



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-04-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25352-12

KONKURRENSVERKET	
2013-04-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202

Ombud:

Bolagsjuristen Johan K Nilsson

PEAB AB

Box 808

169 28 Solna

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683

Ombud:

Advokaten Tomas Kjellgren

Jur.kand. Daniel Björklund

Jur.kand. Viveka Heimer

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB

Box 1711

111 87 Stockholm

SAKEN

Upphandling enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Peab Sverige AB:s ansökan.

Dok.Id 343539

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) har genomfört en upphandling avseende 542201 Norsborgsdepån, Entreprenaden E1. Ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena, vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) har använts.

Peab Sverige AB (Peab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att tilldelningsbeslutet ska upphävas och att SL:s utvärdering ska göras om utan beaktande av anbudet från vinnande leverantör. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan uppger Peab i huvudsak följande.

Driftskostnader för hissar

I förfrågningsunderlaget ingår administrativa föreskrifter samt bl.a. Teknisk beskrivning hiss 1 och Teknisk beskrivning hiss 2. Av de administrativa föreskrifterna punkterna AFB.311 och AFB.312 framgår att huvudanbud ska avges helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. I respektive teknisk beskrivning för hiss 1 och 2 anges bl.a. följande. "*Driftskostnad skall anges i anbudet. Driftskostnad skall beräknas på fem år*" :::osv. I den vinnande leverantörens anbud anges inte någon driftskostnad. Det finns ett mycket stort antal rättsfall som utvisar att anbud som inte uppfyller skall-krav inte ska tas upp till prövning. Det finns varken skäl eller möjlighet att frångå denna praxis.

Rörliga kostnader för jord- och bergschakt samt permanent spont

Av administrativa föreskrifter och av samverkansavtalet framgår att arbeten som inte ingår i den fasta delen ska ersättas på löpande räkning enligt självkostnadsprincipen enligt reglerna i *ABT 06. Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsar-*

beten som ges ut av Byggnadets kontraktskommitté. Detta innebär att entreprenören får ersättning för de faktiska kostnader som entreprenören kan visa att denne har haft. Arbetena med jord- och bergschakt samt permanent spont ska, om de avviker utöver vad som förutsetts i avtalet, ersättas med entreprenörens faktiska kostnader och inte med de à-priser som SL efterfrågar i administrativa föreskrifter AFD.6. Till vinnande leverantörs anbud var bifogad en à-prislista vilken innehöll ett stort antal à-priser. Flera av priserna är mycket höga och flera av priserna saknar relevans om entreprenaden ska regleras på sätt som SL föreskrivit i förfrågningsunderlaget. Det går inte att förstå vinnande leverantörs anbud på annat sätt än att leverantören i strid med AF, AFD.6 och Samverkansavtalet A punkt 7.4, avser att reglera samtliga jord- och bergschaktarbeten samt arbeten med permanent spont med de priser som anges i à-prislistan. Vinnande leverantörs anbud innehåller inte föreskriven kostnad för permanent spont utan i stället preciserad kostnad för spont 4 respektive spont 2. Övriga leverantörer har i sina anbud, i enlighet med upphandlingsföreskrifter – AFD punkten 6, Ekonomi, angivit ett pris för permanent spont som gäller både spont 4 och spont 2 samt eventuella permanenta sponter som det kan visa sig finnas behov av. Vinnande leverantör har således reserverat sig mot innehållet i förfrågningsunderlaget och anbudet är därmed inte jämförbart med övriga två anbud i utvärderingen. I dessa två anbud lämnas enbart à-priser relevanta för den i förfrågningsunderlaget föreskrivna regleringsmodellen.

Vinnande leverantörs anbud uppfyller inte skall-kraven i förfrågningsunderlaget och innehåller en reservation mot regleringsbestämmelserna i förfrågningsunderlaget. Genom att SL trots detta tagit vinnande anbud till prövning har SL, förutom i strid med egna bestämmelser, agerat i strid med 1 kap. 24 § LUF samt principerna om likabehandling och transparens. Om inte vinnande leverantörs anbud hade godtagits, hade Peab vunnit upphandlingen. Peab har därmed lidit eller burit risk för skada.

SL bestrider bifall till ansökan och uppger i huvudsak följande.

Driftskostnader för hissar

Det finns inget krav på att driftskostnader ska anges på sätt anges i de tekniska beskrivningar som återfinns i förfrågningsunderlaget för hiss 1 och 2. Punkterna AFB.311 och AFB.312 i förfrågningsunderlaget reglerar endast i vad mån anbudsgivaren har möjlighet att i sitt anbud avvika från föreslagen teknisk och kommersiell lösning. Av bestämmelserna framgår att leverantörerna ska avge ett huvudanbud i enlighet med förfrågningsunderlaget men att anbudsgivaren har möjlighet att inkomma med s.k. sidoanbud. Vilka uppgifter som leverantörerna ska inkomma med anges i AFB.31, benämnd Anbuds form och innehåll. Anbud ska innehålla anbudspris, budgeterat belopp, entreprenörarvode % av $Ap+Bp$, entreprenörarvode kr (Ea), samt rikt-kostnad = $AP+Bp+Ea$. Att information utöver vad som anges i AFB.31 inte behöver ingå i anbudet framgår även av AFB.5. Anledningen till att ett ingivande av en skriftlig handling rörande kostnad för hiss inte specificerats som ett absolut krav i enlighet med AFB.31 och tillhörande anbudsformulär är i korthet att uppgiften varken påverkar valet av leverantör eller är relevant av något annat skäl i upphandlingen. Kravet på att leverantörer ska uppge driftskostnad har kommit med av misstag som en följd av att de tekniska beskrivningarna för hissarna bygger på standardiserade beskrivningar. Det aktuella skall-kravet kan vara relevant i vissa fall vid separat direktinköp och installation av enbart hissar. Ingen av de två övriga leverantörer som deltagit har lämnat denna information om hissarna. Kravet på att ange driftskostnad för de aktuella hissarna avser en i förhållande till den totala entreprenaden obetydlig kostnad att ett upprätthållande av kravet skulle vara oproportionerligt. Bl.a. har Kammarrätten i Stockholm i mål 2391-12 bekräftat att det är orimligt att framhärda i ett skall-krav som inte fyller någon funktion.

Rörliga kostnader för jord- och bergschakt samt permanent spont

Vinnande leverantör har varit oförhindrad att lämna de aktuella à-priserna. À-prislistan innebär inte någon reservation mot bestämmelsen i AFD.6 eller samverkansavtalet. I likhet med övriga anbudsgivare kommer vinnande leverantör endast att erhålla ersättning för jord- och bergschakt med angivna à-priser om verklig bergnivå avviker från den teoretiska bergnivån. Att priserna delats upp flera olika typer av jord- och bergschakt innebär inte en reservation. SL har i kontraktshandlingarna ritat in två permanenta sponter, spont 2 och 4. Endast för dessa finns krav på att ange à-pris för schakt som avviker på sätt anges i underlaget.

SL har inkommit med ytterligare ett yttrande som i alla delar överensstämmer med vad som i sak anförts i tidigare yttrande. Skäl för ytterligare kommunikering med anledning av detta yttrande föreligger inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF gäller följande. Upphandlande enheter 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 16 kap. 6 § LUF framgår att, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I upphandlingsföreskrifter – AFB anges under punkten 3, Anbudsgivning bl.a. följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbudsgivaren ska fylla i och bifoga 09.1.21.14 Anbudsformulär (Bilaga 21) och samtliga däri angivna uppgifter och efterfrågade bilagor. Anbud ska avges på svenska.

AFB.311 Huvudanbud

Huvudanbud ska avges helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget.

AFB.312 Sidoanbud

Sidoanbud kommer att beaktas. Sidoanbud ska redovisa så att avvikelser från förfrågningsunderlaget tydliggörs.

AFB.5 Anbudsprovning

För att anbudsgivare ska tas upp till provning ska anbud ha inkommit i tid enligt AFB.32 och uppfylla de krav som ställs i AFB.31.

I upphandlingsföreskrifter – AF – anges under punkten 6, Ekonomi följande. Som ersättningsform gäller löpande räkning med rikt kostnad och incitament, se punkterna 7.2-7.9 i samverkansavtalet, bilaga 1.

Av anbud ska framgå à-priser för jord- och bergschakt samt permanent spont. TE ska förutsätta att verklig mängd är den som följer av i kontraktshandlingarna redovisad teoretisk bergnivå. Om verklig mängd avviker från denna mängd ska kostnadsreglering ske med angivna à-priser. Rikt kostnaden ska också justeras uppåt eller nedåt på samma sätt med hänsyn till verkliga mängder och à-priser. Tidsreglering ska inte ske.

Med avvikelse från ABT 06 kap 1 § 9 och kap 2 § 4 har TE utöver vad som sägs i denna bestämmelse inte rätt till ersättning om verkliga mängder jord- och bergschakt eller permanent spont skulle avvika från vad som kunnat förutsättas.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen är konstruerad så att SL tillhandahåller ett förfrågningsunderlag med ett antal tekniska beskrivningar av det arbete man önskar få utfört. Den leverantör som är intresserad lämnar ett anbud för att utföra det beskrivna arbetet. Därutöver har SL lagt till ett antal skall-krav, dels avsedda att säkra en god kvalitet, dels några prisuppgifter. Prisuppgifterna avser driftkostnad för två hissar samt à-pris för schakt av jord och berg samt permanent spont. Samtliga prisuppgifter har formulerats som skall-krav men såvitt framgår av förfrågningsunderlaget påverkar angivna pris-

uppgifter inte det slutpris som avgör upphandlingen. Angivna à-priser för schakt av jord och berg samt permanent spont kan under vissa i underlaget angivna förutsättningar påverka den ersättning leverantören erhåller. Det är inte känt om någon av dessa prisuppgifter har varit föremål för någon form av utvärdering eller om SL låtit prisuppgifterna påverka valet av leverantör. De skall-krav som varit avsedda att säkra en god kvalitet har uppfyllts fullt ut av samtliga tre anbudsgivare. Någon justering av anbuden har således inte skett på grund av att någon av anbudsgivarna bedömts ha sämre förutsättningar än någon annan. Därmed återstår endast priset för att skilja leverantörerna åt. När priset beräknats på av SL angivet sätt var vinnande anbudsgivares anbud ca 27 miljoner kr lägre än Peabs anbud.

Driftskostnader för hissar

Två av de tekniska beskrivningar som ingår i förfrågningsunderlaget avser hissar. I dessa tekniska beskrivningar ställs det krav på att leverantören ska ange driftkostnaden för de färdiga hissarna i anbudet. Förvaltningsrätten anser att detta innebär att det i upphandlingen föreligger ett skall-krav att driftkostnaderna för hissarna ska anges i anbudet. Driftkostnaderna för hissarna kommer, av vad som framkommit i målet, inte att påverka det slutpris som avgör vem som vinner upphandlingen. Vinnande anbudsgivare har inte lämnat uppgift om driftkostnad för de två hissarna. Vinnande anbudsgivare har således underlåtit att uppfylla ett skall-krav, vilket i princip ska innebära att anbudet ska förkastas. Frågan uppkommer dock om det kan anses strida mot principen om proportionalitet att upprätthålla det ställda skall-kravet, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12. Peab har inte visat att driftkostnaderna för hissarna skulle ha någon inverkan på valet av entreprenör. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det måste anses oproportionellt att upprätthålla kravet på att driftkostnaderna ska anges. Förvaltningsrätten kan vidare inte finna skäl att anta att någon leverantör skulle avstå från att lämna anbud på grund av kravet på att uppge driftskostnader på i förfrågningsunderlaget angivet sätt.

Peab har därmed inte visat att man själv eller någon annan leverantör lidit skada. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därför inte i denna del.

Rörliga kostnader för jord- och bergschakt samt permanent spont

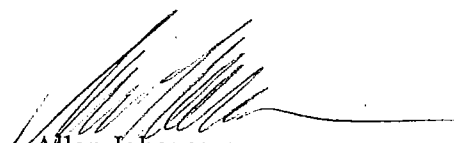
Peab har inte visat att utformningen av vinnande anbudsgivares anbud avseende à-priser för jord- och bergschakt samt permanent spont skulle strida mot förfrågningsunderlaget så som det kommer till uttryck i upphandlingsföreskrifterna – AFD punkten 6, Ekonomi. Det saknas vidare tillräckliga skäl att invända mot SL:s förklaring att anbudsunderlaget endast innehåller två permanenta sponter och att det är dessa två som avses i upphandlingsföreskrifter – AFD under punkten 6, Ekonomi. Peab har inte visat att fler än två permanenta sponter kan antas komma att ingå i entreprenaden. Inom dessa ramar framgår hur priset SL ska betala för de permanenta sponter som är aktuella i upphandlingen ska beräknas. Skäl för ingripande enligt LUF föreligger därför inte heller i denna del.

Mot bakgrund av det anförda ska Peabs ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).


Göran Wickström
rådman


Allan Johansson
f.d. rådman

Peter Collert har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kamrarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kamrarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU