

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

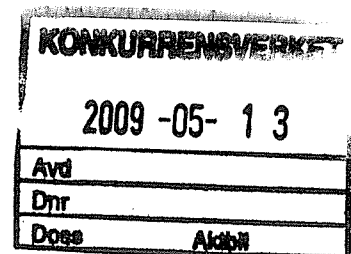
DOM
2009-05-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6997-09
Rotel 224

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



MOTPART

Lidingö stad

Ombud: Advokat Siv Ann Andermyr
Advokatfirman Andermyr Gustafsson Lindén HB
Box 3152
103 63 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att del 2 i upphandlingen (Asfalt) ska göras om, och avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Länsrättens interimistiska beslut den 7 april 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 422763

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

Lidingö Stad (Staden) har genomfört en öppen upphandling avseende tre stycken entreprenader inom gatuområdet. I tilldelningsbeslut den 30 mars 2009 (diariemr TN/2009:11) meddelade Staden sin avsikt - såvitt nu är i fråga - att teckna avtal gällande del 2 i upphandlingen (Asfalt) med leverantören Peab Asfalt AB.

NCC Construction Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen avseende del 2 ska rättas på så sätt att endast fem närmare angivna positioner i prisbilagan ska utvärderas och i andra hand att upphandlingen görs om. Till stöd för talan anförs bland annat följande. Staden har, efter att ha tagit del av anbuden, valt att byta utvärderingsmodell och utvärdera utvärderingskriteriet *Pris* på ett annat sätt än vad som angetts i förfrågningsunderlaget. För det fall *Pris* skulle ha utvärderats på ett korrekt sätt i enlighet med förfrågningsunderlaget, skulle NCC:s anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits. Ovannämnda brist i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för NCC. I upphandlingar avseende asfalt är det vanligt förekommande att upphandlande enheter i förfrågningsunderlaget efterfrågar à-priser på en rad arbeten och material som omfattas av upphandlingen, men att det i förfrågningsunderlaget anges att utvärderingen endast baseras på ett urval av de offererade priserna. Så har även skett i den nu aktuella upphandlingen. I prisbilagan avseende Asfalt, handling 5 till förfrågningsunderlaget, efterfrågas à-priser avseende 82 positioner. Det är dock endast avseende fem positioner som det finns en streckad rad att föra ut produkten av den fiktiva mängden multiplicerad med offererade à-priser. I prisbilagan finns även en streckad rad att föra ut summan av priset för de fem positionerna. Enligt NCC:s uppfattning kan det aktuella prisformuläret inte tolkas på annat sätt än att det endast är priset avseende dessa fem positioner (multiplicerat med den fiktiva mängden för respektive position) som ska utvärderas avseende ut-

värderingskriteriet *Pris*. För att säkerställa att förfrågningsunderlaget inte missuppfattats kontaktade NCC:s Bo Söderqvist Stadens Mirsad Bektesevic per telefon vid två tillfällen och frågade om det endast var de fem specificerade positionerna som skulle summeras och föras ut i höger kolumn och om det var korrekt uppfattat att det endast var priserna avseende dessa fem positioner som skulle ligga till grund för utvärdering av *Pris* avseende del 2, Asfalt. Bo Söderqvist fick ett jakande svar på sina frågor. NCC ingav med sitt anbud en prisbilaga ifylld enligt vad som angetts i förfrågningsunderlaget och i enlighet med de besked som lämnats från Staden. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 9 mars 2009 och anbudsöppning skedde den 10 mars 2009. Den 17 mars, det vill säga efter det att Staden fått del av anbudet, erhöll NCC ett mail från Staden, i vilket Staden uppmanade anbudsgivarna att fylla i samtliga gula fält i den till mailet bifogade filen. Den bifogade filen är en justerad version av prisbilagan avseende del 2 Asfalt. I denna justerade version av prisbilagan skulle nu samtliga å-priser summeras och föras ut. NCC inkom med en sådan justerad prisbilaga, men meddelade Staden per telefon att NCC utgick från att utvärderingen skulle ske på sätt som framgick av förfrågningsunderlaget och som bekräftats av Staden vid tidigare tillfälle. Efter delfående av tilldelningsbeslutet och den tillhörande anbudsutvärderingen kunde NCC konstatera att Staden, i strid med förfrågningsunderlaget och de besked NCC erhållit före anbudstidens utgång, baserat sin utvärdering på samtliga positioner i prisbilagan som Staden i sitt email daterat den 17 mars, bad anbudsgivarna att föra ut. Om Staden hade utvärderat anbudet på korrekt sätt, dvs utvärderat endast de fem positionerna som angetts i förfrågningsunderlaget, hade NCC:s pris varit det mest ekonomiskt fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits. NCC har lämnat ett anbud baserat på det förfrågningsunderlag Staden upprättat och de uppgifter som erhållits av Staden före anbudstidens utgång. Stadens förfarande att efter delfående av anbudet ändra utvärderingsmodell står i strid mot de grundläggande principerna om förutsebarhet och likabehandling. Bristerna i

upphandlingen är av allvarlig art. Om Staden agerat i enlighet med LOU skulle NCC:s anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits, avseende del 2 Asfalt. NCC har således lidit skada av de överträdelser av LOU som skett i del 2 av upphandlingen. Med hänsyn till att överträdelsen av LOU vad gäller del 2 av upphandlingen inte har skett i upphandlingens konkurrenssökande del och att det med enkelhet kan konstateras vilket utfall upphandlingen skulle ha fått för det fall dessa överträdelser ej skulle ha förekommit, bör upphandlingen i denna del rättas i enlighet med NCC:s förstahandsyrkande.

Lidingö Stad bestrider bifall till yrkandet och anför i huvudsak följande. Det är inte riktigt som NCC påstår att Staden ändrat utvärderingsmodell. Staden har hela tiden avsett att utvärdera samtliga á-priser som åsatts en fiktiv mängd i prisbilagan. Det sätt varpå priset har utvärderats strider inte mot vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det är riktigt att det ursprungliga formuläret *Asfaltarbeten – Delentreprenad 2* innehöll både mindre streck och streckade linjer i den högra kolumnen under *Kostnad*. Detta har emellertid inte varit avsett att visa att uträkning av kostnad endast skulle ske beträffande de arbeten som angetts vid de streckade linjerna (5 positioner av 82) och att det endast var dessa kostnader som skulle utvärderas. Om så hade varit fallet hade detta behövt förklaras på ett avsevärt tydligare sätt. NCC har angett samtliga efterfrågade á-priser i sitt anbud men endast summerat dessa med angivna fiktiva mängder där streckade linjer funnits. Så hade även ytterligare en anbudsgivare gjort (av totalt 5 stycken). I den uppkomna situationen hade Staden som i och för sig fått alla uppgifter kunnat utföra summeringen själv i samband med utvärderingen. Staden bedömde dock att det var lämpligast att låta samtliga anbudsgivare få tillfälle att själva komplettera sina anbud. Komplettering inkom därvid från de båda anbudsgivare, varav den ena var NCC, som inte summerat samtliga priser, medan de övriga inte alls hördes av eftersom de var säkra på att de gjort rätt från början. Staden har således på ett helt riktigt sätt och

i enlighet med förfrågningsunderlaget låtit anbudsgivare rätta ett uppenbart fel i anbudet. Det är helt fel som NCC påstår att Stadens Mirsad Bektesevic per telefon har uppgett till NCC:s Bo Söderqvist att det endast var de fem positionerna som skulle summeras och föras ut i den högra kolumnen och att det endast var dessa priser som skulle ligga till grund för utvärderingen. Det är vidare helt fel att frågan varit på tal i samband med begäran om komplettering av anbudet, se mailväxling mellan Staden och NCC. Staden har i denna del upprättat ett förfrågningsunderlag som är tydligt och i enlighet med de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling, jämför RÅ 2002 ref 50. Om något varit oklart har NCC haft möjlighet att ställa frågor till upphandlingsenheten, vilket emellertid inte skett. Staden har vid sin utvärdering utgått ifrån de priser som samtliga anbudsgivare angett i sina ursprungliga anbud och någon förändring av anbudet har inte skett i samband med stadens begäran om komplettering beträffande summering. Genom förfarandet har samtliga anbudsgivare behandlats lika. Eftersom skäl således saknas för länsrätten att ingripa i upphandlingen avseende Asfalt bör länsrätten snarast avslå NCC:s ansökan om överprövning i denna del. Om länsrätten emellertid skulle finna att ett ingripande bör ske är den enda möjliga utgången att länsrätten förordnar att upphandlingen även i denna del skall göras om. Rättelse på det sätt NCC angett är inte möjligt utan avsteg från EG-rättsliga principer.

NCC vidhåller sin talan och anför i huvudsak att Stadens Mirsad Bektesevic vid två tillfällen per telefon i början av mars 2009 uppgett till NCC:s Bo Söderqvist att det endast var de aktuella fem positionerna som skulle summeras och föras ut i höger kolumn samt att det endast var priserna avseende dessa fem positioner som skulle ligga till grund för utvärdering av pris avseende del 2, Asfalt. Vid telefonsamtal den 18 mars 2009 meddelade NCC även Stadens företrädare Mirsad Bektesevic och Arne Noaksson att NCC utgick ifrån att utvärderingen skulle ske på sätt som framgick av förfrågningsunderlaget och som bekräftats av Staden vid tidigare tillfälle,

dvS att endast de fem aktuella positionerna skulle utvärderas. Om länsrätten, trots vad NCC anfört, skulle finna att förfrågningsunderlagets utformning inte ger stöd för den tolkning av utvärderingsmodellen som NCC gjort och även finna att NCC inte lyckats styrka att NCC erhållit de besked från Staden som redovisats ovan, kan det knappast råda tvivel om att förfrågningsunderlaget utformats på ett alltför otydligt sätt. Som Staden själv framhåller har i vart fall två av fem anbudsgivare ostridigt tolkat utvärderingsmodellen på så sätt att endast fem positioner skulle utvärderas. En sådan otydlighet i förfrågningsunderlaget står i strid med de grundläggande principerna om förutsebarhet och transparens. Upphandlingen ska i så fall göras om i enlighet med NCC:s andrahandsyrkande. NCC yrkar vidare att länsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet. Förhör med NCC:s Bo Söderqvist och Urban Sundström är NCC:s enda möjlighet att styrka de sakomständigheter som NCC gjort gällande, att NCC lidit eller riskerat att lida skada, samt att rättelse enligt NCC:s förstahandsyrkande är en lämplig åtgärd vad gäller del 2 av upphandlingen. Det är således av synnerligt vikt för utredningen i målet att muntlig förhandling hålls. För det fall länsrätten skulle finna att NCC:s förstahandsyrkande avseende del 2, Asfalt, kan bifallas redan på grundval av vad som hittills förekommit i målet, fordras däremot ingen muntlig förhandling.

Lidingö Stad genmäler i huvudsak följande. Stadens Mirsad Bektesevic hade ett telefonsamtal med NCC:s Bo Söderqvist endast vid ett tillfälle, den 3 mars 2009. Han kan idag inte erinra sig exakt vad han uttalat till Bo Söderqvist vid samtalet den 3 mars 2009. Det är Stadens uppfattning att all kommunikation kring en pågående upphandling ska ske via upphandlingsenheten på sätt som angetts i upphandlingsföreskrifternas punkt U2.2. Om kontakter förekommit på annat sätt och det finns minsta risk för att någon anbudsgivare fått felaktig information eller information som inte övriga anbudsgivare fått del av är det Stadens uppfattning att upphandlingen ska göras om. Då Stadens formulär i detta fall dessutom tolkats på felaktigt sätt

av ytterligare en anbudsgivare förutom NCC är det Stadens uppfattning att formuläret kan ha varit otydligt. Det förhållandet att tre av fem anbudsgivare emellertid uppfattat formuläret på ett korrekt sätt innebär att rättelse inte är möjligt på det sätt NCC angett utan avsteg från EG-rättsliga principer. Staden hemställer därför att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

NCC vidhåller att upphandlingen i första hand ska rättas och anför i huvudsak följande. Stadens förfrågningsunderlag har utformats på ett sätt som gör NCC:s tolkning till den enda rimliga tolkningen av detsamma. Att förfrågningsunderlaget inte var felaktigt utformat, utan hade den innebörd som NCC nu gör gällande, har också bekräftats av Stadens Mirsad Bektesevic. Mot bakgrund av dessa omständigheter står det klart att Staden enligt förfrågningsunderlaget hade att basera utvärderingen endast på fem positioner. Att någon anbudsgivare uppfattat förfrågningsunderlaget på annat sätt är inte visat. Däremot står det klart att åtminstone två anbudsgivare uppfattat att utvärderingen skulle baseras på endast fem positioner. Eftersom det av förfrågningsunderlagets utformning följer hur det ska tillämpas, har ingen annan leverantör lidit eller riskerat att lida skada av att inte erhålla den information som Mirsad Bektesevic lämnat NCC. För det fall länsrätten finner att upphandlingen inte kan rättas ska upphandlingen göras om eftersom Staden nu medgett NCC:s andrahandsyrkande härom.

Länsrätten beslutade den 7 april 2009 att Lidingö Stad tills vidare inte fick avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL


Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 2 § samma lag ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De grundläggande principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud skall vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Principen om transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget skall utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande enheten efterfrågar. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

Det får anses ostridigt att prisformuläret har utformats på ett sätt som har möjliggjort flera tolkningar. Det kan inte uteslutas att denna otydlighet i förfrågningsunderlaget har haft betydelse för anbudsgivarnas utformning av anbuden. I denna situation är det inte möjligt att rätta upphandlingen på det sätt som NCC har begärt i sitt förstahandsyrkande. Länsrätten finner att de påvisade bristerna är av sådan art att NCC:s ansökan skall bifallas på så sätt att upphandlingen avseende del 2, Asfalt, ska göras om. Vid denna utgång i målet finner länsrätten en muntlig förhandling obehövlig. NCC:s yrkande om muntlig förhandling ska därför avslås.

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



Leif Nilsson

rådman

Föredragande har varit Diana Lagercrantz.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

