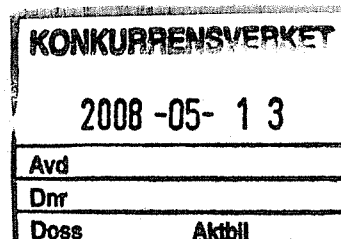


**LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN****DOM**
2008-05-09
Meddelad i
JönköpingMål nr
710-08 E
Rotel 3**SÖKANDE**Peab Asfalt AB, 556098-8122
Margretetorpsvägen
260 92 FörslövOmbud:
Bolagsjuristen Johan Nilsson
Peab AB
Box 808
169 28 Solna**MOTPART**Värnamo kommun
331 83 Värnamo**SAKEN**

Offentlig upphandling avseende beläggningsarbeten m.m.

Anbudsfrågan m.m.

Värnamo kommun inbjöd enligt annons den 8 februari 2008 till att lämna anbud på beläggningsarbeten och mindre arbeten i samband med underhålls- och nybyggnadsbeläggningar inom kommunen. Tillämplig lag är därmed lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen skulle ske som förenklad upphandling. I administrativa föreskrifter i förfrågningsunderlaget angavs att det var fråga om en utförandeentreprenad med fast pris med indexreglering. Anbud skulle avges på à-priser enligt bifogat formulär till à-prislista. Under rubriken "Värderingsgrunderna vid prövning av anbud" angavs att Värnamo kommun skulle komma att anta det anbud som var mest ekonomiskt fördelaktigt med hänsyn till följande kriterier:

1. **Pris** (anbudssumman år 1)
2. **Referenser** (liknande uppdrag)
3. **Miljö** (certifiering eller liknande, återanvändning av asfalt, maskiner m.m.)
4. **Kvalitet** (kvalitetssäkringsmetod)

Dok.Id 41897

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping**Besöksadress**
Ö Storgatan 33 A**Telefon**
036-15 65 00
E-post: lansrattenijonkoping@dom.se
www.lansrattenijonkoping.domstol.se**Telefax**
036-15 66 55**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

I checklista avseende "skallkravsförteckning" angavs bl.a. att: *Anbud ska avges på à-priser enligt bifogat formulär till à-prislista. Summan av priserna för de i mängdförteckning upptagna kvantiteterna ska vara lika med totalpriset för hela anbudet.* Därutöver fanns i föreskrifterna även intaget följande under rubriken Sidoanbud: *Avvikelser från huvudanbud ska tydligt anges. Kostnadspåverkande reservationer ska vara prissatta vid risk att anbudet annars inte beaktas.*

Värnamo kommun har därefter den 11 mars 2008 kompletterat förfrågningsunderlaget bl.a. avseende "skallkravsförteckningen" och ändrat den text i domens föregående stycke som har kursiverats till följande: *Anbud ska avges på à-priser enligt bifogade formulär till à-prislista. Summan av à-priserna multipliceras med kvantiteterna och ger en totalsumma Dessa totalsummor räknas ihop och ger en totalsumma för mängdförteckningen. Därav kommer sedan eventuella andra avdrag dras ifrån för att ge en anbudssumma.* Vidare angavs att sista dagen för lämnande av anbud förlängdes från den 11 mars till den 19 mars 2008.

Värnamo kommun har uppgett att kompletteringen skickades den 11 mars 2008 till samtliga som hade hämtat ut underlaget för upphandlingen. Fyra anbud lämnades; Peab Asfalt AB (Peab), NCC Roads AB (NCC), Skanska och Sandahls Grus & Asfalt AB (Sandahls). Av utredningen framgår även att Värnamo kommun begärt förtydligande från anbudsgivaren NCC avseende det den 19 mars 2008 lämnade anbudet vad avser lämnad rabatt. Enligt e-mail till kommunen den 2 april har NCC meddelat att rabatten enligt anbudet gäller per år.

Genom tilldelningsbesked den 10 april 2008 underrättades anbudslämnande företag om att Tekniska nämnden i Värnamo kommun den 9 april 2008 hade tilldelat NCC kontraktet.

Ansökan om överprövning

Peab yrkar i första hand att kommunens tilldelningsbeslut ska upphävas och att utvärderingen ska göras om utan beaktande av de generella rabatter som har lämnats av NCC och Sandahls eller alternativt att utvärderingen ska göras om samt att det vid utvärderingen dels ska bortses från NCC:s komplettering, dels ska ske en fördelning av värdet av de generella rabatter som har lämnats av NCC och Sandahls på fyra år eller i vart fall två år. Om inget av de yrkandena skulle bifallas yrkas att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet och besluta att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkas att länsrätten omedelbart beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Till grund för yrkandena i sak anförs följande. Vid kommunens utvärdering bedömdes anbudsgivarna vara likvärdiga avseende de kriterier som inte avsåg priset. Beträffande priset hade Peabs anbudssumma för år 1 varit lägst om kommunen hade bortsett från rabatterna. Enligt Peabs uppfattning skulle rabatterna överhuvudtaget inte ha beaktats. Skälet till detta är för det första att rabatt inte var efterfrågad. Vidare gick det inte att lämna rabatter så som de administrativa föreskrifterna (AF) var utformade. Kommunens förändring av "skallkravslistan" innefattade således inte en förändring av AF. Dessutom var förändringen inte sådan att det stod klart att rabatter var tillåtna. Till detta kommer att det inte går att utvärdera rabatter av ifrågavarande slag på ett rättvist sätt. Detta följer redan av att rabatterna avsåg hela uppdraget inklusive ändrings- och tilläggsarbeten som inte återfinns i mängdförteckningen. Dessutom är det för anbudsgivarna och kommunen vid anbudstillfället oklart i vilken omfattning de arbeten som återfinns i mängdförteckningen kommer att komma till utförande. Om t.ex. omfattningen av samtliga arbeten som finns i mängdförteckningen ökar med 30 %, blir Peabs pris för denna ökade mängd arbete 6 077 522 kr (= anbudspriset 4 675 017 kr x 1,3) medan NCC:s pris blir 6 326 509 kr (= anbudspris 5 328 084 kr x 1,3 minus rabatten 600 000 kr. En annan effekt av

s.k. generella rabatter är, när à-priserna såsom i denna entreprenad ska indexuppräknas efter första året, att anbudsgivare som har lämnat en generell rabatt på ett visst belopp kan tillgodoräknas sig en högre indexuppräkning än anbudsgivare som inte lämnar sådan rabatt utan istället sänkt de enskilda à-priserna. Sammanfattningsvis är det vid upphandling av s.k. mängdkontrakt omöjligt att upprätthålla de grundläggande EU-rättsliga reglerna om likabehandling och transparens om generellt utformade rabatter utvärderas. Till stöd för sitt yrkande åberopar Peab fem länsrättsdomar. Vidare tilläggas att om länsrätten inte gör motsvarande bedömning som i de åberopade domarna är det uppenbart att rabatterna måste fördelas på åtminstone de båda år som entreprenaden minst kommer att avse för att resultatet inte ska bli än mer oförutsägbart och orättvist. Att som kommunen har gjort fullt ut beakta en rabatt för ett uppdrag som avser en period om två till fyra år vid utvärderingen av priser för ett år strider självfallet mot såväl likabehandlingsprincipen som principen om transparens. Agerandet är föga affärsmässigt och kan i detta fall inte uppfattas som annat än ett försök att otillbörligt gynna den nuvarande entreprenören NCC. Om rabatterna inte hade beaktats hade Peab tilldelats entreprenaden. Det utgör grunden för att förstahandsyrkandet avser rättelser av upphandlingen. Det finns inga brister i upphandlingen som gör att den i dess helhet behöver eller bör göras om. Görs upphandlingen om riskerar således den anbudsgivare som avgett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att drabbas av just en sådan skada som rättelsemöjligheten är avsedd att förhindra. Om det inte finns några konkreta brister i förfrågningsunderlaget eller upphandlande enhetens agerande inte heller utgör skäl för det ska det inte förordnas att en upphandling ska göras om. Om sådana förhållanden inte föreligger ska utgångspunkten alltid vara att rättelse ska ske. Den slutsatsen kan dras av domen i mål C-92/00; REG 2002 s I 5553 – Krankenhaustechnik, vars utgång bekräftades i Regeringsrättens dom 2005-12-23 i mål 5270-04. Genom den klarlades att beslut att avbryta en upphandling ska kunna överprövas.

Interimistiskt beslut

Länsrätten har den 18 april 2008 funnit skäl föreligga att besluta att upphandlingen inte får avslutas och förordnat att beslutet om inhibition gäller så länge länsrätten inte meddelar annat.

Kommunens yttrande

Utvärderingsmetod i upphandlingen har varit lägsta pris. Lägst pris har offererats av NCC. Den rabatt som har offererats är lämnad per år. Peab har varit väl medvetna om detta då man tagit del av det förtydligande som Värnamo kommun har begärt in. Peab har därmed inte lidit och kommer inte att lida skada. Samtliga potentiella anbudsgivare har fått kännedom om förtydligandet och har därmed behandlats lika.

Sökandens svar

Av NCC:s anbud framgår att NCC erbjuder sig att ”lämna **en** (markerat här) rabatt på 1 200 000 kr” Av ordalydelsen framgår således mycket tydligt att NCC har lämnat en rabatt för hela avtalsperioden och inte en rabatt om 1 200 000 kr per år. Detta har skett efter det att kommunen tagit del av samtliga anbud och således kunnat bedöma vilken påverkan NCC:s komplettering skulle få. Agerandet är märkligt och står dessutom i strid med 15 kap. 12 § LOU. Den paragrafen har samma lydelse som motsvarande regel i ”gamla” LOU (= 1 kap. 21 § samt 6 kap. 8 §). Av doktrin och praxis framgår att möjligheten att komplettera ett anbud är mycket begränsad varvid hänvisas till NOU:s sammanfattning av rättsläget den 9 december 2003 och en dom från Kammarrätten i Sundsvall i mål 2831-03. Avslutningsvis framhålls att agerande som möjliggör särbehandling och gynnande av viss anbudsgivare alltid står i strid mot den s.k. likabehandlingsprincipen.

Kommunens kompletterande yttrande

Värnamo kommun kan inte förstå Peabs påstående att NCC:s lämnade rabatt skulle avse hela anbudstiden. Det är uppenbart att det är en årlig rabatt.

Det står klart och tydligt att jämförelsen mellan anbuderna skulle göras för år 1 (se administrativa föreskrifterna AFB.52). Värnamo kommun valde ändå att begära in ett skriftligt förtydligande av detta från NCC bara för att få det på pränt. Förtydligandet är i överensstämmelse med 15 kap. 12 § andra stycket LOU. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att priset är ett av flera kriterier som ska utvärderas (anbudssumman år 1) samt att från totalsumman för mängdförteckningen ska eventuella andra avdrag dras ifrån för att ge en anbudssumma. Det finns inget i förfrågningsunderlaget som nekar anbudsgivaren att lämna rabatter eller bonus. En rabatt är ju bara ett sätt att ange priset på och det måste stå fritt för varje leverantör att själva utforma sitt anbud. Det som är viktigt är att anbudet kan utvärderas och jämföras med de andra anbuderna som lämnas. Det anbud som NCC har lämnat kan fullt ut jämföras med de övriga leverantörernas anbud. I och med detta faller även samtliga de hänvisningar som Peab gjort till olika länsrättsdomar. Dessa domar berör helt andra förhållanden och endast sådana upphandlingar där möjligheten att jämföra anbuderna hade försvårats genom rabattens utformning. Så är inte fallet i Värnamo kommuns upphandling. Då kommunen upptäckte brister i upphandlingsföreskrifterna hur man skulle ta hänsyn till eventuella rabatter skickades en komplettering ut till samtliga som hämtat ut underlaget för anbudet och anbudstiden förlängdes. Om länsrätten tycker att förfrågningsunderlaget inte utformades optimalt så anser kommunen att bristerna i så fall är sådana att de ryms inom den toleransmån som RÅ 2002 ref. 50 anger. Samtliga anbudsgivare utom Peab lämnade någon form av rabatt eller bonus och detta är sedvanligt vid beläggningsanbud. Kommunen har följt principerna i 1 kap. 9 § LOU om icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Om upphandlingen inte får avslutas skulle detta få stora konsekvenser för Värnamo kommun då beläggningssäsongen startar inom kort.

Sökandens avslutande svar

Peab anser att det av NCC:s anbud klart framgår att rabatten avser hela uppdraget. Den kompletterande uppgiften om att rabatten ”gäller per år” som NCC lämnat vid telefonsamtal med kommunen utgör en otillåten förändring av anbudet och kompletteringen har de facto inneburit särbehandling av NCC, eftersom NCC till skillnad från övriga anbudsgivare har fått tillfälle att ”pruta ner” sitt pris. Kommunens påstående att det är sedvanligt med rabatter är inte korrekt. Det har tidigare varit vanligt i asfaltbranschen med olika typer av rabatter och bonus. Eftersom dessa medför att det inte går att göra en rättvis anbudsbedömning har användandet i det närmaste upphört. Det finns inte heller något sakligt skäl som talar för att tillåta rabatt/bonus. Sådan öppnar endast för orättvisa utvärderingar. Den aktuella upphandlingen är av exakt samma karaktär som upphandlingarna i de rättsfall som har hänvisats till. Det noteras därför att kommunen har underlåtit att bemöta de argument som har angetts i ansökan för att utvärderingar inte kan göras rättvist eller förutsebart om rabatt /bonus tillåts.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Länsrätten gör följande bedömning.

Peab har anfört att rabatt inte var efterfrågad. Av förfrågningsunderlaget framgår dock att det fanns möjlighet att göra avvikelser från ett huvudanbud. Förfrågningsunderlaget var otydligt då det angavs att sådana avvikelser från ett huvudanbud skulle tydligt anges. Hur det skulle ske angavs inte utan den enda regleringen av vad som utgjorde den totala anbudssumman var den som fanns intagen i ”skallkravsförteckningen” (AFB.31). Med en på det sättet framräknad anbudssumma framgick inte om i den summan hade beaktats rabatter på något sätt eller om det var just ett huvudanbud. Den komplettering som Värnamo kommun därför beslutade kan, med hänsyn till hur den gjordes, ses som sådan komplettering av förfrågningsunderlaget som kan tillåtas enligt 1 kap. 9 § LOU. Med den kompletteringen har klart kunna utläsas vilken rabatt som gavs. För tolkning av vilken rabatt NCC lämnat i sitt anbud har Peab hänvisat till en del av texten i NCC:s anbud avseende detta. Så som NCC skriftligen formulerade sitt anbud den 19 mars 2008 framgår dock – enligt länsrättens mening – tydligt att det var fråga om en rabatt som skulle helt beaktas avseende anbudssumman år 1. Texten i anbudet löd: ”Utöver anbudssumma enligt mängdförteckning erbjuder vi oss att lämna en rabatt på 1 200 000 kr”. Det förtydligande som kommunen begärde och fick via e-mail hade inte behövts. Enligt länsrättens bedömning har NCC:s anbud inte varit otydligt på sätt Peab hävdar och Värnamo kommuns beräkning av anbudssumman för år 1 med beaktande av rabatt har följt av anbudet och gett ett offererat totalpris om 4 151 679 kr. De domar som har åberopats i målet utgör inte skäl för annan bedömning med hänsyn till att förhållandena skiljer sig åt. Det Peab i övrigt har anfört medför enligt länsrättens bedömning inte att de grundläggande EU-rättsliga

reglerna skulle åsidosättas så att ansökan ska bifallas. Ansökan ska därför avslås.

Länsrätten har den 18 april 2008 meddelat interimistiskt beslut. Det beslutet ska upphävas varvid gäller det som anges i 16 kap. 1 § tredje stycket punkten 2 LOU.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109).


Lena Schön-Barkestam

