

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

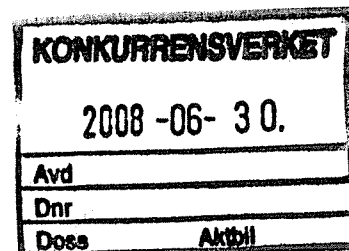
DOM
2008-06-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11270-08
Rotel 221

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

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



MOTPART

Stockholms Stads Parkerings AB, 556001-7153
Box 4678
116 91 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller NCC Construction Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så sätt att länsrätten förordnar att den i målet aktuella upphandlingen skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut från den 30 maj 2008 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 342137

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

BAKGRUND

Stockholms Stads Parkerings AB (Stockholms Parkering) har genomfört en öppen upphandling av entreprenad avseende sprängning av bergrum och förstärkningsarbeten för parkeringsgarage under Högalidsparken i Stockholms kommun. Stockholms Parkering meddelade i tilldelningsbeslut den 22 maj 2008 att ovanstående entreprenad tilldelats Skanska Sverige AB (Skanska).

NCC Construction Sverige AB (NCC) har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten beslutar interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

Länsrätten har i beslut den 30 maj 2008 förordnat att Stockholms Parkering tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

Stockholms Parkering har hemställt att länsrätten skall upphäva det interimistiska beslutet.

Länsrätten har i beslut den 5 juni 2008 funnit att det inte framkommit skäl att upphäva det interimistiska beslutet.

YRKANDEN M.M.

NCC yrkar i första hand att upphandlingen skall rättas på så vis att Skanskas anbud förkastas, varvid NCC:s anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed skall antas. I andra hand yrkar NCC att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om. Som grund för sin ansökan anför NCC i huvudsak följande. Skanskas anbud innehåller reservationer och överensstämmer inte med förfrågningsunderlaget. Detta till trots har anbudet antagits av Stockholms Parkering. Stockholms Parkering har berett Skanska tillfälle att, i strid med LOU, inkomma med komplettering av anbudet. Genom denna komplettering har Skanska frånfallit en av sina reser-

vationer. Förfarandet står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Ovan nämnda brister i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för NCC.

NCC anför vidare bl.a. följande. Upphandlingen har enligt förfrågningsunderlaget skett enligt 6 kap LOU. Med hänsyn till att upphandlingen påbörjats efter ikraftträdandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) torde upphandlingen dock ha genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap LOU. Av tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll (Tilldelningsbeslutet) daterade den 22 maj 2008, framgår att endast två anbudsgivare inkommit med anbud; NCC och Skanska och att Stockholms Parkering antagit Skanskas anbud.

I punkten AFC.511 *Vite vid försening* i de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande: "Vid försening är beställaren berättigad att av entreprenören erhålla vite med ett belopp om 0,5% av kontraktssumman för varje påbörjad vecka varmed färdigställandet av kontraktarbetet i sin helhet blivit fördröjt." Tak saknas således för vite avseende försening.

I punkten AFC.513 *Vite vid skada på vegetation* i de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges följande: "Generalentreprenören skall överta ansvaret för den vitesklausul som finns inskriven i 'Överlåtelse om exploatering med tomträttsupplåtelse inom Högalidsparken' handling 11.5." Av handling 11.5 framgår att tak saknas för vitet avseende skada på vegetation.

I punkten AFF.514 *Vite vid hinder av spårtrafik* i de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges följande: "Entreprenören skall ersätta byggherren eller SL direkt för de eventuella viten för tågförseningar eller annat som entreprenören vållat." Tak saknas således för vite avseende hinder av spårtrafik.

I ritning 9-166.BBK.B107.01 till förfrågningsunderlaget anges under punkten 1 följande: "Stopptrycket måste variera med hänsyn till de restriktioner och geologiska förhållanden som gäller för plats och bestäms successivt längs tunnelsträckan av entreprenören."

Skanska har under punkten 3 i sitt anbud gjort följande reservation: "Maximering av viten vid försening i enlighet med AFC.511, AFC.513 och AFC.514 till 15% av anbudssumman." Vidare har Skanska under punkten 7 i sitt anbud gjort följande reservation: "I ritning 9-166.BBK.B107.01 framgår att Entreprenören skall bestämma stopptrycket vid injekteringar. Vi avsäger oss denna beslutsrätt och det ansvar som följer då detta är en utförandeentreprenad. Vi medverkar gärna i en dialog med projektören kring specifika instruktioner för att optimera utförandet men utgår från att ansvaret skall bäras av projektören/beställaren."

Enligt AFB.32 i de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget anges att sista anbudsdag är den 27 mars 2008. Anbudstiden förlängdes till och med den 10 april 2008. Den 22 maj 2008, långt efter anbudstidens utgång och samma dag som tilldelningsbeslut fattades, inkom Skanska med en komplettering per e-mail av sitt anbud. Genom denna komplettering frånföll Skanska de i anbudet gjorda reservationerna avseende vitet i punkterna AFC.511, AFC.513 och AFC.514. Av kompletteringen synes framgå att Stockholms Stad uppmanat Skanska att inkomma med densamma.

De reservationer Skanskas anbud innehåller motsvarar avsevärda värden. Ett vite utan tak (såsom föreskrivits i förfrågningsunderlaget) medför givetvis en avsevärd affärsrisk i en byggentreprenad. Särskilt punkten AFC.514 innebär, enligt NCC:s uppfattning, en mycket stor potentiell sådan risk. NCC har i sitt anbud tagit höjd för att vitet i AFC.511, AFC.513 och AFC.514 saknar tak, vilket medfört att anbudspriset blivit avsevärt högre än vad som annars skulle ha varit fallet.

Såsom angetts ovan har entreprenören att anpassa stopptrycket efter gällande restriktioner och geologiska förutsättningar. Skanska har emellertid reserverat sig mot den aktuella föreskriften. Stopptryck beskrivs enligt praxis som en mängd per meter borrhål alternativt maximalt injekteringstryck. Vid ett felaktigt/icke fackmannamässigt beslut avseende stopptrycket kan tätningmassorna komma att tränga ut i parken. Genom att frånsäga sig beslutanderätten vad gäller stopptrycket, har Skanska övervälat ansvaret för ett eventuellt felaktigt/icke fackmannamässigt beslut avseende stopptryck på beställaren, istället för att acceptera att detta ansvar ligger på entreprenören, såsom förfrågningsunderlaget föreskriver. Genom denna reservation har Skanska i väsentlig mån begränsat sin eventuella skadeståndsskyldighet gentemot Stockholms Parkering och tredjeman.

NCC har i sitt anbud tagit höjd för de extra kostnader och risker som följer av detta ansvar vilket medfört att anbudspriset blivit högre än vad som annars skulle ha varit fallet. NCC har givetvis inte kunnat förutse att Stockholms Parkering skulle komma att acceptera orena anbud innehållande reservationer som de aktuella.

Eftersom Skanskas anbud innehåller flera väsentliga reservationer skulle anbudet rätteligen ha förkastats. Det är omöjligt att jämföra ett anbud innehållande reservationer med övriga anbud utan att principerna om förutsebarhet och transparens träds för när, eftersom en jämförelse mellan ett anbud innehållande reservationer och övriga anbud aldrig kan ske på ett för anbudsgivarna förutsebart sätt. Detta är särskilt fallet då sådana reservationer, som i det nu aktuella fallet, inte är prissatta. Att anbud innehållande reservationer skall förkastas har fastslagits i rättspraxis vid ett flertal tillfällen, se exempelvis kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 7735-06 och 7736-05 och länsrättens i Hallands län domar i mål nr 2009-06 och 730-07 för vilket kammarrätten inte meddelade prövningstillstånd.

Anbud innehållande reservationer är dessutom att jämställa med anbud som inte uppfyller ställda ovillkorliga krav (sk. skall-krav). Det säger sig när-

mast självt att upphandlingsobjektet i sig är ett sådant krav, då anbud i annat fall hade kunnat avse något helt annat än det efterfrågade. Att även anvisningar i förfrågningsunderlag som inte uttryckligen angetts utgöra "skallkrav" kan anses vara ovillkorliga kvalificeringskrav, framgår bl.a. av kammarrättens i Göteborg dom den 2 februari 2005 i mål nr 5928. Den aktuella domen gällde bl.a. skrivelsen: "Anbudet undertecknas av behörig företrädare." som ansågs utgöra ett "skallkrav", trots att ordet "skall" inte uttryckligen använts. Att anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav skall förkastas följer av väl etablerad praxis, se exempelvis kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 4885-04 och 4598-05, kammarrättens i Stockholm domar i mål nr 3974-04 och 8085-04, kammarrättens i Jönköpings domar i mål nr 1823-05, 2554-05 och 1571-07 samt kammarrättens i Sundsvall domar i mål nr 2272-05 och 3243-04. Även av EG-rättslig praxis framgår att anbud som innehåller reservationer inte får utvärderas, se exempelvis mål C-243/89 – Kommissionen mot Danmark och mål C-87/94 – Kommissionen mot Belgien. EG-domstolen uttalade i mål C-243/89 bl.a. följande: "Clearly it is unfair to accept a bid which does not comply with the specifications, since other firms will have drawn up their bids on the basis of the specifications." Det kan således konstateras att det följer av såväl svensk som EG-rättslig praxis att ett anbud innehållande reservationer skall förkastas.

Enligt 9 kap. 8 § 1 st. LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning, felräkning eller annat uppenbart fel i anbudet. Skankas uttryckliga reservation avseende vitesbestämmelserna i förfrågningsunderlaget kan givetvis inte ses som ett uppenbart fel i anbudet. Om en anbudsgivare skulle beredas möjlighet att återta väsentliga delar i ett anbud, på det sätt som skett i det aktuella fallet, skulle närmast obegränsade möjligheter till kringgående av LOU öppnas. Enligt 9 kap. 8 § 2 st. LOU får en upphandlande enhet även begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I detta sammanhang vill NCC framhålla att samma regler givetvis gäller frånfallande av uppgifter i ett anbud som för tillföran-

det av nya. Skanska har emellertid ingett ett anbud som inte uppfyller de ovillkorliga kvalificeringskrav som uppställts i upphandlingen genom att reservationer lämnats gentemot delar som uttryckligen omfattas av upphandlingen. Stockholms Parkering har infordrat kompletterande uppgifter avseende Skanskas anbud efter anbudstidens utgång. För det fall denna komplettering anses tillåten har den läkt en av bristerna i Skanskas anbud. Det är emellertid inte tillåtet för en upphandlande enhet att tillåta kompletteringar avseende ovillkorliga kvalificeringskrav (eller frånfallande av reservationer) ens i förhandlade upphandlingar, se kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 328-05, för vilken Regeringsrätten inte meddelade prövningstillstånd. Kompletteringar avseende ovillkorliga kvalificeringskrav (vilket samtliga kommersiella villkor är) anses alltid medföra risk för särbehandling och konkurrensbegränsning. Se även länsrättens i Hallands län dom i mål nr 2009-06. I detta sammanhang kan hänvisas till vad professor Sue Arrowsmith har uttalat om den ovan citerade domen (The Law and Public Utilities Procurement, 1996, sid. 233): "A question which did not arise in Storebaelt (C-243/89 NCC:s anmärkning) is whether a non responsive tender (which does not fall within the rule of variants) can be accepted if other tenderers are first given the opportunity to revise their bids, either to comply with the specifications offered by the non-responsive bidder, or (where applicable) to put forward their own alternative solution. This would still, however, be unfair, since other tenderers have already wasted expenditure in bidding, which might have been avoided had the possibility of an alternative tender had been made clear at the outset. Thus it is likely that the rules will be interpreted to require exclusion of the non responsive bid, regardless of whether the other firms are permitted to revise their own bids." Det kan således konstateras att det följer av såväl praxis som doktrin att kompletteringar såsom den aktuella inte är tillåtna.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Skanskas anbud innehåller även efter den otillåtna kompletteringen en otillåten reservation som skall medföra att anbudet förkastas. Med hänsyn till bristernas karaktär och att

överträdelserna av LOU inte skett i upphandlingens konkurrenssökande del bör upphandlingen rättas i enlighet med NCC:s förstahandsyrkande.

Stockholms Parkering bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Stockholms Parkering har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som LOU vilar på. För det fall brister skulle anses föreligga är dessa inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. För det fall Skanskas anbud ej skulle anses uppfylla uppställda krav gäller detta även sökandens anbud. Sökanden har därför inte lidit någon skada. Skäl för beslut att upphandlingen skall göras om eller att rättelse skall vidtas saknas således.

Det vitsordas att punkt 3 i Skanskas anbud innehöll en maximering av vitesbelopp vid förseningar. Vid tidpunkten för anbudsvärderingen hade dock Skanska frånfallit dessa reservationer varför det inte fanns möjlighet att beakta dessa. Förutsättningarna för upphandlingen ändrades inte härigenom. I punkt 7 i anbudet har Skanska påpekat att det rör sig om en utförandeentreprenad och att det därför inte är aktuellt för en entreprenör att åta sig angiven beslutsrätt. Förfrågningsunderlaget var inte helt tydligt på denna punkt men det är byggherren som har strikt ansvar i en utförandeentreprenad och Skanskas påpekande är därför korrekt och utgör ingen reservation. Att ovan nämnda reservationer har frånfallits innebär inte att det har uppstått någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Genom frånfallandet uppfylldes de i upphandlingen uppställda villkoren, nämligen att vitesbelopp anges utan tak, något som för övrigt är brukligt.

I den bestämmelse i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget som avsåg ersättning för ändringar och tilläggsarbeten (AFC.611) ställdes kravet att anbudsgivare skulle ange påslag i procent på entreprenörsarvode. Sökanden har inte angett något påslag i procent och har därför inte uppfyllt det i förfrågningsunderlaget ställda kravet. Detta innebär att sökandens anbud är ofullständigt.

Det är inte heller i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget att ”ta höjd” för viten och kostnader som sökanden har gjort på så sätt som beskrivs under punkterna 4.1.1. och 4.1.2. i sökandens ansökan om överprövning. Stockholms Parkering är en kompetent beställare som med mycket gott resultat genomfört en rad komplicerade projekt i känslig innerstadsmiljö. Detta var känt för sökanden och något utrymme för att ”ta höjd” för extra kostnader har således inte förelegat. Sökanden anger i sin ansökan att ”NCC har i sitt anbud tagit höjd för att vitet i AFC.511, AFC.513 och AFC.514 saknar tak, vilket medfört att anbudspriset blivit avsevärt högre än vad som annars skulle ha varit fallet”.

Då sökandens anbud var ofullständigt och innehöll reservationer för eventuella extra kostnader borde anbudet rätteligen ha förkastats och inte upptagits till vidare prövning. Skanskas anbud uppfyller samtliga krav i kravspecifikationen. Likabehandlingsprincipen har inte frångåtts. Inte heller har utvärderingen på något sätt varit diskriminerande till nackdel för sökanden. För de fall brister skulle anses föreligga är dessa inte av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller övriga krav i LOU åsidosatts.

Om länsrätten skulle finna att skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger är det Stockholms Parkerings uppfattning att upphandlingen måste göras om.

NCC genmäler bl.a. följande.

Vad gäller Skanskas reservation avseende Stopptrycket konstaterar NCC att förfrågningsunderlaget klart och entydigt föreskriver vilket ansvar leverantören skulle ha i denna del. Stockholms Parkering synes nu mena att man accepterat Skanskas reservation i denna del för att förfrågningsunderlaget varit otydligt. NCC bestrider att så varit fallet. Under alla förhållanden har NCC inte erhållit information om att anbudet inte behövde omfatta det ansvar som föreskrivs i denna del. Om länsrätten finner att förfrågningsunderlaget varit så oklart i denna del att Skanskas reservation inte kan leda till att

Skanskas bud förkastas, har denna otydlighet missgynnat NCC och upphandlingen skall i sådana fall göras om. Den otillåtna kompletteringen har medfört särbehandling och konkurrensbegränsning. Rättspraxis är otvetydig och NCC hänvisar till i ansökan åberopade avgöranden.

Vad Stockholms Parkering nu anför om att NCC:s anbud skulle innehålla "reservationer för extra kostnader" är obegripligt. Möjligen har Stockholms Parkering missförstått uttrycket "ta höjd för" som NCC använt i ansökan om överprövning. NCC har inte reserverat sig mot några viten eller kostnader på sätt som Skanska gjort. NCC har däremot anpassat sitt anbudspris till (tagit höjd för) de risker som entreprenaden innebär och att höga viten kan uppkomma. Att anpassa anbudspriset efter de affärsmässiga riskerna i ett projekt torde vara något som alla seriösa anbudsgivare regelmässigt gör vid anbudsgivande. Att prismässigt ta höjd för kommersiella risker står inte under några omständigheter i strid med LOU.

Det stämmer att NCC inte angett påslag i procent på entreprenörsarvode. Anledningen är att något sådant påslag inte görs på efterfrågade arbeten. NCC utför efterfrågade arbeten enligt prissatt mängdförteckning utan påslag i procent för entreprenörsarvode. Påslag behöver endast anges om något påslag att ange existerar. NCC:s anbud är således fullständigt även i denna del. Kravet på angivande av påslag i procent på entreprenörsarvode saknar helt betydelse i en upphandling där fasta à-priser angetts för det arbete som skall utföras. Stockholms Parkering kan redan på angivna à-priser utläsa vad kostnaden för entreprenaden kommer att bli. Då det angivna kravet helt saknar betydelse skulle det stå i strid med den grundläggande principen om proportionalitet att förkasta ett anbud som inte uppfyller kravet på angivande av sådant påslag. Att oproportionella skall-krav inte får leda till att anbud förkastas har fastslagits av svenska domstolar i en rad avgörande.

Vad som anges under punkten AFC.611 i förfrågningsunderlaget synes inte överensstämma med vad som efterfrågas i upphandlingen utan torde ha kopierats från ett förfrågningsunderlag i en tidigare upphandling. Angivan-

det av entreprenörsarvode återfinns exempelvis inte under punkten AFB.31, där dylika föreskrifter rätteligen borde ha angetts. Dessutom hänvisar punkten AFC.611 till ett formulär innehållande à-priser som inte bifogats förfrågningsunderlaget. Även på denna grund menar NCC att underlåtenhet att ange påslag i procent på entreprenörsarvode inte kan leda till att ett anbud förkastas. Stockholms Parkering har kvalificerat NCC:s anbud till utvärdering och således inte funnit att anbudet var bristfälligt.

Stockholms Parkering gemämler bl.a. följande.

Sökandens anförande att Stockholms Parkering synes mena att man accepterat Skanskas reservation för att förfrågningsunderlaget varit otydligt är inte korrekt. Förfrågningsunderlaget var inte helt tydligt beroende på att det i en ritning hade angivits att entreprenören skulle bestämma stopptrycket men eftersom det är byggherren som har strikt ansvar i utförandeentreprenader kan ansvaret inte läggas på entreprenören (om han inte varit vårdslös). Att byggherren har ansvaret framgår bl.a. av bestämmelser i AB 04, plan- och bygglagen och miljöbalken och är väl känt för erfarna bolag som lämnar anbud på utförandeentreprenader. Att Skanska påpekat detta faktum innebär således inte att de har lämnat en reservation. Det rör sig inte heller om någon otydlighet som skulle ha missgynnat sökanden på sätt sökanden påstår.

Stockholms Parkering vidhåller att sökandens anbud innehåller reservationer för höga viten och extra kostnader. Höga vitesbelopp kan endast uppkomma om de värden som Stockholms Parkering angett i den i förfrågningsunderlaget ingående riskanalysen eller om entreprenören blir försenad. De risker sökanden reserverat sig för existerar således inte så länge entreprenören håller sig inom de värden som anges i riskanalysen och inte blir försenad. Att "ta höjd" för eller anpassa sitt anbudspris till en risk för att höga viten skall uppkomma är något helt annat än att anpassa anbudspriset efter de affärsmässiga riskerna i ett projekt.

Vad gäller frågan att sökanden inte har angett påslag i procent på entreprenörsarvodet vidhåller Stockholms Parkering att påslaget skulle ha angivits i anbudet. Eftersom det var ett krav i förfrågningsunderlaget att detta skulle anges skulle sökanden, om det var så att sökanden inte gör något påslag, ha angett i sitt anbud att påslaget var noll procent. Sökanden gör gällande att ett angivande av påslag i procent på entreprenörsarvode saknar betydelse. Detta stämmer inte. Det är tvärtom regel att påslag anges när det är fråga om ändringsarbete, tilläggsarbete eller avgående arbete ("ÄTA-arbete"). Sökandens påstående att det skulle röra sig om ett oproportionellt krav är således inte korrekt.

Förfrågningsunderlaget har inte kopierats utan avser den aktuella upphandlingen. Stockholms Parkering delar inte uppfattningen att detta måste anges på två ställen för att vara giltigt. Som framgår av bl.a. bestämmelserna i AB 04 är det tillfyllest om ett åtagande endast redovisas på ett ställe. Den åprislista som sökanden påstår inte har bifogats förfrågningsunderlaget är den mängdförteckning som bifogades förfrågningsunderlaget och som också har fyllts i av sökanden i anbudet.

DOMSKÄL

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

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 16 kap. 1 § första 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.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen är daterat den 31 januari 2008.

Av anbudsutvärderingen framgår bl.a. att båda anbudsgivarna, NCC och Skanska, uppfyller ställda krav och att Skanska lämnat lägre pris varför deras anbud är fördelaktigast.

Under AFC.511 i de administrativa föreskrifterna anges följande. Färdigställandetid bestäms i samråd mellan parterna. Vid försening är beställaren berättigad att av entreprenören erhålla vite med ett belopp om 0,5% av kontraktssumman för varje påbörjad vecka varmed färdigställandet av kontraktarbetet i sin helhet blivit fördröjt.

Under AFC.513 i de administrativa föreskrifterna anges följande.

Generalentreprenören skall överta ansvaret för den vitesklausul som finns inskriven i ”Överlåtelse om exploatering med tomträttsupplåtelse inom Högalidsparken”, handling 11.5. Av nämnda handling framgår att tak saknas för vitet avseende skada på vegetation.

Under AFC.514 i de administrativa föreskrifterna anges följande. Entreprenören skall ersätta byggherren eller SL direkt för de eventuella viten för tågförseningar eller annat som entreprenören vållat.

I ritning 9-166.BBK.B107.01 till förfrågningsunderlaget anges under punkten 1 följande. Stopptrycket måste variera med hänsyn till de restriktioner och geologiska förhållanden som gäller för plats och bestäms successivt längs tunnelsträckan av entreprenören.

Länsrättens bedömning

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.

NCC gör gällande att Skanskas anbud innehåller otillåtna reservationer och inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget. Vidare anför NCC att Skanska beretts tillfälle att i strid med LOU inkomma med komplettering av anbudet efter anbudstidens utgång och att förfarandet strider mot de EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed 1 kap. 9 § LOU. Stockholms Parkering har vitsordat att Skanskas anbud innehöll en maximering av vitesbelopp vid förseningar.

Otillåten komplettering

Enligt förfrågningsunderlaget skall entreprenören vara ansvarig för eventuella vitesbelopp i enlighet med punkterna AFC.511, AFC.513 och AFC.514. Av punkterna framgår att det saknas tak för det vite som kan komma att utgå. Skanska har under punkten 3 i sitt anbud angett följande.

”Maximering av viten vid försening i enlighet med AFC.511, AFC.513 och AFC.514 till 15 % av anbudssumman.”

Av AFB.32 i förfrågningsunderlaget framgår att anbud skall vara beställaren tillhanda senast den 27 mars 2008. Anbudstiden har därefter – såvitt framkommit i målet – förlängts till den 10 april 2008. Den 22 maj 2008 – samma dag som tilldelningsbeslutet fattades – har Skanska inkommit med en komplettering av anbudet innebärande att punkten 3 i sin helhet skall strykas. Skanska har således efter anbudstidens utgång frånfallit den maximering av vitesbelopp vid förseningar som bolaget angett i sitt anbud. Genom att ge Skanska tillfälle att komplettera anbudet på sätt som skett har bolaget fått möjlighet att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget om eventuella viten i enlighet med punkterna AFC.511, AFC.513 och AFC.514.

Länsrätten konstaterar att möjligheten att komplettera ett anbud i efterhand skall tillämpas restriktivt för att undvika risk för särbehandling. Den komplettering Skanska beretts tillfälle att inkomma med ligger enligt länsrättens mening utanför vad som kan anses utgöra ett tillåtet förtydligande eller komplettering i den mening som avses i 9 kap. 8 § LOU. Förfarandet har – genom att Stockholms Parkering har beaktat en ändring i det ursprungliga anbudet från Skanska – medfört en fördel för Skanska i förhållande till övrig anbudsgivare. Länsrätten finner att Stockholms Parkering, genom att lägga de nya uppgifterna till grund för utvärdering, har åsidosatt kravet på likabehandling.

Förfrågningsunderlaget

I ritning 9-166.BBK.B107.01 till förfrågningsunderlaget anges bl.a. att stopptrycket bestäms av entreprenören. Skanska har under punkten 7 i sitt anbud angett följande. ”I ritning 9-166.BBK.B107.01 framgår att entreprenören skall bestämma stopptrycket vid injekteringar. Vi avsäger oss denna beslutsrätt och det ansvar som följer då detta är en utförandeentreprenad”. Stockholms Parkering har påpekat att denna skrivning endast utgör ett klar-

görande av gängse villkor vid ifrågavarande typ av entreprenad och att byggherren har det strikta ansvaret för angiven beslutsrätt. Den av Skanska angivna reservation har därmed godtagits av Stockholms Parkering. Det har emellertid i målet inte framkommit att den upphandlande enheten informerat NCC om att anbudet inte behövde omfatta det ansvar som föreskrivits i förfrågningsunderlaget i denna del. Med hänsyn till att den upphandlande enheten således vid utvärderingen frångått att beakta vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget utan att meddela samtliga anbudsgivare härom finner länsrätten att förfarandet inneburit ett åsidosättande av principerna om likabehandling och transparens.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att de brister som NCC påtalat visar att Stockholms Parkering förfarit i strid med de krav som ställs i 1 kap. 9 § LOU. Till följd härav finner länsrätten att NCC i sin egenskap av leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Länsrätten finner att de påvisade bristerna är av sådan art att NCC:s ansökan skall bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen skall göras om.

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



Eva Pedersen

rådman

Föredragande har varit Febe Westberg.



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, anledning 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 nås 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.

