som vi angivit i vårt anbud, räknat in att vi enligt § 5 utkast till Genomförandeavtal kan komma att behöva betala vite för upptill fyra månaders försening. Vi har utifrån vår erfarenhet bedömt att det föreligger en överhängande risk för försening. Denna bedömning har gjorts med beaktande av förfrågningsunderlaget som helhet samt av faktorer såsom säker arbetsmiljö, störningar för närboende, levererad*

kvalitet samt risk för tredje man. Vi har i vårt anbud tagit hänsyn till och analyserat alla kritiska moment och ansträngt oss för att hitta effektiva och tidsbesparande produktionsmetoder. Vi planerar att under projektet arbeta med skiftgång, förlängd arbetstid och semesterarbete. Vi kommer även att bedriva arbetena på flera fronter med parallella organisationer. Oavsett detta har inte risk för försening av tillträdesdagen kunnat uteslutas. Därutöver har vi planerat in Högskolans inredningsarbeten för att begränsa risken för försening. Eftersom vi vet att höstterminsstarten är av stor vikt för Högskolan har vi, i enlighet med våra värderingar om öppenhet och transparens, önskat förtydliga denna situation redan vid anbudets ingivande och i anbudet angivit att vi är beredda att förhandla vårt anbud om Högskolan å sin sida kan acceptera ett senare datum för hyrestidens början alternativt successiv inflyttning eller uppdelning av hyresavtalet i delkontrakt. Det framgår också av förfrågningsunderlaget att hyrestidens början och hyresavtalets uppdelning i delkontrakt kan bli föremål för förhandling.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning har inte bolaget genom sitt svar tillförsäkrat högskolan att bolaget uppfyller det obligatoriska kravet att inflyttning ska ske vid angiven tidpunkt. Frågan om det är en komplettering inom ramen för 9 kap. 8 § LOU aktualiseras därmed inte.


Förvaltningsrätten finner att högskolan inte brutit mot likabehandlingsprincipen genom att förkasta bolagets anbud. Bolagets anbud är, genom den däri bifogade reservationen, inte att jämställa med ett anbud där tidpunkten för inflyttning godtagits utan motsvarande bifogade uppgifter. Det kan också konstateras att en motsatt ståndpunkt skulle kunna ge en anbudsgivare, som kalkylerar med att betala vite på grund av ett försenat arbete, en otillbörlig konkurrensfördel framför en annan anbudsgivare, som istället räknar med ytterligare förhöjda kostnader för att faktiskt kunna uppfylla kravet.

Bolaget har vidare gjort gällande att upphandlingen brustit i transparens ifråga om kravet för inflyttning. Förvaltningsrätten finner utifrån handlingarna i målet att det tydligt framgår av upphandlingsunderlaget att det var fråga om ett obligatoriskt skall-krav. Detta gäller oaktat att upphandlingen genomförts genom ett förhandlat förfarande och att högskolan förbehållit sig rätten att förhandla om tillträdesdagen. Att bolaget vid anbudspresentationen fått muntlig information om att dess anbud bedömts som kvalificerat bör inte föranleda en annan slutsats, eftersom det obligatoriska kravet som sådant var tydligt och det är anbudsgivaren som svarar för uppfyllnaden av kraven. Det har inte framkommit att det funnits anledning för bolaget att utgå från att högskolan ändrat förutsättningarna ifråga om kravet på inflyttningsdatum. Det har inte heller visats att bolaget kunnat lida skada av den påstådda otydligheten, eftersom bolaget inte i målet anfört någon egentlig ändrad inställning till inflyttningsdatumet och att det därmed inte visats att bolaget kunnat hindras från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten finner mot nämnda bakgrund att bolagets ansökan ska avslås då det inte visats att det förekommit något fel i upphandlingen som bolaget kunnat lida skada av.

Det saknas med hänsyn till utgången i målet och ovan anförda skäl anledning att förordna om edition. Högskolans yrkande om edition ska därför avslås. Eftersom bolagets begäran om muntlig förhandling är avhängigt av ett sådant förordnande aktualiseras inte denna begäran.

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


Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

