



**LÄNSRÄTTEN
IDALARNAS LÄN**

Linda Sjö

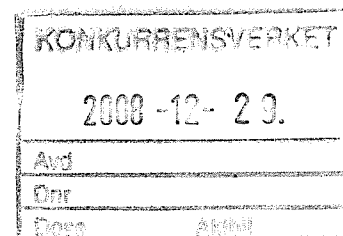
DOM
2008-12-23
Meddelad i
Falun

Mål nr
2559-08 E
Rotel 6

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
Gastaliden 22
374 31 Karlshamn

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



MOTPART

Vägverket
781 87 Borlänge

Ombud: Verksjuristen Rogert Andersson
Vägverket
781 87 Borlänge

SAKEN

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Vägverket har genomfört en öppen upphandling avseende utförande av väg 34 Högsby – Målilla, delen Glahytt – St Aby inom Högsbys och Hultsfreds kommuner, Kalmar län (objektnummer 82 40 05). Tilldelningsbeslut fattades den 29 september 2008, varigenom Peab Sverige AB (nedan Peab) antogs som entreprenör för uppdraget.

NCC Construction Sverige AB (nedan NCC) begär överprövning av Vägverkets upphandling och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så vis att Vägverket ska förkasta Peabs anbud, varvid NCC:s anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed ska antas. Vidare yrkar NCC att länsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet. Till stöd för sin talan anför NCC följande. Vägverket har antagit Peabs anbud trots att det står i strid med de ovillkorliga krav som uppställts i förfrågningsunder-

Dok.Id 56210

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

laget avseende dimensionerad livslängd för väg, verifiering av dimensionerad livslängd för väg och den metod/modell som ska användas för dimensionering. På grund av de anförda bristerna borde Vägverket rätteligen ha förkastat Peabs anbud. Vägverkets förfarande att anta Peabs anbud trots bristerna står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även 1 kap. 9 § LOU. Nämda brister har medfört skada eller i vart fall risk för skada för NCC. Peab har vunnit upphandlingen på grund av den höga jämnhet i längdledd och tvärledd avseende vägbeläggningen som Peab offererat. Denna jämnhet bygger emellertid på de förutsättningar som Peab har uppställt i sin tekniska beskrivning. Dessa förutsättningar strider mot förfrågningsunderlaget. För det fall Peab inte hade tillåtits avvika från förfrågningsunderlagets föreskrifter hade Peab inte kunnat erhålla avdrag på sin anbudssumma avseende kriteriet kvalitet. Om Vägverket hade agerat i enlighet med LOU skulle NCC:s anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed det anbud som skulle ha antagits.

NCC har härefter i huvudsak anført följande, såvitt avser dimensionerad livslängd för väg. I upphandlingsföreskrifterna anges att beställarens krav på kvalitet framgår av *Beskrivning med funktionskrav, väg, BFv*, och *Beskrivning av funktionskrav, bro, BFb*. Anbudsgivaren visar att kravet är uppfyllt genom lämnade uppgifter i anbudets *Genomförandebeskrivning*. Utifrån beskrivningen gör beställaren en bedömning av om kravet uppfylls. I dokumentet *Beskrivning med funktionskrav, väg*, anges under rubriken *Dimensionering för allmänna vägar* bl.a. följande.

Om modeller eller antaganden, som inte finns beskrivna i *VV publikation 2005:112 "ATB VÄG 2005"* kapitel C3 och C4 används vid dimensionering, skall dessa grunda sig på dokumenterade vetenskapliga metoder eller vedertagna och beprövade metoder. Vägkroppens konstruktion skall uppfylla kraven på följande dimensionerade tekniska livslängder:

- Bitumenbundna lager 20 år

- Hydrauliskt bundna lager 40 år
- Obundna lager 40 år
- Undergrund och överbyggnad 40 år
- Förstärkning av undergrund 80 år

I dokumentet *Designförutsättningar* i den tekniska beskrivningen i Peabs anbud anges att konstruktionen ska uppfylla 20 års livslängd avseende bundna lager och 40 år avseende obundna lager. Som angetts ovan uppställer förfrågningsunderlaget krav på att vissa bundna lager (hydrauliskt bundna) ska ha en livslängd på minst 40 år. Detta synnerligen väsentliga och kostnadsdrivande krav har alltså inte uppfyllts av Peab. Av den tekniska beskrivningen i Peabs anbud framgår att Peab offererar just hydrauliskt bundna lager. Peabs anbud överensstämmer således inte med förfrågningsunderlaget. Det är därmed att anse såsom ett sidoanbud innehållande ett alternativt upphandlingsobjekt, vilket inte tillåts enligt förfrågningsunderlaget. Kraven i *Beskrivning med funktionskrav, väg*, utgör ovillkorliga kvalificeringskrav, s.k. skall-krav, som inte uppfyllts av Peab. Ett annat sätt att uttrycka saken är att Peab reserverat sig mot föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Anbudet ska därmed förkastas.

Vägverket bestrider NCC:s yrkanden och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning, såvitt avser dimensionerad livslängd för väg. Peabs anbud är inte ett sidoanbud och Peabs i anbudet beskrivna utförande är inte ett alternativt utförande. Av den till *Genomförandebeskrivningen* bilagda tekniska beskrivningen framgår bl.a. följande.

”Följande funktionskrav gäller vid dimensioneringen: Funktionskrav angivna i handling 'Beskrivning med funktionskrav, väg'.

Peab har således i anbudet uttryckligen till fullo åtagit sig att följa samtliga funktionskrav. Alla gällande funktionskrav anges i Vägverkets handling ”*Beskrivning av funktionskrav, väg*”. Någon reservation har således inte avgivits av Peab. Under rubriken *Designförutsättningar* i en bilaga till Pe-

abs tekniska beskrivning anges att konstruktionen ska uppfylla 20 års livslängd för bundna lager och 40 års livslängd på obundna lager. Det anges inte specifikt vilken typ av bundna lager – bitumenbundna eller hydrauliskt bundna – som har 20 år respektive 40 år som krav enligt förfrågningsunderlaget, men eftersom Peab redan förklarat att de godtar alla funktionskrav avser de av Peab angivna 20 åren i livslängd bitumenbundna och inte hydrauliskt bundna lager. Att denna punkt är ofullständig framgår av att Peab inte heller angivit livslängd avseende undergrund eller förstärkning av undergrund. Vägverket har dock inte haft några problem med att tolka Peabs uppgifter som att ett åtagande om en dimensionerad teknisk livslängd på 40 år beträffande hydrauliskt bundna lager, eftersom Peab uttryckligen angivit att förfrågningsunderlagets funktionskrav gäller vid dimensioneringen. Detta har för övrigt även angivits i den första punkten i ovan angiven bilaga till den tekniska beskrivningen.

NCC genmäler bl.a. följande. Det är riktigt att Peab, i generella ordalag, åtagit sig att följa samtliga ”funktionskrav” angivna i *Beskrivning med funktionskrav, väg*. Med detta kan inte avses annat än att Peab förbundit sig att följa vad som anges under rubriken ”Funktionskrav för allmänna vägar” på sidan 22 i *Beskrivning med funktionskrav, väg*. Under denna rubrik sammanfattas huvudsakligen vägytekrav t.ex. IRI och spårdjup. Mot just detta finns inga reservationer i Peabs anbud. Dimensioneringsförutsättningar finns dock inte angivna under denna punkt i förfrågningsunderlaget. Krav på dimensioneringsförutsättningar återfinns istället under rubriken ”Dimensionering” på sidan 20 i *Beskrivning funktionskrav, väg*. Som framgår av dessa förutsättningar är det ett kvalificeringskrav att vissa bundna lager (hydrauliskt bundna) ska ha en livslängd på minst 40 år. Att hydrauliskt bundna lager är ett bundet lager torde vara ostridigt mellan parterna. Peab har offererat en väg med en dimensionerande livslängd på 20 år avseende bundna lager och 40 år avseende obundna lager. 20 års dimensionerande livslängd gäller alltså för såväl bitumenbundna som för hydrauliskt bundna lager (i strid med förfråg-

ningsunderlaget). Även det förhållandet att Peab har offererat hydrauliskt bundna lager torde vara ostridigt mellan parterna. Peab har alltså uttryckligen avvikit från ett preciserat skall-krav i upphandlingen. Att Peabs anbud härutöver innehåller generella skrivningar om att krav är uppfyllda saknar relevans i detta sammanhang. Ur ett avtalstolkningsperspektiv skulle Vägverket inte kunna hävda att Peab åtagit sig att leverera en livslängd avseende hydrauliskt bundna lager utöver vad Peab angett i sitt anbud, dvs. 20 år. Samma bedömning måste givetvis gälla även upphandlingsrättsligt, vad gäller frågan om huruvida ett kvalificeringskrav är uppfyllt eller inte. Peab:s anbud innehåller i detta avseende således en reservation som ska innebära att anbudet ska förkastas.

Vägverket genmäler bl.a. följande. Det faktum att Peab, utan förbehåll, åtagit sig att följa samtliga funktionskrav ”angivna i handling ”*Beskrivning med funktionskrav, väg, i förfrågningsunderlaget*” innebär självfallet just att Peab åtagit sig att följa samtliga nämnda krav. Att tolka Peabs skrivning på annat sätt är inte möjligt. Att Vägverket ur ett avtalstolkningsperspektiv inte skulle kunna hävda att Peab åtagit sig att leverera en livslängd avseende hydrauliskt bundna lager utöver 20 år är felaktigt och det framgår redan av det nyss anförda. Det kan ur ett avtalstolkningsperspektiv tilläggas att det av det tillämpliga standardavtalet ABT 06 kap. 1 § 3 framgår att vid en eventuell motstridighet mellan funktionskrav i förfrågningsunderlag och redovisad funktion i anbudshandling, så gäller funktionskravet i förfrågningsunderlaget före kravet i anbudshandlingen om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 8 oktober 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten har slutligt avgjort målet eller något annat har beslutats. I beslut den 17 oktober 2008 har länsrätten avslagit yrkande från Vägverket att det interimistiska beslutet av den 8 oktober 2008 ska upphävas.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande.

Vägverket har genomfört en öppen upphandling av utförande av väg 34 Högsby – Målilla, delen Glahytt – St Aby inom Högsbys och Hultfreds kommuner, Kalmar län enligt förfrågningsunderlag daterat den 15 februari 2008. Det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga skulle antas. NCC, Peab och Skanska inkom med anbud. Genom tilldelningsbeslut daterat den 29 september 2008 antog Vägverket Peabs anbud. Av anbudssammanställningen framgår att NCC:s anbud rankades som nummer två.

I upphandlingsföreskrifterna anges under punkten UFB.52 att anbud från godkända anbudsgivare vars anbud uppfyller samtliga krav på kontraktsföremålet (UFB.521) kommer att utvärderas i enlighet med utvärderingskriterierna (UFB.522). Under punkten UFB.5213 anges att beställarens krav på

kvalitet framgår av *Beskrivning med funktionskrav väg, BFv*, och *Beskrivning av funktionskrav bro, BFb*. Anbudsgivaren visar att kravet är uppfyllt genom lämnade uppgifter i anbudets *Genomförandebeskrivning*. Utifrån beskrivningen gör beställaren en bedömning av om kravet uppfylls.

I dokumentet *Beskrivning med funktionskrav, väg* anges under rubriken *Dimensionering för allmänna vägar* bl.a. följande.

Om modeller eller antaganden, som inte finns beskrivna i *VV publikation 2005:112 "ATB VÄG 2005"* kapitel C3 och C4 används vid dimensionering, skall dessa grunda sig på dokumenterade vetenskapliga metoder eller vedertagna och beprövade metoder. Vägkroppens konstruktion skall uppfylla kraven på följande dimensionerade tekniska livslängder:

- Bitumenbundna lager 20 år
- Hydrauliskt bundna lager 40 år
- Obundna lager 40 år
- Undergrund och överbyggnad 40 år
- Förstärkning av undergrund 80 år

I dokumentet *Designförutsättningar* i den tekniska beskrivningen i Peabs anbud anges som första punkt följande:

Funktionskrav angivna i handling "Beskrivning med funktionskrav, väg" i förfrågningsunderlaget.

Som fjärde punkt anges följande:

Konstruktionen ska uppfylla 20 års livslängd för bundna lager och 40 år på obundna lager.

I den till Peabs *Genomförandebeskrivning* bilagda tekniska beskrivningen anges på s. 3 att följande funktionskrav gäller vid dimensioneringen:

Funktionskrav angivna i handling "Beskrivning med funktionskrav, väg".

Länsrätten gör följande bedömning.

I målet synes ostridigt att det i förfrågningsunderlaget uppställs ett krav på att hydrauliskt bundna lager ska ha en dimensionerad teknisk livslängd på 40 år. Likaså synes ostridigt att Peab i sitt anbud offererar bl.a. just hydrauliskt bundna lager. Frågan i målet är huruvida Peab, enligt de uppgifter bolaget lämnat i sitt anbud, uppfyller det angivna kravet på 40 års dimensionerad teknisk livslängd för hydrauliskt bundna lager. Härvid kan konstateras att det föreligger motstridigheter i Peabs anbud. Kravet på 40 års dimensionerad teknisk livslängd för hydrauliskt bundna lager framgår av dokumentet *Beskrivning med funktionskrav, väg* i förfrågningsunderlaget. Peab har å ena sidan angett att funktionskraven angivna i nämnda handling ska gälla vid dimensioneringen. Å andra sidan har Peab i dokumentet *Designförutsättningar* angett som fjärde punkt att konstruktionen ska uppfylla 20 års livslängd för bundna lager och 40 år för obundna lager. Länsrätten delar förvisso Vägverkets uppfattning att Peabs uppgift, att funktionskraven angivna i handlingen *Beskrivning med funktionskrav, väg* ska gälla vid dimensioneringen, även omfattar kravet på livslängd för hydrauliskt bundna lager. Däremot finner länsrätten inte att Peabs uppgift om en livslängd på 20 år för bundna lager i dokumentet *Designförutsättningar* kan tolkas så att den endast avser bitumenbundna lager och inte hydrauliskt bundna lager. Peab får därmed i sitt anbud även anses ha lämnat uppgift om att deras konstruktion såvitt avser hydrauliskt bundna lager har en livslängd på 20 år. Länsrätten finner inte att det allmänna åtagande som Peab har gjort att uppfylla kraven i dokumentet *Beskrivning med funktionskrav, väg* innebär att Peab har uppfyllt skall-kravet avseende livslängd på hydrauliskt bundna lager, när bolaget samtidigt har lämnat en direkt motstridig uppgift på annat ställe i anbudet. Då Peab sålunda inte har uppfyllt skall-kravet på 40 års dimensionerad teknisk livslängd för hydrauliskt bundna lager, borde Vägverket inte ha beaktat Peabs anbud vid utvärderingen. Med hänsyn härtill ska NCC:s ansökan om överprövning bifallas. Vid denna bedömning finner

länsrätten inte anledning att gå in på övriga av NCC åberopade invändningar. Vidare finner länsrätten det obehövt att hålla muntlig förhandling, såsom har yrkats av NCC. Länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att Vägverket företar en ny anbudsutvärdering varvid Peabs anbud inte ska beaktas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår NCC:s yrkande om muntlig förhandling.

Med bifall till NCC:s ansökan om överprövning förordnar länsrätten att Vägverkets upphandling avseende utförande av väg 34 Högsby – Målilla, delen Glahytt – St Aby inom Högsbys och Hultsfreds kommuner, Kalmar län (objektnummer 82 40 05) ska rättas på så vis att Vägverket ska företa en ny anbudsutvärdering varvid Peabs anbud inte ska beaktas. Härigenom upphävs även länsrättens interimistiska beslut av den 8 oktober 2008.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).



Helena Tyni



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

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.