



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarie
Emma Roswall

DOM
2008-07-08
Meddelad i
Falun

Mål nr
688-08 E
Rotel 4

KONKURRENSVERKET	
2008-07-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-8122
Margretetorpsvägen
260 92 Förslöv

Ombud: Johan K Nilsson
c/o Peab AB
Box 808
169 28 Solna

MOTPART

Vägverket
781 87 Borlänge

Ombud: Annica Bengtsson
c/o Juridik och upphandling
Vägverket
781 87 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

BAKGRUND OCH YRKANDE

Vägverket genomför en öppen upphandling avseende underhållsbeläggningar varm massabeläggning år 2008 inom region Mitt. Upphandlingen avser ett flertal delupphandlingar, s.k. beläggningsgrupper. I meddelande om tilldelningsbeslut den 26 februari 2008 tilldelades Skanska Sverige AB (nedan Skanska) gruppen Y2 samt NCC Roads AB (nedan NCC) grupperna Y1 och Z3.

Peab Asfalt AB (Peab) begär överprövning och yrkar att länsrätten i första hand skall upphäva Vägverkets tilldelningsbeslut samt besluta att utvärderingen avseende Y1, Y2 och Z3 skall göras om utan beaktande av NCC:s och Skanskas sidoanbud för Y1 och Z3 resp. Y2. I andra hand yrkar Peab att Vägverkets tilldelningsbeslut skall upphävas samt besluta att upphandling-

Dok.Id 49541

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

en avseende Y1, Y2 och Z3 skall göras om. Peab yrkar vidare att länsrätten håller muntlig förhandling samt syn av de aktuella vägsträckorna. Synen åberopas till styrkande av att vägarnas skick är sådant som Peab påstått samt, därmed, att det föreligger betydande bärighetsproblem och att det finns ett omfattande behov av förstärkningsåtgärder även på andra sträckor än på de begränsade sträckor för vilka sådana åtgärder föreskrivits i förfrågningsunderlaget.

Upphandlingsföreskrifterna

I det förfrågningsunderlag som Vägverket tillhandahöll de presumtiva anbudsgivarna ingick upphandlingsföreskrifter (nedan "UF").

I UF punkt UFB.31 angavs följande. "Anbud skall vara baserat på de mängder som anges i bifogade mängdförteckningar" samt "Angivna mängder i förfrågningsunderlaget skall vara prissatta i anbud". Av UF punkt UFB.312 framgick att anbudsgivare hade möjlighet att avge s.k. sidoanbud samt att det avseende sådana anbud skulle bifogas livslängdsberäkning mm. Av UF punkt UFB.522 framgick att beställaren skulle anta de anbud som var ekonomiskt mest fördelaktiga.

Mängdkontrakt

Entreprenaden avsåg s.k. mängdkontrakt. Ett s.k. mängdkontrakt tillkommer genom att beställare i sitt förfrågningsunderlag tillhandahåller icke prissatta mängdförteckningar i vilka anges vissa mängder av olika enheter (styck, meter, kvadratmeter, ton etc.) av arbeten. Före avlämnandet av anbudet kalkylerar därefter anbudsgivarna kostnaderna för att utföra de olika enheternas arbete och prissätter arbetet ifråga. Till anbudet bifogas därefter en s.k. prissatt mängdförteckning, dvs. den icke prissatta mängdförteckningen kompletterad med de priser som anbudsgivaren begär för att utföra de i mängdförteckningen angivna arbetena. Priserna i den prissatta mängdförteckningen utgör s.k. á-pris. Om samtliga enheters arbete multipliceras med respektive á-pris och därefter summeras erhålls anbudssumman. Anbudssumman är alltså summan av olika delposter som består av mängder multiplicerat med á-pris.

För både Y1 och Y2 ingick icke prissatta mängdförteckningar i förfrågningsunderlaget.

Entreprenadkontrakt

I förelägget till entreprenadkontrakt som ingick i förfrågningsunderlaget angavs att det i projektet Y2 var ett krav att kvalitetsvärdering skulle ske med s.k. DOR-mätning.

NCC:s anbud

Avseende Y1 erbjöd NCC såsom sidoanbud 1 att "På objekt E14-1 29.600 m², E14-2 och Väg 331 i stället för 80 ABS 11 utföra 40 VIACOGRIP". Erbjudandet innebar att NCC bytte ut vissa arbeten i mängdförteckningen mot andra typer av arbeten. Sidoanbudet blev därmed 2.100.000 kr billigare än NCC:s huvudanbud. NCC har i sitt sidoanbud avseende Y1 bytt ut i mängdförteckningen föreskrivet arbete avseende beläggning med 80 ABS 11 mot arbete med en helt annan beläggningstyp. NCC har således, med ändring av förutsättningarna som angavs i förfrågningsunderlaget, skapat sig gynnsammare förutsättningarna än de som föreskrevs i förfrågningsunderlaget genom att byta ut ett i mängdförteckningen föreskrivet arbete. NCC:s sidoanbud uppfyller därmed inte skall-krav i förfrågningsunderlaget och borde följaktligen inte ha beaktats vid utvärderingen. I och med att Vägverket - trots att det i förfrågningsunderlaget angavs att anbud skulle vara baserade på mängder som angavs i mängdförteckningarna - upptog NCC:s anbud till prövning agerade Vägverket i strid med såväl LOU som de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens samt den huvudprincip bakom LOU som innebär att de anbud som inte uppfyller obligatoriska krav inte skall beaktas vid utvärderingen.

Skanskas anbud

Avseende Y2 erbjöd Skanska såsom sidoanbud att ersätta vissa arbeten i mängdförteckningen med andra arbeten. Utbytena avsåg bl.a. att 215.300 m² 80 ABS 11 som ersattes med en lika stor mängd TSK 16 kk. Sidoanbudet blev därmed flera miljoner kronor billigare än huvudanbudet. Skanska

har i sitt sidoanbud avseende Y2 bytt ut i mängdförteckningen föreskrivet arbete avseende 80 ABS 11 mot arbete med en helt annan beläggningstyp. Skanska har således, med ändring av förutsättningarna som angavs i förfrågningsunderlaget, skapat sig gynnsammare förutsättningarna än de som föreskrevs i förfrågningsunderlaget genom att dels byta ut ett i mängdförteckningen föreskrivet arbete, dels bortse från ett skall-krav avseende kvalitetsvärdering. Skanskas sidoanbud uppfyller därmed inte skall-krav i förfrågningsunderlaget och borde följaktligen inte ha beaktats vid utvärderingen. I och med att Vägverket, trots att det i förfrågningsunderlaget angavs att anbud skulle vara baserade på mängder som angavs i mängdförteckningarna samt att DOR-mätning skulle ske, upptog Skanskas anbud till prövning agerade Vägverket i strid med såväl lagen om offentlig upphandling kap 1 § 4 som de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens samt den huvudprincip bakom LOU som innebär att de anbud som inte uppfyller obligatoriska krav inte skall beaktas vid utvärderingen.

Skaderekvisitet mm

Vägverket bedömde Peabs anbud som det näst mest ekonomiskt fördelaktiga avseende Y1, Y2 och Z3. Om Vägverket hade agerat i enlighet med LOU skulle Peab ha tilldelats Y1, Y 2 och Z3. Peab har således lidit skada till följd av Vägverkets ovan beskrivna agerande. I vart fall innebär agerandet risk för sådan skada.

Likvärdighet mm

Enligt LOU kap 1 § 23 b får en upphandlande enhet som skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande, om det uppfyller minikrav som enheten ställt upp. Peab önskar därför framhålla att nu aktuella arbeten i NCC:s och Skanskas sidoanbud inte är likvärdiga med de arbeten som föreskrivits i resp. mängdförteckning. Vad NCC och Skanska gjort är i princip att föreslå en beläggning som är mycket tunnare än den föreskrivna. Detta medför naturligtvis att mängden arbete minskar samt att såväl pris som kvalité sjunker. Förfa-

randet kan närmast jämföras med situationen då en upphandlande enhet begär in pris på ett tiovåningshus samt därefter tilldelar entreprenaden en anbudsgivare som lämnat ett "billigt" sidoanbud avseende ett hus som har hälften så många våningar som det i förfrågningsunderlaget beskrivna huset. Förfarandet var inte förutsebart. Till detta kommer att inget av sidoanbuderna uppfyller de minikrav som framgår av förfrågningsunderlagets mängdförteckningar.

Länsrätten har den 10 mars 2008 beslutat att upphandlingen avseende grupperna Y1, Y2 och Z3 inte får avslutas innan något annat har förordnats.

Vägverket har i yttrande angivit sin inställning enligt följande. Vägverket bestrider Peabs yrkanden samt yrkar att länsrättens interimistiska beslut snarast upphävs. Till stöd för sin talan anför Vägverket i huvudsak följande. En avgörande fråga i målet är om Skanskas och NCC:s s k sidoanbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Vägverkets uppfattning är att de antagna anbuden uppfyller ställda krav.

Anbudsprövningen

Vägsträckorna som ingår i beläggningsgrupperna Y1 och Y2 är slitna med spår, ojämnheter och lokala stensläpp i ytan. Vägverket har i upphandlingen föreskrivit en standardlösning för att förnya slitlagret. De aktuella vägarna har inte något problem med bärigheten. I anbuden från både NCC och Skanska erbjuds lösningar som väl svarar upp mot förväntad livslängd och hållbarhet jämfört med standardlösningen. Den standardlösning som beskrivs i förfrågningsunderlaget innebär att cirka 35 mm av den gamla beläggningen fräses bort och återläggs med lika mycket, d v s cirka 35 mm ny beläggning. NCC:s och Skanskas anbud erbjuder bortfräsning av cirka 20 mm gammal beläggning och återläggning av lika mycket, d v s cirka 20 mm, ny beläggning, s k tunnskiktsbeläggning (TSK). Det totala bundna lagret beläggning efter åtgärd blir detsamma som med standardlösningen varför ingen skillnad i bärighet blir följden. NCC:s förslag med s k Viaco-

grip är en av NCC framtagen variant av TSK. Det översta lagret beläggning skall motstå nötning från trafiken, skydda underliggande lager i vägkroppen från vatten samt, på vägar med dålig bärighet, ge ett visst tillskott till vägens bärförmåga. Skillnaderna mellan en vanlig massabeläggning typ ABS (asfaltbetong stenrik), d v s Vägverkets standardlösning, och en TSK kan beskrivas på följande sätt. En vanlig massabeläggning utförs genom att man lägger ett 30-40 mm tjockt lager asfaltmassa. För att få det att fästa mot underlaget utförs en s k klistring med ett tunt lager emulsion om cirka 0,3 kg/m². En TSK utförs så att man sprider ett tjockare lager bindemedel, en polymermodifierad emulsion, om 1,0 och 1,5 kg/m². Ovanpå detta läggs direkt en asfaltmassa med en temperatur om cirka 160° C. Temperaturen är ungefär densamma som vid läggning av en vanlig massabeläggning, men den stora mängden bindemedel vid TSK får bindemedlet att "koka ända upp" till ytan och gå in i håligheter i massan. Det tjocka bindemedelslagret som läggs med en TSK har visat sig på ett bra sätt hindra vatten från att komma in i beläggningsslagren, vilket kan göra den mer motståndskraftig än en vanlig massabeläggning. I ATB Väg ("Allmän teknisk beskrivning för vägkonstruktion"), finns beskrivet vilka beläggningstyper som är lämpliga vid olika trafikmängder. Där anges ABS och TSK på samma rad, d v s att de har samma tillämplighet. Enligt ATB Väg är TSK således ett likvärdigt alternativ på vägar utan bärighetsproblem. Under tabellen anges att "Slitlagertyp av tunnskiktbeläggningar (TSK) används på vägar med god bärighet". En TSK är därför fullt utbytbar mot en ABS på sådana vägar som är föremål för denna överprövning och kan dessutom i vissa fall ge ett bättre resultat. NCC och Skanska har med sina anbud bifogat tekniska beskrivningar där de erbjuder lösningarna beskrivs. De beräkningar som redovisas i beskrivningarna visar på likvärdigt eller bättre resultat avseende flera viktiga egenskaper, t ex livslängd och spårtillväxt. Beräkningarna bygger på Statens väg- och transportforskningsinstituts (VTI) slitagemodell. Vägverket har kontrollerat beräkningarna och kommit fram till att de stämmer. NCC:s respektive Skanskas offererade lösningar är därför fullt utbytbara

mot Vägverkets föreskrivna standardlösning. Vägverket har därför inte rätt att förkasta anbudet.

Skallkrav

Vägverket har i förfrågningsunderlaget föreskrivit vilka mängder som skall användas för angiven standardlösning. Med antagna likvärdiga lösningar blir mängderna givetvis annorlunda. Vägverket har inte heller bortsett från ett skallkrav avseende kvalitetsvärdering. Enligt förfrågningsunderlaget förutsätts DOR-mätning ske i två objekt som ingår i beläggningsgrupp Y2. DOR (Density on run) är en metod för att kvalitetsvärdera massabeläggningar med en tjocklek större än 30 mm. Metoden innebär att vissa krav i AMA/ATB Väg utgår. AMA är förkortningen för "Allmän material- och arbetsbeskrivning" som är av byggsektorn gemensamt överenskomna och allmänt accepterade krav på material och utförande för bygg-, anläggnings- och installationsarbeten. På beläggningar som är tunnare än 30 mm ersätts DOR-mätning med provning avsedd för tunnskiktsbeläggning enligt AMA. Att en godkänd likvärdig lösning antas innebär inte att den upphandlande myndigheten bortser från skallkrav, utan att den likvärdiga lösningen uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Likvärdig lösning

Både anbudsgivare och upphandlande myndighet har enligt gällande rätt att räkna med att anbud lämnas som föreslår likvärdiga lösningar. Myndigheten kan inte neka till att pröva ett sådant anbud. Det är självfallet så att varken myndigheten eller anbudsgivare kan förutse huruvida någon likvärdig lösning kommer att offereras eller vilka lösningar en anbudsgivare i så fall kan se som möjliga. Eftersom det är fråga om likvärdighet, d v s att ställda krav faktiskt uppfylls men på likvärdigt sätt, medför antagande av kontrollerad och godkänd likvärdig lösning däremot inte något brott mot transparensprincipen. Det kan tilläggas att inte endast en, utan två, anbudsgivare har utifrån de förhållanden som gäller för de vägar som är föremål för denna överprovning sett tunnskiktsbeläggning som en likvärdig lösning. Av detta följer att Skanska och NCC offererat likvärdiga lösningar och i sina

anbud visat detta på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som Vägverket anser vara tillfredsställande. Skanskas och NCC:s lösningar är fullt utbytbara mot av Vägverket föreskriven standardlösning.

Peab har i yttrande tillagt bl.a. följande. Med "teknisk specifikation" i artikel 23 punkt 4 i upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn avses, enligt bilaga VI till direktivet, föreskrifter med angivande av de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att den skall kunna beskrivas på ett sådant sätt att den lämpar sig för den upphandlande enhetens planerade användning. Det finns i föreliggande upphandling inga sådana krav enligt en angiven teknisk specifikation som avses i artikel 23 punkt 4 i upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Inte heller finns det sådana krav avseende prestanda eller funktion som avses i artikel 23 punkt 5. Förutsättningar för att bedöma frågan om likvärdighet saknas således. De av Skanska och NCC föreslagna tekniska lösningarna är inte likvärdiga med den av Vägverket föreskrivna tekniska lösningen. Skanskas och NCC:s lösningar är inte ens möjliga att använda.

Anbudsprövningen

Att vägarna som ingår i Y1 och Y2 är slitna med spår, ojämnheter och lokala stensläpp i ytan är riktigt, men en underdrift. Även påståendet att Vägverket i upphandlingen har föreskrivit en standardlösning är korrekt. Påståendet att de aktuella vägarna inte har något problem med bärigheten är direkt felaktigt. Detsamma gäller påståendet att det i sid oanbuden från NCC och Skanska erbjudits lösningar som väl svarar upp mot förväntad livslängd och hållbarhet jämfört med standardlösningen. Vägverkets beskrivning av standardlösningen som föreskrivs i förfrågningsunderlaget är korrekt. Påståendet att NCC:s och Skanskas sid oanbud erbjuder bortfräsning av cirka 20 mm gammal beläggning är felaktigt. Det framgår varken av Skanskas eller NCC:s sid oanbud att bortfräsningen skall minskas i jämförelse med de 30-35 mm som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Påståendet att de båda sid oanbuden erbjuder återläggning av 20 mm ny beläggning är inte riktigt.

Påståendet är dock korrekt vad gäller Skanskas anbud. Men NCC:s anbud innebär bara en återläggning om 16 mm. Påståendet att det totala bundna lagret beläggning efter åtgärd blir detsamma som med den föreskrivna standardlösningen varför ingen skillnad i bärighet blir följderna är felaktigt. Eftersom det föreskrivna utförandet innebär att ny beläggning om 32 mm ska påföras innebär Skanskas och NCC:s sidobud att beläggningens tjocklek minskar med 12 mm resp. 16 mm. För varje millimeter som beläggningens tjocklek minskar blir bärigheten sämre. Påståendet att NCC:s anbud med s.k. Viacogrip är en av NCC framtagen variant av tunnskiktsbeläggning är felaktigt. Det bör noteras även s.k. tunnskiktsbeläggning är en standardlösning för Vägverket (vilket bl.a. framgår av att denna lösning redovisas i Vägverkets ATB-väg). Vidare bör noteras att NCC:s sidobud inte avser en s.k. tunnskiktsbeläggning. För att en beläggning skall betraktas som en tunnskiktsbeläggning krävs, såsom Vägverket angivit i sin inlägga, att ett tjockare lager bindemedel om 1,0 - 1,5 kg/ m² efter bortfräsningen sprids på den gamla beläggningen. NCC:s metod innefattar endast att bindemedel om 0,4 - 0,6 kg/m² sprids ut på den gamla beläggningen samt därmed bl.a. att vidhäftningen mot den gamla ytan blir sämre och att vattengenomträngligheten större än med en tunnskiktsbeläggning. Att ABS och tunnskiktsbeläggningar anges på "samma rad" i det vägverksdokument som benämns ATB Väg innebär naturligtvis inte att de är likvärdiga på vägar utan bärighetsproblem. Vägverket har tidigare inte bedömt dessa beläggningstyper som likvärdiga annat än i fall då beläggningarna haft samma tjocklek, se t.ex. bifogat "Godkännande av likvärdig produkt". På nu aktuella vägar finns dessutom stora bärighetsproblem. Det är riktigt att NCC och Skanska har beskrivit sina tekniska lösningar. Det är felaktigt att Skanska och NCC har redovisat beräkningar som visar på likvärdigt eller bättre resultat avseende flera viktiga egenskaper. Både NCC:s och Skanskas beräkningar avser endast slitlagret, dvs. slitaget, och alltså inte t.ex. bärighet, elasticiteten i det nya lagret, utmattning m.m. Både Skanskas och NCC:s sidobud bygger dessutom på förutsättningar som inte är för handen vad gäller nu aktuella

vägar. Lösningarna i sidoanbuden är inte "fullt utbytbara". De är inte ens användbara. Om NCC och Skanska fräser bort 30-35 mm minskar beläggningens totala tjocklek och bärigheten blir sämre. Om NCC och Skanska, såsom Vägverket synes förutsätta, endast fräser bort 20 mm kommer vägarna att få en mycket dålig kvalitet.

Skall-krav

I UF punkt UFB.31 angavs att "Anbud skall vara baserat på de mängder som anges i bifogade mängdförteckningar" samt "Angivna mängder i förfrågningsunderlaget skall vara prissatta i anbud". I det förelägg till entreprenadkontrakt som ingick i förfrågningsunderlaget angavs att det i projektet Y2 var ett krav att kvalitetsvärdering skulle ske med s.k. DOR-mätning. Skall-krav får inte frångås varken i huvudanbud eller sidoanbud. Skanskas sidoanbud för Y2 uppfyller inte något av de ovan redovisade skallkraven. NCC:s sidoanbud uppfyller inte de under a) redovisade skall-kraven. För tydlighets skull får klargöras att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon föreskrift om att DOR-mätning kan eller skall ersättas av någon annan form av mätning eller provning. I föreliggande upphandling finns skall-krav enligt vilka anbud skall vara baserade på mängder i mängdförteckningen mm. Detta krav är inte uppfyllt såvitt avser nu aktuella sidoanbud. Även om kravet skulle ha varit uppfyllt hade inte principerna om likabehandling och transparens kunnat uppfyllas om sidoanbud av nu aktuellt slag togs upp till provning. Skälet är att det i förfrågningsunderlaget saknas information om vilka krav som gäller för provningen av likvärdighet. För att öppna möjligheten till sidoanbud vad gäller alternativa utföranden av nu aktuellt slag hade således, utöver att kravet på att anbud skall vara baserade på mängder i mängdförteckningen mm fått tas bort, krävts att Vägverket i förfrågningsunderlaget noggrant specificerade funktionskrav med hänsyn till t.ex. bärighet, hållbarhet, underhåll, tjälbeständighet mm eller gjorde i direktivet föreskrivna hänvisningar till tekniska specifikationer. Det ter sig som givet att en upphandlande enhets bedömning måste ske på objektiva grunder, att enheten måste kunna redovisa hur bedömningen gått till och, i vart fall,

göra sannolikt att bedömningen är korrekt. Något annat skulle vara i strid med gängse principer avseende bevisbördan och dess placering samt innebära att rätten till överprövning blev helt illusorisk så snart överprövningar avser bedömningar som en upphandlande enhet har gjort. En myndighet som genomför så stora och betydelsefulla upphandlingar som Vägverket borde vidare ha rutiner för prövning av sidoanbud samt därmed föga problem med att i detalj ange hur dess bedömningar av sådana har gått till i ett enskilt ärende. Vägverket har i föreliggande mål endast påstått att det av NCC:s och Skanskas "tekniska beskrivningar" framgår att de erbjuder lösningarna är likvärdiga samt att Vägverket utfört kontrollberäkningar. Detta kan rimligen inte vara tillräckligt för att det skall kunna anses att Skanska och NCC skall kunna anses ha visat på likvärdighet.

Likvärdigheten

Både Skanskas och NCC:s sidoanbud bygger på förutsättningen att vägar-
nas skick är i avsevärt bättre skick än de faktiskt är. Lösningarna i sidoan-
buden är således inte ens användbara på de aktuella vägsträckorna. Om
NCC och Skanska fräser bort 30-35 mm minskar beläggningsens totala
tjocklek och bärigheten blir än sämre än vad den redan är. I det fall att NCC
och Skanska, såsom Vägverket synes förutsätta, endast fräser bort 20 mm
kommer vägarna att få en mycket dålig kvalitet. Till det ovanstående kom-
mer att vägarna redan nu har betydande bärighetsproblem samt att tunn-
skiktsbeläggningar, samt givetvis, NCC:s än sämre beläggningsvariant, är
olämpliga att använda på vägar med bärighetsproblem. Tunnskiktsbeläg-
ningar skall endast användas på vägar med "god bärighet". Skälet till detta
är bärighetsproblem medför att vägen trycks nedåt och ut mot kanterna
samt därmed att vägen blir svagare och att omfattningen av tjälsprickor,
krackelering, sprickbildning och hjulspår mm ökar.

Vägverket tillägger i yttrande bl.a. följande. Skanskas och NCC:s s k sido-
anbud uppfyller de grundläggande krav som ställs i förfrågningsunderlaget
alternativt innehåller lösningar som i enlighet med artikel 23 punkt 4 i upp-

handlingsdirektivet för klassiska sektorn, 2004/18/EG (härefter direktivet), är likvärdiga med de lösningar Vägverkets föreskrivit. Vägverket har uttryckligen angivit i förfrågningsunderlaget att alternativa utföranden är tillåtna. För sådant förhållande att några särskilda minimikrav inte angetts för sidoanbud, gäller de krav som angetts för s.k. huvudanbud även för sidoanbud. Ett sådant synsätt strider inte mot principerna om transparens och lika-behandling och Peab kan inte anses lida skada av att Vägverket antar ett anbud som bedöms uppfylla de krav som verket ställt. För det fall länsrätten anser att Vägverket inte har haft rätt att pröva alternativa anbud enligt 1 kap. 23 b § 2 st. LOU, har verket ändå en skyldighet att pröva huruvida de lösningar som offereras i de s.k. sidoanbuden är likvärdiga med de lösningar verket föreskrivit (för enkelhets skull kallas de aktuella anbuden fortsättningsvis för sidoanbud oavsett om de är att se som alternativa eller likvärdiga).

Anbudsprövningen

Skanskas och NCC:s sidoanbud innebär som tidigare angivits att det slitlager som Vägverket föreskrivit byts ut mot andra slitlagertyper. I Skanskas sidoanbud offereras en tunnskiktsbeläggning (TSK) och i NCC:s sidoanbud offereras en egen produkt som kan jämföras med TSK. Vägverket vidhåller att dessa anbudsgivares föreslagna lösningar är fullt utbytbara mot den standardlösning som verket föreskrivit då det inte finns några bärighetsproblem. Vad gäller Skanskas och NCC:s redovisade beräkningar så visar de likvärdiga eller bättre resultat enligt VTI:s slitagemodell avseende både spårtillväxt och livslängd än i förfrågningsunderlaget efterfrågat slitlager, vilket är viktiga egenskaper. Peab anför att både NCC:s och Skanskas beräkningar avser endast slitlagret. Sidoanbuden avser just slitlager och beräkningarna är därför högst relevanta. Om entreprenören fräser bort 20 mm eller 16 mm gammal beläggning med beständighetsproblem och återlägger 20 mm eller 16 mm ny beläggning, som är tät och inte släpper igenom vatten, vilket gäller för båda sidoanbuden, innebär detta inte någon bärighetsförsämring. Överytan ligger kvar i samma nivå som tidigare.

Skallkrav

Med den produkt och utförande som Vägverket föreskrivit i förfrågningsunderlaget, d.v.s. att vägarnas slitlager ska bytas ut mot en ABS-beläggning, följer vissa mängder material. Mängderna kan sägas vara själva definitionen av produkten och ska inte ses som självständiga skallkrav. En likvärdig produkt medför andra mängder, andra material etc. Om föreskrivna mängder för en föreskriven produkt inte skulle få ändras är anbudsgivare i praktiken förhindrade att offerera likvärdiga produkter. Ett sådant synsätt strider mot grundläggande upphandlingsregler som proportionalitetsprincipen och att konkurrensen inte får begränsas. Detsamma kan anföras vad gäller förutsättningen att s.k. DOR-mätning ska användas vid kvalitetsvärdering. DOR-mätning kan inte användas vid kvalitetsvärdering av tunn-skiktsbeläggning, men för sådan finns mät-/kontrollmetoder anpassade till beläggningstypen.

Principerna om likabehandling och transparens m m

Vägverket har i förfrågningsunderlaget tydligt angivit att anbud med alternativt utförande får avges och vilka särskilda villkor för redovisning av sådana anbud som gäller. Vägverkets slutsats är att förfarandet inte kan anses strida mot principerna om transparens och likabehandling och Peab har därmed inte lidit eller riskerat lida någon skada. Det har inte någon relevans för överprövningen att Vägverket inte angett några särskilda minimikrav för prövning av alternativa utföranden. Även om länsrätten skulle anse att Vägverket inte haft rätt att beakta anbuden såsom alternativa anbud enligt LOU 1 kap 23 b §, gäller att verket inte har haft rätt att förkasta anbuden då de offererar fullt utbytbara produkter med det Vägverket föreskrivit.

Peab tillägger i yttrande bl.a. följande.

Kompletterande grund

Varken NCC:s eller Skanskas anbud tar höjd för de merkostnader som uppstår för att justera underlaget innan arbetet med de alternativa beläggningsarna utförs. Varken NCC:s eller Skanskas anbud beskriver hur justeringså-

gärdena skall gå till eller omfattningen av dessa åtgärder. Inte heller redovisas, med undantag för att det av text framgår att tunnare beläggning samt viss mängd bitumen skall påföras, konstruktionsprinciper i text eller ritningar. Anpassningar för att uppnå motsvarande bärighet som med det av Vägverket föreskrivna utförandet redovisas överhuvudtaget inte. Sidoanbudet uppfyller inte skall-kravet i UFB.312. Anbudet borde inte heller av detta skäl ha tagits upp till prövning.

Beständighet

Bristande beständighet kan yttra sig på många sätt. T.ex. som stenlossning, sprickbildning, spårbildning eller ojämnheter. D.v.s på samma sätt som vanlig trafikrelaterad nedbrytning. En bristande beständighet yttrar sig alltså som en acceleration av vägens nedbrytning. Med en vägs bärighet avses vägens förmåga att uppta tyngd/krafter. Bristande beständighet ger således sämre bärighet. På motsvarande sätt som bristande beständighet kan ge upphov till sprickor mm samt därmed till sämre bärighet, kan bristande bärighet ge upphov till sprickor mm. Peab önskar tillägga att det av Vägverkets egen inställning, dvs. att krav avseende huvudanbud gäller även för sidoanbud försåvitt inga minimikrav har angivits, följer att skallkraven i denna upphandling gäller även för sidoanbud. Att några minimikrav inte har angivits är tydligt och, såvitt Peab kan förstå, även medgivet av Vägverket. Vägverkets påstående om att likvärdighetsbedömningen i stället skall göras utifrån de "dokumenterade funktionella egenskaper" som finns hos den av Vägverket föreskrivna slitlagertypen 80 ABS 11 är uppenbarligen i strid med upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Tunnskiktsbeläggningar är endast lämpliga i de fall vägarna har god bärighet. Nu aktuella vägar har dålig bärighet. Om en tunnskiktsbeläggning eller en sådan beläggning som NCC offererat utförs utan omfattande föregående justeringsåtgärder blir resultatet sådant som Peab tidigare redovisat. För att kunna utföra en tunnskiktsbeläggning eller en sådan beläggning som NCC offererat med ett något så när bra resultat krävs således omfattande arbeten med att justera underlaget. Detta kommer innebära en stor tilläggskostnad

för Vägverket. Till detta kommer att utförande enligt sidoanbudet, även om justeringsåtgärder vidtas, inte kommer att medföra att vägens bärighet blir lika bra som med det av Vägverket föreskrivna utförandet. Skälet är framförallt att sidoanbudet resulterar i en tunnare väggkropp än det utförande som Vägverket föreskrivit i förfrågningsunderlaget.

Sidoanbud

Vägverket har i förfrågningsunderlaget varken angivit vilka "dokumenterade funktionella egenskaper" som åsyftas eller vilka "bakomliggande krav på egenskaper, funktion och kvalitet" som avses. Om Vägverket hade gjort detta, så skulle det sannolikt ha varit möjligt att pröva frågan om likvärdighet, eftersom sådana redovisningar borde kunna ses som sådana minimikrav som skall uppställas enligt LOU kap 1 § 23 b) samt även uppfylla förutsättningarna för redovisning av minimikrav enligt upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Eftersom någon redovisning inte skett i förfrågningsunderlaget är det dock höljt i dunkel vad Vägverket menar med "dokumenterade funktionella egenskaper" och "bakomliggande krav på egenskaper, funktion och kvalitet". Det kan konstateras att det saknas en specifikation samt att varken NCC eller Skanska ens gjort antagligt att deras produkter är likvärdiga. På de ytor som ska åtgärdas med sidoanbudets förslag finns ingen förstärkning angiven i förfrågningsunderlaget. För att förstå hur lite förstärkningsåtgärder som ingår enligt bilaga 6 och 7 till Peabs överklagande kan nämnas att ett ton ABS 16 på en tio meter bred väg överslagsmässigt torde räcka till förstärkningsåtgärder av en vägsträcka på mellan 0,5 och 1,5 meter. Merkostnader för att åstadkomma ett underlag som det går att lägga tunnskiktsbeläggning på kommer således att Vägverket att få betala. Dessa merkostnader, vilka är svårbedömda men mycket väl kan komma att uppgå till belopp som gör att sidoanbudet i slutändan blir dyrare än Peabs huvudanbud, har Vägverket överhuvudtaget inte bedömt eller beaktat vid sin utvärdering.

Vägverket har i yttrande därefter tillagt bl.a. följande. Vägverket vill förtydliga att Peab inte kan anses lida skada av att Vägverket antar ett (alternativt) anbud som uppfyller de krav som verket ställt (på huvudanbud). Det är däremot en annan fråga på vilket sätt skallkraven ska bedömas om det är fråga om alternativa anbud enligt 1 kap. 23 b § LOU. Vägverkets anser att en möjlighet är att ledning får dras av likvärdighetsinstitutet på det sättet att det måste bli fråga om en likvärdighetsbedömning där syftet med upphandlingen utgör grunden, d v s vilket behov hos beställaren har beställaren tänkt sig att upphandlingen ska infria? Syftet med Vägverkets upphandling framgår bl.a. av upphandlingsföreskrifterna. Vägverket kan förtydliga att verket inte har uppställt några särskilda minimikrav som gäller specifikt för alternativa anbud.

Kompletterande grund

Sidoanbudet uppfyller kravet i UFB.312. Båda sidoanbudet har i tillräcklig grad beskrivit sina lösningar i text.

Bärighet och beständighet

För slitlagerbeläggningar med beständighetsproblem kan problematiken/skadeförloppet beskrivas som att beläggningen börjar släppa sten, först enstaka stenar, därefter flera, och så småningom blir det s k potthål. Om skadan då inte åtgärdas växer hålen och det blir med tiden öppet ända ner till gruslagret. När vatten sedan kommer i gropen havererar så småningom konstruktionen och vi har fått en lokal skada med bärighetsproblem.

Bristande beständighet leder således till bristande bärighet så småningom, om skadorna inte åtgärdas. Av detta följer att beständighet och bärighet i och för sig inte är motsatser, men om åtgärder sätts in i rätt tid behöver ett beständighetsproblem inte leda till ett bärighetsproblem. Vägverket har anfört att syftet med upphandlingen inte är bärighetsproblem utan beständighetsproblem. Syftet med den aktuella upphandlingen är i första hand att genom justering/fräsning samt nytt slitlager åtgärda skador på vägarna. Bärighetsförstärkning är inte huvudsyftet med upphandlingen. De undantag där förstärkningsåtgärder på grund av bristande bärighet ska utföras, gäller

objekten E14 Vsk 86 – Matfors, 90 Hundskolan – Rondellen Sollefteå samt 90 Lunde – Kramfors. För dessa objekt har ABS (bindlager av asfaltbetong) föreskrivits i förfrågningsunderlaget som förstärkning på de sträckor där bärighetstillskott behövs. Vägverket kan tillägga att en beläggning typ 80 ABS 11, som föreskrivits i aktuell upphandling, inte är det som skulle efterfrågas om syftet med beläggningsåtgärderna vore bärighetstillskott. Om ökad bärighet varit syftet hade Vägverket istället föreskrivit en annan beläggningstyp.

Sidoanbud

Vägverkets ståndpunkt vad avser alternativa anbud är att för det fall beställaren inte har angett några särskilda minimikrav så gäller de krav som angetts för samtliga anbud. Vid bedömningen av hur bedömningen av om alternativa anbud uppfyller angivna skalkrav ska gå till får enligt Vägverkets mening ledning dras av likvärdighetsinstitutet på det sättet att det måste, som anförts ovan, bli fråga om en likvärdighetsbedömning där syftet med upphandlingen utgör grunden. Vägverket vill poängtera att alternativa anbud och anbud med likvärdiga lösningar inte är samma sak och att prövningen av huruvida de nu aktuella sidoanbuden kan eller måste accepteras av Vägverket måste göras enligt de olika bestämmelserna var för sig. Bestämmelserna för alternativa anbud anges i 1 kap. 23 b § LOU (artikel 24) och bestämmelserna för anbud med likvärdiga lösningar anges i artikel 23 punk 4 i upphandlingsdirektivet. De krav som Peab ifrågasätter om NCC:s och Skanskas sidoanbud uppfyller gäller dels de mängder material Vägverket angett för föreskriven lösning, d v s slitlagertypen 80 ABS 11, samt dels den kvalitetsvärdering som likaledes angetts för föreskriven lösning. Dessa krav gäller då föreskriven lösning används, men de har ingen självständig funktion. En annan lösning ger med nödvändighet andra mängder (och här kvalitetsvärderingsmetod), eftersom föreskrivna mängder ger just den föreskrivna lösningen. Mängderna kan sägas vara bestämda byggklossar som ihopsatta blir just den föreskrivna lösningen. "Byggklossarna" kan inte vara de samma om lösningen är en annan. En annan fråga är huruvida lösningar-

na kan anses vara likvärdiga. Enligt Vägverkets mening ska likvärdighetsbedömningen enligt artikel 23 punkt 4 i direktivet göras utifrån funktion och egenskaper hos offererad likvärdig lösning jämfört med efterfrågad lösning. Utgångspunkten är syftet med upphandlingen och därmed tänkt användningsområde för kontrakt föremålet.

Peab tillägger därutöver bl.a. följande i yttrande.

Tekniska specifikationer

Om en upphandlande enhet avser tillåta användandet av beläggningstyper som har andra egenskaper och funktioner än de beläggningstyper som föreskrivits i förfrågningsunderlaget, så måste givetvis enheten ange vilka egenskaper och funktioner som efterfrågas. Vägverket har varken utformat tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav eller några standarder etc. Det bör noteras att det fortfarande inte är begripligt på vilket sätt Vägverket anser sig ha hänvisat till standarder; såvida Vägverket anser att en hänvisning skett i större omfattning än genom föreskriften att 80 ABS 11 skall användas.

Likvärdighet

Vägverkets påstående att Vägverket inte åsyftat något bärighetstillskott med föreskriften om 80 ABS 11 är en efterhandskonstruktion. Det finns, som tidigare framgått, ingen annan anledning att föreskriva 80 ABS 11 (i stället för ett betydligt billigare utförande med tunnskiktsbeläggning) än att uppnå bättre bärighet. Detta borde vara ostridigt. Mot bakgrund av att Vägverket inte kunnat motivera sitt ursprungliga val av 80 ABS 11 samt torde det dock, även oaktat innehållet i de handböcker mm som Peab har åberopat, sakna betydelse att Vägverket inte medger att Peabs uppfattning är korrekt. Sidoanbud skall beakta skador som finns då anbuden avges. Eftersom sidoanbudet innebär att beläggningen blir tunnare kommer det att vara nödvändigt med avsevärt mer förstärkning om NCC:s sidoanbud antas. Kostnaden för denna förstärkning har Vägverket inte beaktat vid sin utvärdering av sidoanbudet. I den mån förstärkning inte är nödvändig kommer ett utföran-

de enligt NCC:s sidoanbud att medföra betydligt sämre bärighet än vad som hade uppnåtts med 80 ABS 11.

DOMSKÄL

Frågorna i målet

Vägverkets beslut att tilldela NCC och Skanska kontrakt är grundat på att NCC:s sidoanbud avseende grupperna Y1 och Z3 respektive Skansas sidoanbud avseende gruppen Y2 haft lägst pris. Länsrätten har vid sin överprövning att ta ställning till följande frågor i målet.

1. Ger förfrågningsunderlaget utrymme för att pröva s.k. alternativa anbud?
2. Har Vägverket, med hänvisning till bestämmelserna om tekniska specifikationer varit skyldigt att pröva likvärdiga anbud?
3. Har förfrågningsunderlaget i sådant fall varit tillräckligt tydligt i detta avseende? Slutligen;
4. För det fall Vägverket varit skyldig att pröva likvärdiga anbud, är de av NCC respektive Skanska lämnade sidoanbudena likvärdiga?

Lagtext

Av 1 kap. 4 § LOU följer att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 23 b § LOU får den upphandlande enheten även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande, om den skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och om det uppfyller de minimikrav som enheten ställt upp. Kraven skall ha angetts i förfrågningsunderlaget. Om enheten inte avser att pröva anbud som innehåller alternativa utföranden, skall den i annonsen upplysa om detta.

Enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU gäller att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får rätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande, utöver vad som redogjorts för under rubriken Bakgrund, ovan.

Har Vägverket haft rätt/skyldighet att beakta sidoanbudet?

Alternativt utförande

Inledningsvis är frågan om Vägverket haft rätt att pröva NCC:s och Skanskas s.k. sidoanbud såsom alternativa anbud enligt 1 kap. 23 b § LOU. Eftersom Vägverket har angett att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden ska antas samt att det i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare har möjlighet att avge anbud som innehåller alternativt utförande är det möjligt att även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande. Vägverket har således haft rätt att pröva NCC:s respektive Skanskas anbud med stöd av denna bestämmelse.

Transparens och förutsebarhet

Oavsett om förfrågningsunderlaget kan anses uppfylla gällande krav på hänvisning till tekniska specifikationer, anser länsrätten i vart fall att förfrågningsunderlaget i detta avseende är så pass tydligt att det kan anses uppfylla gällande krav på transparens och förutsebarhet.

Är sidoanbuden likvärdiga?

Vägverket har ansett att de antagna anbuden är likvärdiga med de arbeten som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Då en upphandlande enhet skall pröva om ett anbud är att anse som likvärdigt med vad som efterfrågas, finns ett utrymme för bedömning. Det kan inte vara avsikten med bestämmelserna att myndighetens slutsatser nödvändigtvis skall ha stöd av oberoende vetenskapliga granskare. En sådan ordning är inte praktiskt genomförbar. Av bestämmelserna framgår i stället att det är tillräckligt att myndigheten anser att anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt visat att anbudet är likvärdigt.

Paeb har anfört att NCC och Skanskas sidoanbud innebär att vissa arbeten i mängdförteckningen bytts ut mot andra typer av arbeten och att sidoanbuden därför blivit billigare än huvudanbuden. Lösningarna i NCC:s anbud och Skanskas anbud avser andra lösningar som inte är jämförbara mot det i förfrågningsunderlaget angivna 80 ABS 11. I och med att sidoanbud avseende tunnskiktsbeläggning antagits avseende gruppen Y2 kommer inte någon kvalitetsmätning att kunna genomföras. I förfrågningsunderlaget anges att fräsdjupet ska vara 30-35 mm medan de antagna anbuden erbjuder ett fräsdjup mellan 16-20 mm.

Vägverket har anfört att de sidoanbud som tillhandahållits av NCC och Skanska innebär likvärdiga lösningar med de i förfrågningsunderlaget angivna arbetena med 80 ABS 11. På de aktuella vägsträckorna finns inga bärighetsproblem. Det är snarare beständighetsproblem som drabbat de aktuella sträckorna. För sidoanbuden ansvarar den part som tillhandahåller en teknisk lösning riktigheten av denna, vilket framgår av AB 04 1 kap. 6 §.

Utifrån utredningen i målet och särskilt med beaktande av vad som framkommit om kvalitet och fräsdjup anser länsrätten att Vägverket inom ramen för denna process inte visat att NCC:s respektive Skanskas sidoanbud fram-

stått som likvärdigt med den beläggning som efterfrågats av Vägverket i förfrågningsunderlaget. NCC:s och Skanskas sidoanbud borde därför inte ha antagits.

Länsrätten anser således att Vägverket antagit anbuden i strid med förfrågningsunderlaget då sidoanbud antagits trots att de inte kan anses vara likvärdiga med vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. I målet är ostridigt att Peabs anbud är de näst mest ekonomiska. Peab får till följd härav anses ha lidit eller riskerar att lida skada. Grund för att besluta om åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger således. Eftersom Vägverket antagit ett anbud som inte varit likvärdigt har en felaktig anbudsvärdering skett. Det bör därför föreskrivas att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett.


Med hänsyn till att länsrätten funnit att de antagna sidoanbuden inte är likvärdiga med de i förfrågningsunderlaget efterfrågade arbetena, anser länsrätten att det saknas skäl för länsrätten att bifalla Peabs yrkande om syn på ovan nämnda vägsträckor.

Vad beträffar övriga frågor i målet finner länsrätten att Vägverket inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU och de principer som denna bestämmelse innefattar.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen avseende grupperna Y1, Y2 och Z3 inte får avslutas förrän rättelse skett i enlighet med vad som anförts under domskäl.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c).


Peter Krantz