



SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202

Ombud: Bolagsjurist Johan K Nilsson
Peab AB
Box 808
169 28 Solna

MOTPARTER

1. Gällivare kommun

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

2. Näiden Bygg AB

Box 914
971 27 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2014 -10- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Gällivare Kommun (kommunen) har genom öppet förfarande upphandlat "Entreprenad 01 – Mark- och husbyggnad Generalentreprenör". Enligt tilldelningsmeddelande daterat den 20 maj 2014 har upphandlingen tilldelats Nåiden Bygg AB (Nåiden), Luleå. Peab Sverige AB (Peab) var en av anbudsgivarna.

YRKANDEN M.M.

Peab yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut och förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att kommunen vid en ny utvärdering ska utgå ifrån att Peabs anbudssumma är 93 800 000 kronor samt att det totala priset för anbudet är 96 127 400 kronor. I andra hand yrkar Peab att kommunens tilldelningsbeslut ska upphävas samt att utvärderingen ska göras om varvid anbudet från Nåiden ska diskvalificeras.

Kommunen anser att Peabs ansökan om överprövning ska avslås.

Nåiden har fått möjlighet att yttra sig i målet, men har inte svarat.

VAD PARTERNA ANFÖR

Peab framför sammanfattningsvis följande.

Bakgrund

I de kontraktarbeten som skulle utföras enligt förfrågningsunderlaget ingick det att bygga ett nytt hus vari en del var att bygga en betongplatta på marken. Det fungerar inte att gjuta eller lägga betongplattor direkt på be-

fintlig mark, utan dessförinnan måste det utföras arbeten med schakt- och fyllning (ibland krävs även andra åtgärder såsom markförstärkningsåtgärder). Trots detta fanns inte sådana markarbeten beskrivna i förfrågningsunderlagets tekniska beskrivningar eller ritningar. Detta innebär att entreprenörernas anbud inte skulle innefatta pris för arbetena ifråga. Varken Peab eller Nåiden prissatte arbetena.

För att uppmärksamma kommunen på vad Peab bedömde vara en miss i förfrågningsunderlaget angav Peab i sitt anbud att om markarbetena under huset skulle ingå i anbudspriset så ökade priset med 1 950 000 kr. Peab angav följande i sitt anbud. *"Vi har vid anbudgenomgången uppmärksammat att markarbeten under hus ej finns med i FFU. Således har vi uppfattat det som att detta utförs i annan entreprenad. Om så ej är fallet och detta skall ingå i vårt anbud tillkommer 1 950 000 kr på vår anbudssumma. Alternativt regleras med våra å-priser på mark."*

Detta föranledde kommunen att be Nåiden bekräfta att samtliga markarbeten *i enlighet med vad som redovisas i ritningar och allmänna föreskrifter*. Eftersom de nu aktuella markarbetena inte redovisades i ritningar, allmänna föreskrifter eller andra handlingar i förfrågningsunderlaget innebar Nåidens svar inte att Nåiden i sitt anbud tagit höjd för arbeten under huset. Tvärtom framgick att Nåiden prissatt motsvarande arbete som ingick i Peabs anbudssumma och alltså inte de arbeten under huset för vilka Peab offererade ett tilläggspris om 1 950 000 kr.

Nåidens anbudssumma uppgick till 96 600 000 kr och Peabs anbudssumma till 93 800 000 kr. Kommunen adderade dock 1 950 000 kr till Peabs anbudssumma och utgick således felaktigt från att denna uppgick till 95 750 000 kr. Vid utvärderingen skulle anbudssummorna ökas med ett påslag avseende den av entreprenörerna begärda ersättningen för att överta ansvar för andra entreprenörer. Med beaktande av detta blev de priser som

kommunen jämförde vid utvärderingen 97 893 000 kr för Nåiden och 98 077 400 kr för Peab. Peabs pris skulle dock, om kommunen inte lagt på 1 950 000 kr, ha uppgått till 96 127 400 kr. Peabs pris var alltså lägst.

Hade Peab fått frågan av kommunen skulle Peab lämnat motsvarande svar som Nåiden, dvs. att alla arbeten som redovisades i förfrågningsunderlaget ingick i Peabs anbud.

Omfattningen av kontraktet

AB 04 bygger på vissa grundteser och dessa teser innebär bland annat att alla anbudsgivare ska kunna förstå ett förfrågningsunderlag på lika sätt och att ett entreprenadåtagande ska vara kalkylerbart och inte innehålla några gissningsmoment. Enligt 1 kap. 1 § AB 04 bestäms omfattningen av kontraksarbetena av kontraktshandlingarna. Av kommentaren till bestämmelsen framgår att en konsekvens av detta är att arbeten som inte redovisas i kontraktshandlingarna inte heller omfattas av entreprenörens åtaganden och att detta även gäller arbeten som uppenbarligen är nödvändiga för att åstadkomma en normenlig och fungerande byggnad.

Syftet med bestämmelsen är att skapa förutsättningar för kalkylerbara förfrågningsunderlag som leder till att alla anbudsgivare kalkylerar utifrån samma förutsättningar och att beställaren får anbud som är jämförbara.

AMA Anläggning 10

Kommunen refererar i sitt yttrande till vissa koder i AMA Anläggning 10 – allmän material- och arbetsbeskrivning. I denna finns en katalog med koder och rubriker som avser olika arbeten som kan ingå i en entreprenad. Som exempel kan nämnas ”CBB.2 Jordschakt för byggnad” och ”CEB.2 Fyllning för byggnad, golv o d”. Under koderna finns föreskrifter om hur

respektive arbete kan utföras. Koderna är redigerade i en hierarkisk struktur, den s.k. pyramidregeln. Det betyder att koderna är systemmässigt överordnade varandra. Koden C är t.ex. systematiskt överordnad koden CE som i sin tur är överordnad CEB som är överordnad CEB.2 osv.

Vilka arbeten omfattas?

I handlingen K-20.0-003 hänvisas till ”markhandlingar” vad gäller dränering under/mot hus. Även sektionsritningarna hänvisar vad avser dräneringslager, kapillärbrytning och packad fyllning till ”markhandlingar”. Dessa markhandlingar innehåller ostridigt inte arbetet ifråga och innebär att arbetet således inte ska ingå i entreprenaden.

Inte heller packning och fyllning under huset beskrivs i markhandlingarna. De koder i ”Beskrivning – Mark” till vilka kommunen refererar – CE och CEB i AMA Anläggning 10 – är koder som beskriver generella krav för underordnade koder som åberopas. För att fyllning för byggnad ska ingå i kontraktarbetena krävs att koden ”CEB.2 Fyllning för byggnad, golv od” tas upp i den tekniska beskrivningen. Genom att åberopa CEB.2 blir även kraven under de överordnade koderna CE och CEB gällande, enligt beskrivna pyramidregel. Koden CEB.2 saknas emellertid i ”Beskrivning-Mark”.

I sammanhanget kan notas att det vid eventuella motstidigheter mellan uppgifter på olika ritningar gäller den uppgift som medför lägst kostnad för entreprenören (1 kap. 4 § AB 04).

Om en ritning anger att ett visst arbete ska ingå och en annan ritning att samma arbete inte ska ingå ska anbudsgivaren utelämna kostnaden för arbetet i anbud enligt 1 kap. 4 § AB 04.

Om markarbetena under huset skulle ingå skulle de beskrivas i Teknisk Beskrivning-Mark. Kommunen har dock gjort gällande att det på grund av kompletteringsregeln saknas betydelse att de angivna arbetena inte redovisas i markhandlingarna. Detta är inte korrekt. Även om markarbetena helt eller delvis skulle framgå av ritning, vilket i och för sig bestrids, ingår de inte i kontraktshandlingarna av följande skäl. Enligt kompletteringsregeln i 1 kap. 2 § AB 04 gäller följande. "Kontraktshandlingarna kompletterar varandra om inte omständigheterna föranleder annat." I kommentaren till bestämmelsen anges följande. "*Att kontraktshandlingarna kompletterar varandra är ett uttryck för principen att arbete som skall omfattas av entreprenörens åtagande enbart behöver redovisas på ett ställe i kontraktshandlingarna. Förutsättning för detta är i sin tur att handlingarna är upprättade efter god sed, bl. a. lämpligt och konsekvent samordnade, eller – om så inte är fallet – att entreprenören i anbudsskedet i varje fall inte skall behöva missta sig på vilka arbeten som ska ingå i hans åtagande*".

Det finns inget krav på att ett förfrågningsunderlag måste innehålla en teknisk beskrivning. När en sådan föreligger som ansluter till AMA torde anbudsgivare utgå från att den är komplett – särskilt när den som i föreliggande fall är detaljerad vad avser de markarbeten som ska utföras utanför huset och då MER utgör kontraktshandling.

Oavsett vad som må framgå av ritningarna ingår inte markarbeten under huset i kontraktarbetena eftersom dessa arbeten inte finns upptagna i den i övrigt kompletta och detaljerade beskrivningen avseende markarbeten utanför huset. Det tilläggspris som Peab angivit i anbudet bygger på erfarenhet från tidigare objekt. Priset är således satt utifrån ett estimerat pris per kvadratmeter och inte utifrån ett specificerat utförande i den aktuella entreprenaden eftersom sådana uppgifter saknats.

Peab åberopar och hänvisar till sakkunnigutlåtanden utfärdade av Mats Werner. Han framför sammanfattningsvis följande.

De arbeten som innefattas av anbudssumman är de arbeten som har tydliggjorts och ska ingå i entreprenaden. Exempelvis ingår inte i entreprenaden ett arbete endast av det skälet att det framgår av en ritning eller att "det måste utföras" som kommunen anger i sitt yttrande. Ritningar ska visa *var* en viss sak ska placeras eller ett visst anläggningsarbete ska utföras men det är liktydligt med att saken/arbetet ingår i entreprenaden. Det är speciellt viktigt där flera entreprenörer har närliggande uppgifter att det är tydligt markerat var entreprenadgränsen går. Dessa krav på tydlighet påpekas bland annat av entreprenadjuristen Stig Hedberg i kommentarer till AB 04. I kommentarerna påpekas att skrivningen i 1 kap. 2 § AB 04 om att handlingarna kompletterar varandra inte tar över rangordningsregeln under 1 kap. 3 § AB 04 som anger att uppgift i beskrivning går före uppgift på ritning.

Kommunen har förtecknat MER Anläggning 10 och MER Hus 11 som gällande handlingar. Dessa handlingar anger hur arbeten ska mätas och ersättas. De anger också vissa generella tillämpningsanvisningar för bland annat mängdredovisning och ersättning. Även om dessa handlingar är avsedda att användas vid förteckning av mängden och vid mätning och ersättning av arbete så utgör de otvetydigt en del av de förutsättningar som gäller för entreprenaden.

I MER finns det så kallade kompletthetsskravet på koder och rubriker. Det innebär att det endast är de koder och rubriker som härrör från beskrivningssystemet AMA och som finns medtagna i en förteckning som ingår i åtagandet. Syftet med detta är att alla anbudsgivare ska räkna med samma omfattning av åtaganden så att det inte behöver bli några spekulationer om vilka eventuella arbeten på t ex ritningar som kan tänkas ingå i entreprenaden.

Då Kommunen låtit den aktuella tekniska beskrivningen ha en sådan detaljerad redovisning av olika arbeten som ska ingå för markentreprenaden, men med undantag av just grundläggningsarbeten för byggnaden, så kan det inte anses att beskrivningen uppfyller de krav på att handlingen ska vara upprättad enligt god sed. Detta framgår av kommentarerna till 1 kap. 2 § AB 04 och syftar till att entreprenören i anbudsskedet inte ska behöva missta sig på vilka arbeten som ska ingå i dennes åtagande.

Kommunen har heller inte i sitt yttrande uppgett att AMA Anläggning 10 innehåller någon beskrivning av jordschakt för grundläggning av byggnad. Detta skulle då enligt Kommunen vara ett incitament för att arbetet inte behöver tas med i beskrivningen. Det finns dock ingen som helst koppling mellan arbeten som beskrivs i AMA Anläggning 10 och vilka

arbeten som ska finnas med i en beskrivning. AMA Anläggning 10 innehåller endast kravtexter för ett antal arbeten medan det för de flesta aktuella arbeten är beställaren som med stöd och råd själv får formulera krav på material, utförande och kontroll. I AMA finns även den så kallade pyramidregeln som anger att generella krav skrivs på en överordnad kodnivå med tillhörande rubrik. Det innebär att krav på jord-schakt för grundläggning av byggnad framgår under överordnade koder och rubriker i AMA Anläggning 10 samt att i beskrivningen borde kompletterande krav för grundläggning av byggnad ha framgått under aktuell kod och rubrik.

Syftet med ritningar är att de ska redovisa den geometriska utformningen och syftet med en teknisk beskrivning är att den ska ange krav på material, utförande och kontroll. Beskrivning benämns som begrepp i AB 04 som handling med föreskrifter om och/eller krav på utförande av och kvalitet på arbete.

Skrivningen i 1 kap. 2 § AB 04 om att kontraktshandling kompletterar varandra om inte omständigheterna förändleder annat innebär att en anbudsgivare ska kunna förvänta sig att finna föreskrifter och krav på utförande av och kvalitet på arbete just i beskrivningen och inte på en ritning. Ett förfrågningsunderlag innehåller oftast en mängd handlingar och det är då av största vikt att just rätt saker står i rätt handling för att undvika otydligheter i handlingarna.

Kommunen hävdar med stöd av kommentaren till 1 kap. 3 § st 2 AB 04 att det finns ett undantag från regeln i 1 kap. 2 § AB 04 om att handlingarna kompletterar varandra och att det gäller när det ingår en mängdförteckning bland handlingarna. Detta kan dock inte utläsas av denna kommentar som i stället anger att om en mängduppgift för en viss post i mängdförteckningen har utelämnats och tydlig hänvisning inte har gjorts till annat ställe i förfrågningsunderlaget, ska mängden normalt sett anses vara noll. Detta har alltså inget att göra med utelämnande av koder och rubriker i mängdförteckningen.

Kompletteringskravet på koder och rubriker som återfinns i MER Anläggning 10 och MER Hus 11 avser just när det ingår en mängdförteckning bland handlingarna. Kommunen har genom sin mycket detaljerade förteckning av markarbeten i den tekniska beskrivningen och genom åberopande av MER Anläggning 10 och MER Hus 11 i praktiken föreskrivit ett kompletthetskrav på koder och rubriker i den tekniska beskrivningen när det inte ingår en mängdförteckning av aktuella arbeten. Vad är annars syftet med att förteckna dessa två handlingar avseende mät- och ersättningsregler om de inte ska vara en del av förutsättningarna för anbudslämnandet och det blivande kontraktsåtagandet? Kommunen anger att det inte finns någon "kompletteringsregel" för AMA Anläggning 10 och det är en självklarhet då AMA Anläggning 10 är ett referensverk som endast innehåller

krav för vissa arbeten. Däremot är det viktigt att det är tydliggjort i ett förfrågningsunderlag vilka arbeten som ska ingå i ett åtagande.

Kommunen påpekar att MER Anläggning 10 inte ska tillämpas på de markarbeten som ingår i entreprenad 01, dvs. mark- och husbyggnadsentreprenad. Däremot ska reglerna tillämpas när sådana ÄTA-arbeten som ska ersättas enligt å-prislista – Mark ska utföras. Denna å-prislista har inte några koder och rubriker enligt AMA för de förtecknade arbetena varför reglerna i MER Anläggning inte är applicerbara. Detta är ytterligare ett incitament för att handlingarna inte är upprättade enligt god sed och på ett sätt som borde kunna förväntas av kommunal beställare.

Handlingarna för en utförandeentreprenad ska innehålla de handlingar som krävs för såväl kalkylering som utförande. Om beställaren vill att entreprenören ska upprätta några byggnadsritningar eller dylikt så ska detta arbete framgå under koden YCC i den tekniska beskrivningen. YCC finns medtagen i den tekniska beskrivningen men det framgår inga krav på vilka ritningar eller andra handlingar som ska ingå i åtagandet. Oavsett om entreprenören ska upprätta ritningar eller om anbudsgivaren utifrån givna förutsättningar ska upprätta ritningar som kalkylunderlag så är huvudfrågan om grundläggningsarbetena ska ingå i anbudet eller inte. Om de inte ska ingå så ska det självklart också gå att kalkylera på ett entydigt sätt att alla anbudsgivare räknar på samma förutsättningar.

Kompletteringen

Peab anför även att den av kommunen inhämtade kompletteringen är otillåten. Kompletteringen har inneburet att anbudet har fått en annan innebörd än det ursprungliga. Fråga är således om ett förtydligande som inte omfattas av reglerna i 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

Kommunen framför sammanfattningsvis följande.

Vilka arbeten omfattas?

Upphandlingen avser en samordnad generalentreprenad avseende uppförande av vård- och omsorgsboende i Gällivare kommun. Den i målet aktuella delupphandlingen avser ”Entreprenad 01 – Mark- och Husbyggnad Generalentreprenör”. Entreprenad 01 består med andra ord egentligen av

två delar. Dels en markentreprenad som omfattar markarbeten utanför själva huset och dels en husbyggnadsentreprenad som omfattar uppförandet av själva huset – inklusive grundläggningen av detsamma. Husbyggnadsentreprenaden omfattar dock inte arbeten som upphandlas i andra delentreprenader – såsom rör, ventilation, el m.m.

I förfrågningsunderlaget för den aktuella entreprenaden ingår bl. a. allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader, AB 04. I 1 kap. 1 § 1 st AB 04 redovisas att omfattningen av kontraktarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. Detta innebär att kontraktshandlingarna ska redovisa vilket slutresultat som entreprenören ska leverera till den överenskomna kontraktssumman. Det innebär dock inte att kontraktshandlingarna ska måste beskriva för entreprenören hur denne ska nå fram till detta slutresultat. För det fall att det av kontraktshandlingarna till exempel framgår att grundläggningen av ett hus ska ske på en viss nivå, och den nivån ligger under marknivå, ingår det i entreprenörens åtagande att utföra de schaktarbeten som är nödvändiga för att grundlägga huset på den i kontraktshandlingarna angivna nivån.

I förfrågningsunderlaget för den nu aktuella entreprenaden ingår bland annat ritningen K-K-20.6-104. Av den ritningen framgår grundläggningsnivåerna på olika delar av byggnaden. Samma sak framgår även av sektionsritningarna K-20.2-001 till K-20.2-005.

Som exempel anges i sektion 1 på sektionsritning K-20.2-001 följande för snitten genom och under betongplattan. ”150 BTG ARMNÄT 8100F, 100+100 PAROC XES 200, 0,2 PLASTFOLIER/RADONSKYDD, 70 PAROC XES 200J, DRÄNLAGER, KAPILLÄRBRYTNING OCH PACKAD FYLLNING ENL. MARKHANDLINGAR”

Motsvarande beskrivning finns även för sektion 2 i samma ritning samt för alla övriga sektioner i sektionsritningarna K-20.2-002 till K-20.2-005.

Av bland annat handlingen 1-13.14 Geotekniska ritningar, vilken också ingår i förfrågningsunderlaget, framgår befintliga marknivåer i två sektioner, totalt 11 mätpunkter, samt vilka geotekniska egenskaper marken har i dessa mätpunkter. Därutöver finns även en handling i förfrågningsunderlaget, ritning M10-02-001, som redovisar befintliga marknivåer i ett mycket stort antal punkter. De redovisade marknivåerna ligger högre än grundläggningsnivåerna på byggnaden.

För att utföra grundläggningen av byggnaden i enlighet med kontraktshandlingarna, framgår det med andra ord av förfrågningsunderlaget, att det kommer att krävas vissa schaktarbeten. Eftersom dessa schaktarbeten framgår av förfrågningsunderlaget ingår de i entreprenörens kontraktsåtagande och ska därmed ingå i angiven anbudssumma. Det krävs inte att beställaren därutöver har angivit att schaktarbeten ska utföras av entreprenören.

Även övriga markarbeten under plattan framgår av förfrågningsunderlaget. Av punkterna 14.1 till 14.4 i handlingen K-20.0-003 framgår till exempel att det under plattan ska läggas isolerande och dränerande/kapillärbrytande lager av cellplast och singel/makadam m.m. I punkten 14.4 anges att tjockleken på det kapillärbrytande lagret ska vara tre gånger materialets kapillära stighöjd, dock minst 150 mm. Även av sektionerna framgår att det under betongplattan ska utföras isolering, dränlager, kapillärbrytning och packad fyllning. I sektionerna hänvisas till vad avser dränlager, kapillärbrytning och packad fyllning till "markhandlingar" (dock är det dränerande/kapillär-brytande lagret också markerat på ritningarna). Det kan därvid medges att hänvisningen till "markhandlingarna" i dessa ritningar hade kunnat undvikas eftersom det som kan betecknas som "markhandlingar"

till exempel "Beskrivning – Mark" och markritningar, främst redovisar mararbeten utanför byggnaden. Utförandet av det dränerande/kapillärbrytande lagret under byggnaden redovisas inte i dessa handlingar. Vad avser packning av fyllning, vilket inkluderar fyllning för byggnad, hänvisar dock "Beskrivning – mark" till koderna CE och CEB i AMA Anläggning 10, vilket är att anse som "fackmässigt" utförande. Enligt 2 kap. 2 § 2 st AB 04 ska entreprenaden utföras fackmässigt. Detta innebär att om ingen tjocklek hade angivits på det dränerade/kapillärbrytande lagret i förfrågningsunderlaget (utan endast angivits att sådant lager skulle utföras) hade det ålegat entreprenören att utföra detta arbete "fackmässigt", vilket i princip hade inneburit att AMA Anläggning borde följas.

Peabs redovisning av pyramidregeln i AMA Anläggning 10 är något missvisande. Av pyramidregeln följer att åberopandet av en kod (t. ex. CEB.21 Fyllning för grundläggande av byggnad) innebär också att "överordnade" koder i systemet (i detta fall till exempel CE och CEB) gäller utan att den överordnade koden uttryckligen anges. Om den överordnade koden uttryckligen anges gäller den dock förstås även utan att någon "underordnad" kod anges. I detta fall har koderna CE och CEB angivits i kontraktshandlingarna. Detta innebär att kraven i dessa koder för packning och fyllning för byggnad gäller, även om koden CEB.21 har angivits i kontraktshandlingarna. Däremot gäller inte kraven i CEB.21 om inte detta ändå följer av kravet på att arbetet ska utföras fackmässigt.

Det ska avslutningsvis upprepas att AMA Anläggning 10 redovisar allmänna material- och arbetsbeskrivningar – dvs. de tekniska kraven på *hur* arbetet ska utföras.

Samtliga arbeten under betongplattan, såsom isolering, ångspärr samt dränerande och kapillärbrytande lager beskrivs i detalj på ritningar. Vad avser fyllning beskrivs detta i markbeskrivning. Schaktarbetena beskrivs i och

för sig inte i handlingarna men av ritningar och beskrivningar framgår att arbetet måste utföras för att byggnaden ska kunna grundläggas på angiven nivå. I detta fall skiljer sig inte förfrågningsunderlaget från vad som sedvanligt redovisas i ritningar. Möjligen kan konstateras att redovisningen av befintlig marknivå är betydligt mer utförlig än vad som är normalt. Det kan också påpekas att inte heller AMA Anläggning 10 innehåller någon "beskrivning" av jordschakt för grundläggning av byggnad, utan endast en i sammanhanget irrelevant föreskrift om storlek på enskilda stenar i schakytan. Eftersom arbetet framgår av kontraktshandlingarna ingår det i kontraktsåtagandet.

Peab har också uppenbarligen kunnat kalkylera ett pris på sin reservation trots påståenden om att arbetena inte redovisas.

Nåidens bekräftelse är inte otillåten komplettering

Med anledning av att Peab i sitt anbud – trots vad nu redovisats – angav att de uppfattade det som att markarbetena under huset inte ingick i entreprenaden önskade Kommunen – trots att Kommunen ansåg att arbetet ingick av förfrågningsunderlaget – ändå säkerställa att övriga anbudsgivare hade räknat med detta i sina anbud. Frågan som ställdes till övriga anbudsgivare löd på följande vis: "I Entreprenad 01, Entreprenad för Mark- och Husbyggnad, ingår samtliga markarbeten för grundläggning av byggnad, till exempel schakt, dränerande lager m.m. i enlighet med vad som redovisas i ritningar och allmänna föreskrifter. Vänligen bekräfta att dessa arbeten ingår i angiven anbudssumma."

Anledningen till att Peab inte fick frågan var förstås att bolaget redan i sitt anbud hade angivit kostnaden för sin reservation avseende markarbeten under huset.

Bekräftelsen har inte inneburit att anbudet fått en annan innebörd än vad det ursprungligen hade. Peab saknar helt stöd för sina påståenden om innebörden av Näidens ursprungliga svar på kommunens fråga om huruvida markarbetena under byggnaden ingick i anbudet.

Kompletteringsregeln gäller

Enligt Mats Werner ska ett åtagande återfinnas i "den handling" där en anbudsgivare har rätt att förvänta sig att uppgiften ska finnas. Det ska dock påpekas att det inte bara finns en handling som skulle vara "rätt" för respektive åtagande. Ett åtagande kan redovisas i en eller flera olika typer av handlingar. Det är mycket vanligare att ett åtagande endast redovisas i ritningar.

Huvudregeln är att kontraktshandlingarna kompletterar varandra. Enligt 1 kap. 3 § 2 st AB 04 med kommentarer finns ett undantag från den grundregeln vad avser mängdförteckning. En mängdförteckning förutsätts i normalfallet vara komplett och redovisa hela kontraktsåtagandet (även om det finns undantag också från den regeln). Denna "kompletthetsregel" vad avser *mängdförteckning* finns också angiven i MER Anläggning 10. Någon motsvarande "kompletthetsregel" för AMA Anläggning 10 finns inte och det saknas helt stöd för att Mats Werners påstående om att kommunen, genom att MER Anläggning 10 och MER Hus 11 har angivits som kontraktshandlingar, skulle ha utvidgat denna kompletthetsregel till att omfatta de tekniska beskrivningarna.

MER Anläggning 10, och de däri angivna mät- och ersättningsreglerna, ska överhuvudtaget inte tillämpas på de markarbeten som ingår i Entreprenad 01, det vill säga mark- och husbyggnadsentreprenaden. Däremot ska dess mät- och ersättningsregler tillämpas när ÄTA-arbeten som ska ersättas enligt å-prislistan – Mark utförs.

När det gäller nämnda å-prislista, som alltså ska reglera eventuellt tillkommande arbete som inte ingår i kontraksarbetet, anser Mats Werner att det faktum att några markarbeten under byggnaden inte är upptagna visar att arbetena inte är en del av åtagandet. Kommunen ifrågasätter detta resonemang. Orsaken till att markarbetena under byggnaden inte är upptagna i å-prislistan är istället att det saknas anledning att anta att det kommer att ske några förändringar i dessa arbeten som motiverar att de tas upp i å-prislistan.

Arbetena har varit kalkylerbara

Mats Werner och även Peab påstår att arbetena inte skulle vara kalkylerbara, bland annat eftersom det inte redovisats några schaktsektioner. Dessa påståenden är felaktiga. I förfrågningsunderlaget finns en utförlig redovisning av befintliga marknivåer. Vidare finns en redovisning av grundläggningsnivåerna på byggnaden. Utifrån dessa uppgifter kan en entreprenör räkna ut volymen på den nödvändiga schakten, till exempel genom att upprätta egna schaktsektioner. Därutöver kan möjligen också påpekas att påståendet om att arbetena inte är kalkylerbara klart motsägs av det faktum att såväl Peab själv som den vinnande anbudsgivaren Nåiden de facto har kunnat kalkylera arbetena, Peab i sin reservation och Nåiden i sin anbudssumma.

Sammanfattningsvis

Sammanfattningsvis kan konstateras att markarbeten under huset framgår av förfrågningsunderlaget och därför ingår i Mark- och Husbyggnadsentreprenörens åtagande. Att arbetena ingår i den vinnande anbudsgivarens, Nåidens, anbud har denne också bekräftat. För att Peabs anbud ska kunna jämföras med Nåidens anbud måste kostnaden för Peabs reservation avse-

ende markarbetena under huset läggas till Peabs anbudssumma. Upphandlingen har därför genomförts på ett korrekt sätt.

Vad Peab angett om ett eventuellt andrahandsyrkande för det fall att Kommunen skulle göra gällande att markarbetena under betongplattan redovisades i förfrågningsunderlaget och ingått i anbudssummorna ska noteras att Kommunen gör gällande just detta och att Näiden också har prissatt arbetena i fråga eftersom de ingår i Näidens anbudssumma. Någon anledning för Kommunen att förkasta Näidens anbud har därmed inte funnits.

Kommunen har haft som avsikt att de ifrågasatta arbetena skulle ingå. Näiden har på begäran av kommunen bekräftat att arbetena ingår i deras anbud och Peab har i sitt anbud angivit ett pris om arbetena ska ingå. Det har inte förelegat några hinder för kommunen att göra det aktuella förtydligandet avseende omfattningen av åtagandet. Inte heller finns det någon anledning att tro att vare sig Näidens eller Peabs anbud hade haft något annat innehåll om upphandlingen hade avbrutits och förtydligandet avseende markarbetena under huset istället hade skett i en ny upphandling. Peab har med andra ord inte drabbats av någon skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänt

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att i förfrågningsunderlaget ska en upphandlande myndighet beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten ställer. Förfrågningsunderlaget utformas därefter efter dessa krav. Kraven och villkoren måste dock vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Förvaltningsrätten konstaterar därefter att ett förfrågningsunderlag kan innehålla en mängd handlingar och det finns inga bestämmelser varken i LOU eller i gemenskapsrätten som reglerar hur dessa i detalj ska vara utformade. Det finns heller inga detaljerade bestämmelser om vad som ska ingå i de handlingar som utgör ett förfrågningsunderlag. Högsta förvaltningsrätten har dock uttalat att vad gäller utformningen av förfrågningsunderlag ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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 (RÅ 2002 ref. 50).

Av intresse är även ett uttalande av EU-domstolen i mål C-19/00 (SIAC), i vilket anges att kriterierna i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Förvaltningsrätten noterar därefter att det finns branschpraxis till vilken aktörer inom aktuell bransch hänvisar till samt att dessa regleras av avtalsrättsliga bestämmelser. I aktuellt mål har kommunen bl. a. hänvisat till bestämmelserna i AB 04 – dvs. allmänna bestämmelser för byggnads- anläggnings- och installationsentreprenader. Bestämmelserna har utarbetats av Föreningen Byggandets kontraktskommitté (BKK).

Förvaltningsrätten har vid ansökan om överprövning av en upphandling att beakta de bestämmelser som LOU och gemenskapsrätten uppställer och ska således efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva ansökan. Om den upphandlande myn-

digheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kunnat komma att lida skada på gå grund av agerandet ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas.

I de av kommunen hänvisade allmänna bestämmelserna (AB 04) framgår av 1 kap. 1 § att "Omfattningen av kontraktarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. Kontraktshandlingarna omfattar även sådana detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg till kontraktssumman."

I kommentaren till paragrafen anges att "Villkoret att omfattningen av entreprenörens åtagande bestäms av kontraktshandlingarna är ett av de mest grundläggande villkoren i AB 04. AB 04 är främst skrivna för utförandeentreprenader. Vid utförandeentreprenader har beställaren gjort eller låtit göra produktbestämning genom de beskrivningar eller ritningar som legat till grund för anbudsgivning och som efter avtal ingår bland kontraktshandlingarna. Den kanske viktigaste konsekvensen av första stycket är att arbeten som inte redovisas i kontraktshandlingarna inte heller omfattas av entreprenörens åtagande. Detta gäller även, med det undantag som anges i andra stycket, arbeten som uppenbarligen är nödvändiga för att åstadkomma en normenlig och fungerande byggnad eller anläggning."

I begreppsbestämningar med anmärkningar till aktuella bestämmelser i AB 04 anges att kontraktshandlingar är – kontrakt jämte handlingar som är fogade till detta eller som i någon av dessa är angiven som gällande för kontraktarbetena. Om parterna inte har upprättat ett kontrakt är de handlingar som utvisar parternas överenskommelse att betrakta som kontraktshandlingar.

Förvaltningsrätten gör mot bakgrund härav den bedömningen att kontraktshandlingarna enligt beskrivning delvis utgör upphandlingens förfrågningsunderlag. Som framgår av förfrågningsunderlaget är den aktuella upphandlingen en samordnad generalentreprenad avseende uppförande av vård- och omsorgsboende i Gällivare kommun. Kommunen har i yttrande förtydligat att aktuell ansökan avser upphandlingsdel "Entreprenad 01 – Mark- och Husbyggnad Generalentreprenör", således att Entreprenad 01 består av två delar. Dels en markentreprenad som omfattar markarbeten *utanför* själva huset, dels en husbyggnadsentreprenad som omfattar uppförandet av själva huset, inklusive grundläggningen av detsamma. Husbyggnadsentreprenaden omfattar dock inte arbeten som upphandlas i andra delentreprenader – såsom rör, ventilation, el m.m.

Kommunen har även framfört att det av förfrågningsunderlaget framgår omfattningen av entreprenaden i aktuell upphandlingsdel. I kontraktshandlingarna har kommunen dock inte beskrivits för entreprenören hur denne ska nå fram till slutresultatet. Kommunen har emellertid hänvisat till handlingar i förfrågningsunderlaget bl.a. sektionsritningarna K-20.2-001 – K 20.2-005 och geotekniska ritningar som bl.a. anger geotekniska egenskaper, marknivåer samt hur arbetet under betongplattan ska utföras med isolering, dränlager m.m. Enligt kommunens mening ingår det därmed i entreprenörens åtagande att utföra de schaktarbeten som är nödvändiga för att grundlägga huset på de i kontrakthandlingarna angivna nivåerna.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt tydligt vad gäller de arbeten som ska utföras under marknivå.

Förvaltningsrätten kan konstatera att av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att varje leverantör med förfråg-

ningssunderlaget som utgångspunkt ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det ska således vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Förvaltningsrätten anser visserligen att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat, men att det av de olika ritningarna m.m. på ett tillräckligt tydligt sätt framgår att kommunen även avsett att markarbeten under byggnaden ska ingå. Detta då kommunen har benämnt aktuell upphandling ”Entreprenad 01 – Mark- och husbyggnad Generalentreprenör”, vilket enligt förvaltningsrättens mening också torde tyda på att arbetet är helomfattande. Vidare är – såsom kommunen har framfört – upphandlingen uppdelad i två delar, en gällande mark och den andra gällande bygg. I förfrågningsunderlaget anges dessutom att markarbetena omfattar ca 10 000 kvadratmeter *exklusive* byggnadsytan. Detta talar för att marken under byggnaden ingår och innefattas av aktuell upphandlingsdel på sätt som kommunen framfört.

Förvaltningsrätten finner således att kommunen får anses ha visat att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och därmed innehåller de handlingar som är nödvändiga för att anbudsgivare ska kunna förstå att markarbeten under byggnaden ingår i nu överprövad upphandling. Någon annan omständighet har inte framkommit som fått förvaltningsrätten att ha en annan uppfattning i detta avseende.

Kompletteringen/förtydligandet

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU följer att en anbudsansökan eller ett anbud får förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen den 10 juni 2014 – efter det att Peab hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning – skickat ut en förfrågan till samtliga anbudsgivare förutom Peab. Kommunen har i denna förfrågan begärt ett förtydligande/bekräftelse på att inlämnade anbud innefattade markarbeten för grundläggning av byggnaden. Samtliga anbudsgivare bekräftade därvid att dessa arbeten ingick. Kommunen har uppgett att Peab inte fick förfrågan eftersom bolaget redan i sitt anbud hade angett kostnaden för markarbete under huset.

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten redan gjort den bedömningen att markarbetena ingått i entreprenaden och omfattas av aktuell upphandling, kan kommunens förfrågan till samtliga anbudsgivare utom Peab inte anses vara otillåten och därmed inte heller strida mot LOU eller de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner att de brister i förfrågningsunderlaget som Peab påtalat inte är av sådan art och omfattning att grund för åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger. Kommunen har således enligt förvaltningsrättens mening agerat korrekt när den utvärderat Peabs alternativa anbud vari markarbetena ingår.

Sammanfattningsvis anser därför förvaltningsrätten att vad Peab anfört i målet inte visar att kommunen brutit mot LOU och dess bakomliggande principer och att detta har medfört att Peab lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Britt Dahlin

Föredragande har varit C. Andersson



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.