



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarie
Emma Roswall

DOM
2008-06-19
Meddelad i
Falun

Mål nr
979-08 E
Rotel 4

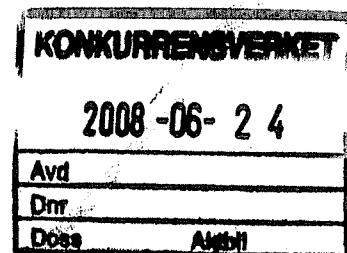
SÖKANDE

Balfour Beatty Rail Aktiebolag, 556597-7112
Box 413
721 08 Västerås

MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Jan Allevåg
Banverket
781 85 Borlänge



SAKEN

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

BAKGRUND OCH YRKANDE

Banverket genomför en förhandlad upphandling rörande "Entreprenad E308 Tunnlar, järnvägstekniska installationer (J380AA4000001)" (Citytunneln). I meddelande om tilldelningsbeslut den 31 mars 2008 tilldelades Banverket Produktion kontraktet.

Balfour Beatty Rail Aktiebolag (Bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolaget ges samma möjligheter som Banverket Produktion att klargöra sitt anbud. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

Mötet som ägt rum med Banverket Produktion

Av vad som framgår av upphandlingsrapporten till tilldelningsbeslutet har anbudsutvärderingen skett enligt det i upphandlingsföreskrifterna angivna förfarandet. Bolaget har dock vid ett möte med Banverket den 2 april 2008, efter det att tilldelningsbeslutet fattats, fått kännedom om att Banverket Produktion under anbudsutvärderingen givits tillfälle att träffa Banverket

Dok.Id 49021

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

för att klargöra sitt anbud på vissa betydande punkter. Mötet skall enligt uppgift ha hållits den 13 mars 2008, d.v.s. före det att tilldelningsbeslutet fattats. Banverket Produktion skall vid mötet bl.a. ha givits tillfälle att klargöra sitt anbuds omfattning, komplettera sitt anbud vad gäller namn på nyckelpersoner i organisationen samt vissa detaljer i genomförandebeskrivningen och tidplanen. Bolaget har inte getts samma möjlighet. Så som framgår av omständigheterna ovan, har Banverket Produktion under anbudsvärderingen givits tillfälle att klargöra sitt anbud på ett flertal punkter. Bolaget har inte givits samma möjlighet. Om Bolaget givits denna möjlighet hade även deras anbud kunnat klargöras på ett antal betydande punkter, såsom det faktum att man inom området Elkraft inkluderat en kostnad på 8,5 miljoner kronor för krav i enlighet med AFH.411 och AFH 421, att anbudssumman innehåller betydande kostnader för exempelvis försäkringar samt fullgörandegarantier som bör dras av anbudssumman då Banverket Produktion, på grund av att det är en del av Banverket, inte har motsvarande kostnader, samt att en mer utförlig presentation inom ramen för utvärderingskriteriet "Utförandet av ballastfria spår" hade kunnat göras, vilket torde ha haft betydelse för utgången av anbudsvärderingen. Att de båda anbudsgivarna inte behandlas lika i anbudsvärderingen bör mot bakgrund av entreprenaden Citytunnelns storlek och komplexitet samt de omfattande krav som ställs av Banverket i förfrågningsunderlaget, ses som mycket anmärkningsvärt. Så som framgår av LOU, och även av upphandlingsföreskrifterna är det väsentligt att anbud i alla delar redovisar samtliga av Beställaren efterfrågade uppgifter, då LOU inte medger att anbudsgivare kompletterar sina anbud efter slutdagen för anbuds avgivande. Detta krav på anbuds fullständighet medför att eventuella avvikelser kan leda till att anbud förkastas. Av naturliga skäl tolkar anbudsgivaren därför normalt förfrågningsunderlaget vidsträckt, för att inte redovisa något som kan bedömas vara en avvikelse från förfrågningsunderlaget. Om vissa av anbudsgivarna under anbudsvärderingen sedan ges tillfälle att klargöra sitt anbud och i viss mån även komplettera, men andra inte, måste det otvivelaktigt ses som

särbehandling som otillbörligt gynnar de som får chansen att klargöra sina anbud, då det kan påverka resultatet av anbudsutvärderingen. Det faktum att Banverket låtit Banverket Produktion vid ett möte, före det att tilldelningsbeslut fattats, men inte givit Bolaget samma möjlighet, innebär att Banverket särbehandlat och på så vis otillbörligt gynnat Banverket Produktion i anbudsutvärderingen. Detta gör att upphandlingen strider mot huvudregeln om affärsmässighet, vilket utgör grund för Länsrätten att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den inte får avslutas förrän rättelse gjorts. Om Banverket hade genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU skulle även Bolaget ha inbjudits att klargöra sitt anbud under anbudsutvärderingen. På så vis hade Bolaget, på samma sätt som Banverket Produktion, kunnat förtydliga vad som omfattades av kontraktsummans olika delar och således givits samma möjligheter som Banverket Produktion att tilldelas kontraktet i denna mycket värde- och betydelsefulla upphandling av utförandeentreprenad avseende Citytunneln. Bolaget hade därmed med stor sannolikhet tilldelats entreprenaden.

Länsrätten har den 10 april 2008 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

Banverket har i yttrande angivit sin inställning enligt följande. Banverket bestrider bolagets yrkanden. Till stöd för sin inställning anför Banverket i huvudsak följande. Banverket har inte i något skede av den aktuella upphandlingen på något sätt agerat i strid mot LOU. Det föreligger således inte skäl för Banverket att i något avseende vidta rättelse. Banverket har antagit den leverantör som presenterat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, helt i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget och med iakttagande av LOU. Den omständigheten att Banverket sammanträffat med Banverket Produktion utan att så skett beträffande sökanden strider på intet sätt mot LOU. Banverket Produktions information till Banverket vid nyssnämnda sammanträffande innebär inte att Banverket på något vis brutit mot

LOU. Några otillåtna kompletteringar eller förtydliganden har inte skett. Den information som Banverket Produktion lämnat till Banverket vid sammanträffandet har inte haft betydelse för Banverkets tilldelningsbeslut, varför den omständigheten att dessa lämnats i vilket fall som helst inte utgör grund för att Banverket skall vidta rättelse. Prövning och utvärdering av anbuden inleddes direkt efter anbudsöppnandet. Den 26 februari hölls ett internt avstämningsmöte vid vilket konstaterades att samtliga anbud var kompletta och upprättade helt i enlighet med förfrågan. Vidare konstaterades vilket av anbuden som bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån uppställda utvärderingskriterier. Banverket tillämpade den så kallade mervärdesmodellen vid utvärderingen. Anbudsutvärderingen avslutades således den 26 februari. Resultatet dokumenterades i ett utkast till upphandlingsrapport daterat den 5 mars 2008. Vid avstämningsmötet den 26 februari beslutades även att Banverket Produktion skulle kallas till ett möte vars syfte var att avhandla vissa frågeställningar som Banverket bedömde som väsentliga att diskutera innan kontraktsskrivning. Till följd härav tillställdes Banverket Produktion den 27 februari ett e-postmeddelande av innebörden att Banverket önskade få till stånd ett möte för att gå igenom anbudet i vissa delar, nämligen avseende organisation, säkerställande av kontrakt för väsentliga underentreprenörer, så kallat FAT 4-test, styrning samt samarbetsformer. Vid mötet den 14 mars lämnades svar från Banverket Produktion i form av en OH-presentation. Härutöver presenterade Banverket Produktionens tilltänkta underentreprenör för ballastfria spår, Romberg, sitt företag och spårsystemen i form av en OH-presentation. I enlighet med Banverkets arbetsordning skall upphandlingar som uppgår till 300 miljoner kronor eller mer föredras för och beslutas av Banverkets styrelse. Det var därför inte möjligt att fatta tilldelningsbeslut direkt efter att anbudsutvärderingen avslutats den 26 februari, eftersom styrelsen inte sammanträdde förrän den 28 mars. Denna dag föredrogs resultatet av anbudsprövningen för styrelsen och den 31 mars tillställdes anbudsgivarna meddelande om beslut om tilldelning. Ett villkorat kontrakt undertecknades den 31 mars 2008. Som framgår

av den ovan lämnade redogörelsen så är det korrekt att Banverket har sammanträffat med endast en av de två anbudsgivarna innan dessa tillställdes Banverkets meddelande om tilldelningsbeslut. Detta har emellertid på intet sätt påverkat anbudsutvärderingen eller valet av anbudsgivare. Utvärderingen av anbudsgivarna har skett helt i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Ingen otillåten komplettering eller förtydligande av anbudet har skett. Utvärderingen har på intet sätt förändrats utifrån de uppgifter om lämnades vid aktuellt möte. De uppgifter som Banverket Produktion lämnade vid mötet den 14 mars 2008 var inte av sådant slag att de kunde bli föremål för prövning vid någon anbudsutvärdering. Följaktligen låg de inte heller till grund för Banverkets beslut om tilldelning av kontrakt. Vad som sålunda skett medför således på intet sätt att Banverket agerat på något sätt som är oförenligt med reglerna i LOU. Vad sökanden anför om att även sökanden borde ha lämnats tillfälle till ett möte med Banverket följer inte av något krav som uppställs enligt LOU. Att sökanden inte beretts tillfälle till något möte innebär inte någon särbehandling eller något otillbörligt gynnande. Det kan särskilt framhållas att det dessutom är mycket vanligt och inte sällan oundgängligen nödvändigt att parterna sammanträffar innan kontraktstecknandet för att klargöra kontraktets innebörd och att skriva detta, det vill säga bland annat fylla i erforderliga uppgifter

Bolaget har i genmäle anförts bl.a. följande.

Skall-krav avseende förslag till prestationsbunden faktureringsplan

Banverket Produktions anbud uppfyller inte samtliga av Banverket ställda obligatoriska krav och skulle därför ha förkastats av Banverket. Om Banverket Produktions anbud hade förkastats skulle Bolaget ha tilldelats kontraktet. Av förfrågningsunderlaget, under rubriken "Anbudets innehåll - Kommersiella uppgifter", framgår att anbudsgivare skall upprätta förslag till prestationsbunden faktureringsplan. Vidare framgår att faktureringsplanen skall redovisa anbudsgivarens planerade fakturering av reglerbara och oreglerbara mängder och vara kopplad aktivitetsmässigt till anbudsgivarens

tidsplan för entreprenadens genomförande samt att de belopp som anbudsgivare anger skall anges som bruttobelopp, dvs. utan beaktande av Banverkets rätt till innehållande av medel enligt koden AFC.62 i Administrativa föreskrifter. Hur de uppställda obligatoriska kraven rätteligen kan uppfyllas framgår av Bolagets faktureringsplan. Banverket Produktion har i anbudet redovisat en faktureringsplan som inte uppfyller något av de obligatoriska kraven. För det första är faktureringsplanen inte prestationsbunden. En prestationsbunden faktureringsplan redovisar avsedd tidpunkt för faktureringen, kopplad till den tänkta tidpunkten för utförande av visst arbetsmoment/prestation (dvs. vara kopplad till tidplanen för entreprenadens utförande). Banverket Produktions faktureringsplan anger emellertid inte några som helst tidpunkter för faktureringen. Redan på grund härav är det för Banverket inte möjligt att utvärdera räntekostnaderna som föranleds av Banverket Produktions betalningsplan. För det andra redovisar faktureringsplanen inte Banverket Produktions planerade fakturering av reglerbara och oreglerbara mängder. Som uttryckligen anges i faktureringsplanen reglerar den endast oreglerbara mängder (OR-mängder). Beträffande begreppen reglerbar respektive oreglerbar mängd skall följande förtydligas. Banverket har i förfrågningsunderlaget redovisat enheter och mängder för alla de arbeten som omfattas av upphandlingen. De mängdade enheterna har sedan prissatts av anbudsgivarna, varigenom jämförbara anbudssummor erhållits. De angivna mängderna har i förfrågningsunderlaget angetts vara antingen reglerbara eller oreglerbara. Att en mängd är reglerbar innebär att den efter arbetets utförande ersätts med uppmätt och verkligt utförd mängd, oavsett vilken mängd som angetts i förfrågningsunderlaget, medan en oreglerbar mängd är tänkt att utan särskild uppmätning ersättas med den i förfrågningsunderlaget angivna mängden. Banverket Produktions faktureringsplan innefattar, som angetts ovan, endast oreglerbara mängder, vilka värdemässigt representerar en betydligt mindre del av arbetena än de reglerbara mängderna. Betalningsplanen är således felaktig även avseende omfattningen av de arbeten som den omfattar och även på grund härav är

det för Banverket inte möjligt att utvärdera räntekostnaderna som föranleds av Banverket Produktions betalningsplan. För det tredje har Banverket Produktion inte angett några som helst belopp i faktureringsplanen, vilket förutsätts i Banverkets förfrågan. Istället har Banverket Produktion angett vissa procentsatser, dock utan att närmare förklara vad dessa procentsatser skall sättas i relation till. Dock kan det konstateras att procentsatserna alltid understiger 100. Betalningsplanen innefattar i detta avseende ett uppenbart avsteg från ställt obligatoriskt formkrav avseende beloppsangivelser. För det fjärde har Banverket Produktion åsidosatt kravet på att Banverket innehållanderätt skall regleras av koden AFC.62 i Administrativa föreskrifter. Som inledningsvis anges under den koden innehåller den ändringar och tillägg i förhållande till 6 kap 12 § AB 04, bl.a. beträffande beställarens innehållanderätt. I Banverket Produktions faktureringsplan anges emellertid att innehållet belopp eller avräkning för erhållet förskott regleras helt i enlighet med AB 04.

Skallkrav avseende ställande av säkerhet

Av upphandlingsföreskrifterna, koden UFB.31 under rubriken "Anbudets innehåll – Kommersiella uppgifter", framgår att anbud skall innehålla uppgift om vilka säkerheter enligt 6 kap 21 och 22 §§ AB 04 som anbudsgivaren kan erbjuda för sina förpliktelser och förskott, samt att dessa säkerheter skall utfärdas av svensk bank eller försäkringsbolag alternativt motsvarande utländskt företag med säte inom EES-området. Banverket Produktions anbud innehåller ingen uppgift om någon erbjuden säkerhet och uppfyller sålunda inte dessa skallkrav.

Skallkrav avseende beskrivning av utförande av ballastfria spår

Aktuell entreprenad är mycket omfattande och tekniskt komplicerad, eftersom undermarksdelen utförs med ett stomljudsdämpande ballastfritt spår, vilket aldrig tidigare använts i Sverige, i vart fall inte vid tunnelbyggnation och i aktuell omfattning. Det finns ingen svensk entreprenör som behärskar tekniken, varför anbudsgivarna vänt sig till europeiska specialister för inhämtande av rätt kompetens. För att säkerställa att den tilltänkte entreprenö-

ren har bästa kompetens och förmåga att genomföra byggnationen av det ballastfria spåret har Banverket utformat sina utvärderingskriterier så att mycket stor vikt lagts vid hur anbudsgivarna tänkt sig att genomföra byggnationen av detta. Av upphandlingsföreskrifterna, under rubriken "Anbudets innehåll – Administrativa och tekniska uppgifter", framgår att anbudsgivaren för Beställarens utvärdering enligt UFB.523, skall bifoga en beskrivning över utförandet av ballastfria spår. Banverket Produktion har lämnat in en beskrivning av utförandet av ballastfria spår. Beskrivningen bär specialistföretagets Rhomberts logotype, och är en beskrivning av hur detta företag avser att utföra detta tekniskt komplicerade arbete. Banverket Produktion har i sitt anbud angett att de i anbudsskedet har för avsikt att använda sig av Rhombert som underentreprenör under utförandet av det ballastfria spåret. I samma dokument anger Banverket Produktion att även om de namnger underentreprenörer i anbudet, så är det inte säkert att det är just dessa som kommer att användas i genomförandet. I själva verket är det högst osäkert om Rhombert och det företagets metod och tekniska lösningar kommer att användas av Banverket Produktion vid utförande av de ballastfria spåren. Detta eftersom Banverket Produktion - i egenskap av en produktionsenhet inom myndigheten Banverket - vid upphandling av denna underentreprenad är skyldigt att genomföra denna i enlighet med Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFSS). Banverket Produktion har ingen möjlighet att förutse utgången av en sådan upphandling. Den utförandebeskrivning som Banverket Produktion avgett i anbudet är mot ovanstående bakgrund rätteligen inte en beskrivning av vilka produktionsmetoder och resurser som Banverket Produktion kommer att utföra de ballastfria spåren med. Beskrivningen utgör istället rätteligen ett exempel på vilka produktionsmetoder och resurser som kan komma att användas av Banverket Produktion, förutsatt att Rhombert vinner kommande offentlig upphandling av denna underentreprenad. Osäkerheten kring vilken underentreprenör som Banverket Produktion de facto kommer att använda i entreprenaden är så betydande att Ban-

verket Produktion inte i egentlig mening kan anses ha lämnat en beskrivning - utan snarare en gissning - över utförandet av de ballastfria spåren. Banverket Produktions anbud uppfyller därmed inte skallkravet avseende en beskrivning över utförandet av ballastfria spår. En sådan beskrivning måste rimligen förutsätta att det med säkerhet är det redovisade utförandet som verkligen kommer att användas.

Mötet som ägt rum med Banverket Produktion

Bolaget instämmer i att det är mycket vanligt att parterna sammanträffar för tecknade av kontrakt. Däremot är det synnerligen ovanligt och i sig i strid med LOU att den upphandlande enheten sammanträffar för kontraktsskrivning med en anbudsgivare innan tilldelningsbeslutet är träffat. Ett sådant möte brukar och skall hållas först efter tilldelningsbeslutet är fattat. En annan sak är att kontraktets giltighet görs beroende av att meddelat tilldelningsbeslut vinner laga kraft. Banverket kan inte uppfattas på annat sätt än att de redan innan mötet den 13 mars hade bestämt att tilldela Banverket Produktion uppdraget. Under sådant förhållande har det emellertid saknats anledning att hålla mötet. Det bär inte sannolikhetens prägel att Banverket innan tilldelningsbeslutet skulle kalla till möte med en anbudsgivare med mindre än att Banverket avsåg att inhämta uppgifter som skulle ha betydelse för tilldelningsbeslutet. Ett möte endast i syfte att reda ut detaljer och formaliteter kring kontraktsskrivningen skulle givetvis kunnat och bortom stå tills omedelbart efter meddelat tilldelningsbeslut.

Vilken åtgärd bör lämpligast beslutas av länsrätten?

Mot bakgrund av karaktären på av Bolaget redovisade åsidosättanden av LOU gör Bolaget gällande att beslut om rättelse i form av en ny anbudsprovning är den mest lämpliga åtgärden. Det står klart att Bolaget skulle ha erhållit kontraktet om Banverket med en korrekt tillämpning av LOU hade förkastat Banverket Produktions anbud på grund av bristande uppfyllelse av ställda obligatoriska krav/skallkrav. Vid förkastande av Banverket Produktions anbud kommer dessutom av Banverket under utvärderingen företagna särbehandlande åtgärder till förmån för Banverket Produktion att sakna

praktisk betydelse och ett korrekt tilldelningsbeslut erhållas. Rättelse bör mot denna bakgrund i första hand ske på så sätt att Banverket Produktions anbud förkastas.

Banverket anför i yttrande bl.a. följande.

Faktureringsplanen

Banverket Produktion har uppfyllt uppställt krav avseende faktureringsplan i förfrågningsunderlaget. I sin faktureringsplan har Banverket Produktion tydligt angett att samtliga reglerbara mängder kommer att faktureras när de utförs och prissättas i enlighet med de priser som offererats i ingiven mängdförteckning vari å-priser för samtliga erbjudna mängder har angivits. Vad gäller oreglerbara mängder har Banverket Produktion angett att man önskar att vissa i faktureringsplanen särskilt angivna mängder inte skall faktureras på det sätt som ovan beskrivits avseende reglerbara mängder. De oreglerbara mängder som Banverket Produktion har önskat få delfakturera vid en tidigare tidpunkt, t.ex. vid leverans, har Banverket Produktion angivit i sin faktureringsplan. Priset för dessa särskilt angivna oreglerbara mängder har preciserats som en procentsats av offererat å-pris avseende aktuella mängder enligt nämnd bilaga Kommersiella villkor. Vad t.ex. gäller mängdförteckning Kontraktsledning visar faktureringsplanen att Banverket Produktion vid leverans av byggnad och ställverk önskar kunna utfå betalning motsvarande 80 % av det pris som anges i bilagan Kommersiella villkor för de aktuella oreglerbara mängderna. Genom att Banverket Produktion kopplat priset för reglerbara och oreglerbara mängder till offererat å-pris i anbudsbilagan Kommersiella villkor har Banverket Produktion, i enlighet med uppställt krav, tydligt angett de priser som Banverket Produktion avser att fakturera för dessa mängder. I faktureringsplanen anger även Banverket Produktion att de priser som avses i faktureringsplanen är exklusive innehållet belopp, dvs bruttobelopp. Det förhållandet att Banverket Produktion i sin faktureringsplan har hänvisat till AB04 har ingen betydelse vid beräkning av sådant bruttobelopp eftersom bestämmelserna om de be-

lopp som beställaren har rätt att innehålla enligt AB04 och AFC.62 är desamma. Banverket Produktion har därvid på intet sätt åsidosatt det krav som uppställts avseende beräkning av bruttobeloppet. Härtill skall läggas att Banverket Produktion genom sitt anbud har bekräftat att man skall utföra och färdigställa entreprenaden i överstämmelse med förfrågningsunderlaget i dess helhet. Motsvarande krav finns även uppställt i det kontrakt som bifogats förfrågningsunderlaget och som Banverket Produktion genom sitt anbud har accepterat. Banverket har således vid prövning av Banverket Produktions anbud haft fullt fog för sitt konstaterande att Banverket Produktion accepterat samtliga uppställda krav i förfrågningsunderlaget inklusive AFC.62.

Ställande av säkerhet

Banverket Produktion har inte varit skyldig att inlämna någon säkerhet enligt UFB.31 i förfrågningsunderlaget. Som ovan framhållits, utgör Banverket Produktion en del av myndigheten Banverket. Mellan statliga myndigheter och/eller affärsverk ställs inte några säkerheter eftersom de alla utgör en del av staten. Detta, gäller i än större utsträckning i fall som det förevarande där den producerande enheten t.o.m. utgör en del av beställaren. Banverket har till följd härav i föreskrift BVF105 angivit att entreprenör inte behöver lämna säkerhet om denne är en statlig myndighet eller ett affärsverk. Att Banverket i sina upphandlingar inte kan kräva säkerhet av sig själv är väl känt och finner stöd i nämnd föreskrift.

Ballastfria spår

Banverket Produktion har genom sin beskrivning av utförande av ballastfria spår uppfyllt uppställt krav enligt UFB.31 i förfrågningsunderlaget. Banverket har endast efterfrågat en beskrivning av planerade produktionsmetoder och tilltänkta resurser för utförandet. I förfrågningsunderlaget finns inte några krav att anbudsgivarna ska utnyttja egenproducerat material vid framställandet. Det ska framhållas att en anbudsgivare alltid har möjlighet att i nu aktuellt hänseende åberopa annat företags kapacitet. Vidare har inte uppställts något krav på att ett formellt samarbetsavtal eller dylikt ska uppvisas

när underentreprenörs kapacitet nyttjas. Banverket Produktion har haft möjlighet att utnyttja Rhombergs kapacitet vid upprättandet av anbudet. Det förhållandet att Banverket Produktion valt att nyttja Rhombergs kapacitet medför inte enligt förfrågningsunderlaget ingen skyldighet för Banverket Produktion att använda Rhombergs tjänster vid utförandet av entreprenaden. Banverket Produktion kommer emellertid att vara skyldig att utföra upphandlade entreprenadarbeten i enlighet med upprättat kontrakt med Banverket vilket bygger på de förutsättningar som ingivits i lämnat anbud.

Bolaget har i yttrande tillagt bl.a. följande

Faktureringsplanen

Att Banverket Produktion angett att fakturering kommer att ske efter utförda mängder och enligt offererade priser utgör inte en information som uppfyller de skallkrav som Banverket ställt på föreslagen betalningsplan. Informationen utelämnar nämligen vid vilka tidpunkter och med vilka bruttobelopp fakturering av de reglerbara mängderna är planerad att ske.

Ställande av säkerhet

Det är ostridigt att Banverket Produktion inte erbjudit sådan obligatorisk säkerhet som Banverket krävt i förfrågningsunderlaget. Vad som enligt Banverkets förmenande normalt gäller i detta avseende i förhållande mellan olika statliga myndigheter eller produktionsenheter saknar betydelse. Banverket har nämligen inte i förfrågningsunderlaget angett några som helst undantag från skyldigheten att ställa obligatorisk säkerhet, således heller inte för statliga verk eller myndigheter (i sammanhanget aktualiseras frågan om ett sådant undantag för endast vissa anbudsgivare skulle vara förenligt med likabehandlingsprincipen, eftersom ställande av föreskriven säkerhet från bank eller försäkringsbolag, på ett flertal sätt är resultatbelastande för drabbad anbudsgivare). Om Banverket Produktion ansett sig förhindrad att lämna ett anbud som uppfyller detta villkorslösa skallkrav har det givetvis stått Banverket Produktion fritt att avstå från att lämna något anbud. I sammanhanget skall förtydligas att Banverkets föreskrift BVF105 således inte

utgör en del av förfrågningsunderlaget och att föreskriften reglerar vilka säkerheter Banverket skall ställa vid sina upphandlingar, varvid angetts att säkerhet för garantitid och förskott inte behöver krävas av staten (vad som gäller för i denna entreprenad aktuell garanti under entreprenadtiden anges däremot inte).

Ballastfria spår

Det kan ifrågasättas om Banverket Produktion uppfyllt skallkravet att bifoga en beskrivning över utförandet av ballastfria spår. Banverket har utformat sina utvärderingskriterier så att mycket stor vikt lagts vid just hur anbudsgivarna kommer att genomföra byggnationen av det ballastfria spåret. Banverket Produktion har i anbudet angett att man i anbudsskedet har för avsikt att använda sig av Rhomberg som underentreprenör. Under anbudsskedet skall dock inget ballastfritt spår utföras. Frågan är om inte enbart denna formulering borde omöjliggjort utvärderingen på denna punkt, och resultatet i att anbudet förkastats. Bolaget har inte gjort gällande att anbudsgivare skulle vara förhindrad att åberopa ett annat företags kapacitet. Vad Bolaget gör gällande är att sådan kapacitet inte får åberopas med mindre än att det kan anses säkerställt att denna kapacitet verkligen kommer att kunna utnyttjas efter tilldelning av kontraktet. Så är inte fallet med Banverket Produktionens anbud som förutsätter användande av företaget Rhombergs kapacitet. Vilken betydelse användandet av Rhomberg haft för Banverket Produktionens anbud framgår av bl.a. följande utdrag ur Banverket Produktion i anbudet redovisade utförandebeskrivning. Av texten framgår att väsentliga delar av Rhombergs tekniska lösningar är patenterade, varför dessa inte kommer att kunna utföras av Banverket Produktion genom annan leverantörs försorg. Som tidigare angetts är det på grund av Banverket Produktionens skyldighet att handla upp denna underentreprenad enligt LUFSS i högsta grad osäkert om Rhombergs lösningar de facto kommer att kunna användas vid utförande av spåret. Denna osäkerhet är så stor att Banverket Produktion inte i egentlig mening kan anses ha lämnat en beskrivning över utförandet av de

ballastfria spåren. Även av detta skäl borde Banverket Produktions anbud ha förkastats.

Banverket har i yttrande tillagt bl.a. följande.

Faktureringsplanen

Vad som skall krävas för att uppfylla kravet att inkomma med en faktureringsplan har tydliggjorts i förfrågningsunderlaget och skall inte, såsom bolaget synes mena, tolkas utifrån en allmän ej närmare beskriven definition av detta begrepp. Banverket Produktion har i en handling rubricerad Faktureringsplan, i enlighet med förfrågningsunderlaget, föreslagit hur man önskar fakturera samtliga reglerbara och oreglerbara mängder. Banverket Produktion har i sin faktureringsplan angett att reglerbara och som huvudregel även oreglerbara mängder skall faktureras vid utförande. Vissa särskilt angivna oreglerbara mängder skall emellertid, enligt Banverket Produktions föreslagna faktureringsplan, faktureras vid leverans eller etablering. Av den tidplan som Banverket Produktion ingivit med sitt anbud framgår, när så är aktuellt, de aktiviteter som motsvarar de reglerbara och oreglerbara mängderna. En aktivitetmässig koppling till tidplanen föreligger därmed i enlighet med förfrågningsunderlaget. Något krav på att faktureringsplanen skall uppnå den detaljeringsnivå som bolaget påstår finns inte uppställt i förfrågningsunderlaget.

Ställande av säkerhet

Kravet på säkerhet syftar till att tillförsäkra Banverket ekonomisk kompensation för det fall utföraren av uppdraget inte uppfyller de förpliktelser som följer av upphandlat kontrakt. Säkerhet skall erbjudas i de fall som anbudsgivaren kan erbjuda detta. Banverket Produktion är, som tidigare anförts, förhindrad att ställa säkerhet utan särskilt bemyndigande från regeringen. Det faller på sin egen orimlighet att aktuellt krav skulle kunna anses innebära att Banverket Produktion, som är del av samma juridiska person som Banverket, var nödgad att ställa en säkerhet till skydd för Banverket i nu aktuellt avseende.

Ballastfria spår

Banverket får återigen framhålla att det inte i förfrågningsunderlaget finns något uppställt krav på att ett formellt samarbetsavtal eller dylikt skall uppvisas när underentreprenörs kapacitet nyttjas. Banverket Produktion är dock självfallet skyldigt att utföra upphandlande entreprenadarbeten i enlighet med de förutsättningar som Banverket Produktion angivit i sitt anbud. Det sätt som Banverket Produktion slutligen väljer att uppfylla detta sitt åtagande saknar relevans för prövningen i detta mål.

Bolaget har i yttrande tillagt bl.a. följande.

Faktureringsplanen

I handlingen som rubricerats som en faktureringsplan anger Banverket Produktion att vissa oreglerbara mängder behöver delfaktureras. Dessa mängder anges under rubrikerna "Mängdförteckning Ballastfritt spår", "Mängdförteckning Kontaktledning" och "Mängdförteckning Elkraft". Under respektive rubrik anges sedan vissa procentsatser kopplade till vissa aktiviteter, såsom "Etablering maskiner", "Sektioneringscentral, Leverans av byggnad och ställverk" osv. Dessa aktiviteter framgår emellertid inte av den av Banverket Produktion redovisade tidplanen. Banverket Produktions faktureringsplan uppfyller därmed uppenbarligen inte föreskrivet skallkrav om att planen skall vara aktivitetsmässigt kopplad till anbudsgivarens tidplan för entreprenadens utförande. Detta gäller dock inte bara de nu angivna aktiviteterna, utan samtliga arbeten i entreprenaden.

Ställande av säkerhet

Det är inte riktigt att aktuellt skallkrav anger att säkerhet skall erbjudas endast i de fall som anbudsgivaren kan erbjuda säkerhet. Någon valfrihet finns inte i detta avseende för anbudsgivarna. Banverket har rätteligen i UFB.31 p. 2 angett att anbudet skall innehålla uppgift om vilken säkerhet enligt AB 04, kap 6 §§ 21 och 22 som anbudsgivaren kan erbjuda och därtill föreskrivit att erbjuden säkerhet skall utfärdas av svensk bank eller försäkringsbolag alternativt motsvarande utländskt företag med säte inom EES-området.

Banverket har således uppsatt vissa obligatoriska minimikrav på den säkerhet som anbudsgivaren måste kunna erbjuda.

Banverket har tillagt bl.a. följande.

Den befintliga omständigheten att Banverket utsett Banverket Produktion som leverantör i upphandlingen innebär att myndigheten avser att utföra aktuell entreprenad i egen regi. Vad gäller faktureringsplanen är det, på tidigare angivna skäl, Banverkets uppfattning att den plan som Banverket Produktion ingivit uppfyller uppställda krav i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget angavs på intet sätt att de faktureringsplaner som anbudsgivare föreslagit skulle utgöra en del av kontraktet med Banverket. Det förhållandet att Banverket, sedan upphandlingsförfarandet avslutats, valt att inte införa faktureringsrutiner i aktuellt kontrakt med dess produktionsenhet Banverket Produktion kan inte anses medföra att Balfour Beatty Rail AB lider någon skada. Den omständigheten att det i Banverkets standardkontrakt anges att leverantörer skall ställa viss säkerhet omintetgör inte det faktum att ifrågavarande uppdrag skall utföras av en enhet inom Banverket. I uppkommen situation är det, som tidigare anförts, alldeles oavsett ordalydelse i kontraktet inte möjligt för Banverket Produktion att ställa angiven säkerhet eftersom den riktar sig mot den egna juridiska personen. Det bör även framhållas att det krav som uppställs i förfrågningsunderlaget rörande ballastfria spår endast innebär att anbudsgivaren skall bifoga en beskrivning över utförandet av ballastfria spår. Detta har Banverket Produktion gjort genom att använda sig av Rhombergs resurser. Något tillkommande krav att ett specifikt bolag också skall nyttjas som underleverantör för den faktiska produktionen av de ballastfria spåren har inte uppställts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget avger följande förtydligande avseende Banverket Produktions åberopande av Rhombergs tekniska kapacitet, bl.a. innefattande av Rhomberg patenterade tekniska lösningar vid utförande av det ballastfria spåret. I av-

görandet C-176/98 Hoist Italia Spa mot Comune di Cagliari, REG 1999 I-8607, slog EG-domstolen fast att ett annat företags tekniska kapacitet endast får åberopas i ett anbud om det i anbudet visas att anbudsgivaren kommer att förfoga över det andra företags kapacitet vid fullgörande av kontraktet. I annat fall skall anbudet förkastas. Härefter intogs bestämmelser med motsvarande innehåll i de nya EG-direktiven. Dessa bestämmelser blev därmed direkt tillämpliga såsom svensk rätt vid tidpunkten för aktuell upphandling. Som tidigare angetts visar inte Banverket Produktions anbud att man säkerställt att man kommer att förfoga över Rhomberts tekniska kapacitet vid fullgörande av kontraktet. Tvärtom anger Banverket Produktion i anbudet att man endast i anbudsskedet har tänkt sig att använda sig av Rhombert och i konsekvens härmed återfinns inga uppgifter som visar att Banverket Produktion säkerställt att man också kommer att förfoga över Rhomberts tekniska kapacitet under utförandeskedet. Anbudet skulle därför ha förkastats av Banverket. På grund av Banverket Produktions skyldighet att upphandla aktuell underentreprenad enligt LUFSS har nämnda säkerställande heller inte varit möjligt att åstadkomma, vilket inte bestritts av Banverket. Någon sådan upphandling har än idag inte ägt rum.

DOMSKÄL

Tillämpliga lagrum

Av 7 kap. 1 § första och tredje stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Enligt 7 kap. 2 § LOU gäller bl.a. 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.

I 1 kap. 4 § LOU anges att 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.

Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlaget 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).

Mötet med Banverket Produktion

Bolaget har anfört att Banverket sammanträffat med Banverket Produktion den 13 mars 2008 för att givits tillfälle att klargöra sitt anbuds omfattning, komplettera sitt anbud vad gäller namn på nyckelpersoner i organisationen

samt vissa detaljer i genomförandebeskrivningen och tidplanen medan Bolaget inte getts samma möjligheter. Banverket har å sin sida uppgett att syftet med mötet var att utreda frågeställningar som inte utgjorde grund för utvärdering av anbuden, men som var väsentliga att diskutera innan en eventuell kontraktsskrivning kom till stånd. Banverket har vidare anfört att informationen som framkom vid mötet inte påverkat anbudsutvärderingen eller valet av anbudsgivare samt att ett utkast till upphandlingsrapport daterad den 5 mars 2008 redovisar samma resultat som den slutligen versionen daterad den 31 mars 2008. Upphandlingen uppgår till ca 390 miljoner kr och Banverket har därför redogjort för hur Banverkets arbetsordning ser ut när det gäller upphandlingar överstigande 300 miljoner kr. I målet är ostriktigt att fråga är om en s.k. förhandlad upphandling. I 1 kap. 5 § LOU definieras en sådan som ”upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem”. Länsrätten anser inte att förhållandet att ett möte hålls med endast en av anbudsgivarna utgör diskriminering. De omständigheter som bolaget åberopat beträffande mötet i ansökan om överprövning ger inte heller vid handen att Banverket brutit mot kravet på affärsmässighet och objektivitet när möte hållits med endast en av anbudsgivarna. Länsrätten finner att det på grund av vad som framkommit saknas förutsättningar att på denna grund förordna om åtgärd enligt LOU med anledning av sammanträffandet mellan Banverket och Banverket Produktion.

Skallkrav

För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det skall ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § liksom mot principen om likabehandling och transparens (förutsebarhet och öppenhet) i gemenskaprätten.

Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav). Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas. För att kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbudsförfarandet är det nödvändigt att en upphandlande enhet inte avviker från vad som krävts i förfrågningsunderlaget utan endast prövar inkomna anbud utifrån de krav och bedömningskriterier som ställts i förfrågningsunderlaget. Enheten skulle i annat fall bryta mot principen om likabehandling av anbudsgivare.

Avseende förslag till prestationsbunden faktureringsplan

Av det av Banverket utformade förfrågningsunderlaget framgår att "Anbudsgivare ska upprätta förslag till prestationsbunden faktureringsplan. Faktureringsplanen ska redovisa anbudsgivarens planerade fakturering av reglerbara och oreglerbara mängder och vara kopplad aktivitetsmässigt till anbudsgivarens tidplan för entreprenadens genomförande. De belopp som anbudsgivare anger i faktureringsplanen ska anges som bruttobelopp, d.v.s. utan beaktande av beställarens rätt till innehållande av medel enligt Administrativa föreskrifter, AFC.62". Av den formulering som Banverket använt sig av framgår det uttryckligen, enligt länsrättens mening, att detta är ett s.k. skall-krav. Bolaget har anfört att Banverket Produktion inte uppfyller detta krav dels för att faktureringsplanen inte är prestationsbunden, dels för att faktureringsplanen inte redovisar planerad fakturering av reglerbara och oreglerbara mängder, dels för att inte några belopp anges i faktureringsplanen, dels för att kravet på innehållanderätt åsidosatts. Enligt länsrätten har Banverket i förfrågningsunderlaget tydliggjort vad som krävs för att uppfylla kravet att inkomma med en faktureringsplan. Banverket Produktion har i en handling rubricerad Faktureringsplan föreslagit hur man önskar fakturera samtliga reglerbara och oreglerbara mängder. Banverket Produktion har i sin faktureringsplan angett att reglerbara och som huvudregel även oreglerbara mängder skall faktureras vid utförande. Vissa särskilt angivna oreglerbara mängder skall emellertid, enligt Banverket Produktions föreslagna

faktureringsplan, faktureras vid leverans eller etablering. Av den tidplan som Banverket Produktion ingivit med sitt anbud framgår, när så är aktuellt, de aktiviteter som motsvarar de reglerbara och oreglerbara mängderna. En aktivitetsmässig koppling till tidplanen föreligger därmed i enlighet med förfrågningsunderlaget. Enligt länsrättens mening ställs det i förfrågningsunderlaget inget krav uppställt på detaljer såsom bolaget menar. Vid angivna bedömning och vad som i övrigt framkommit är det i målet inte visat att Banverket Produktions anbud inte uppfyller skall-kravet avseende faktureringsplanen. Det saknas därför skäl att bifalla bolagets ansökan även på denna grunden.

Avseende ställande av säkerhet för förpliktelser och förskott

Vad gäller ställande av säkerhet för förpliktelser och förskott framgår av förfrågningsunderlaget att ”Uppgift om vilken säkerhet enligt AB 04, kap. 6 21 och 22 §§ som Anbudsgivaren kan erbjuda. Säkerheten ska utfärdas av svensk bank eller försäkringsbolag alternativt motsvarande utländskt företag med säte inom EES-området”. Med hänsyn till den formulering Banverket använt sig av, finner länsrätten att detta är ett s.k. skall-krav. I målet är ostridigt att Banverket Produktion inte erbjudit sådan obligatorisk säkerhet som Banverket krävt i förfrågningsunderlaget. Bolaget anser därför att Banverket Produktions anbud skulle förkastats. Banverket har åberopat Banverkets föreskrifter (BVF 105) där det framgår att” i de fall där entreprenören vid en entreprenad är en statlig myndighet eller affärsverk behöver inte säkerhet för förskottsbetalning eller garantitid krävas”. Länsrätten anser inte att det är rimligt att Banverket Produktion, som är en del av samma juridiska person som Banverket, skulle vara nödgad att ställa en säkerhet till skydd för Banverket samt att det förefaller orimligt att Banverket skulle handla på ett sätt som står i strid med sina egna föreskrifter. Länsrätten anser därför inte att det visats att Banverket Produktion inte uppfyller skall-kravet beträffande ställande av säkerhet. Ansökan kan inte heller bifallas på denna grund.

Ballastfria spår

Banverket Produktion har i sitt anbud åberopat en teknik tillhandahållen av Rohmberg. Bolaget har invänt att Banverket Produktion i sitt anbud angivit Rhomberg som en underentreprenör. Bolaget har vidare anfört att den av Banverket Produktion åberopade tekniska lösningen till stor del bygger på av Rhomberg patenterade lösningar, varför dessa inte kommer att kunna utföras av Banverket Produktion genom annan leverantörs försorg. Eftersom Banverket Produktion är skyldig att handla upp denna underentreprenad är det osäkert att Rhombergs lösningar de facto kommer att kunna utföras vid utförandet av spåret. Banverket har i anledning härav anfört att endast en beskrivning av planerade produktionsmetoder och tilltänkta resurser för utförande efterfrågats och att det inte finns några krav att anbudsgivarna ska utnyttja egenproducerat material vid framställandet. Det har inte heller uppställts något krav på att ett formellt samarbetsavtal eller dylikt ska uppvisas när underentreprenörs kapacitet nyttjas. Banverket anser att Banverket Produktion har haft möjlighet att utnyttja Rhombergs kapacitet vid upprättandet av anbudet. Länsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget endast framgår att anbudsgivare ska bifoga en beskrivning över utförandet av ballastfria spår, varvid beskrivningen ska omfatta produktionsmetoder och resurser. Det framgår däremot inte att det krävs att det föreligger samarbetsavtal eller liknande till säkerställande att anbudsgivaren faktiskt kommer att nyttja denna kapacitet efter tilldelning av kontraktet. Enligt länsrättens mening finns det i nu aktuellt hänseende inget hinder mot att åberopa annat företags kapacitet och det kan inte krävas av bolaget att samtliga avtal är slutna vid tidpunkten för presentationen av systemet. Länsrätten anser att det inledningsvis ankommer på Banverket att bedöma om den av bolaget offererade tekniken skulle äga funktionalitet vid leveranstillfället. Ansökan ska avslås även på denna grund.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Balfour Betty Rail Aktiebolags ansökan om åtgärder enligt LOU och upphäver det interimistiska beslutet.

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



Peter Krantz