



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-04-11
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1058-13

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
Skanska Sverige AB
169 83 Solna

Ombud: Tomas Jonasson
Skanska Sverige AB, Juridik
169 83 Solna

MOTPART

Eskilstuna kommun, 212000-0357
Stadsbyggnadsnämnden
631 86 Eskilstuna

Ombud: Stadsjurist Owe Brännberg
Eskilstuna kommun
Konsult och Uppdrag
631 86 Eskilstuna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013-04-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun genomför upphandlingen ”Fristadstorget” (uppdragsnummer 10-2012-35). Enligt tilldelningsbeslut daterat den 8 februari 2013 har Eskilstuna kommun beslutat att anta anbud lämnat av Peab Anläggning AB (Peab).

Skanska Sverige AB (Skanska) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att kommunen i sin utvärdering bortser från anbud lämnat av Peab.

Eskilstuna kommun bestrider ansökan om överprövning.

Peab har givits möjlighet att yttra sig i målet och anser att Skanskas ansökan ska lämnas utan bifall.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Skanska

Av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU följer att anbud som avviker från krav i förfrågningsunderlaget ska förkastas, såvida inte anbudsgivaren i sitt anbud, i enlighet med 6 kap. 5 § LOU, kan visa att den föreslagna lösningen på ett likvärdigt sätt uppfyller ställda krav.

Likvärdig produkt

I förfrågningsunderlaget, punkt DCG.12, har av Eskilstuna kommun föreskrivits att beläggning av naturstensplattor bland annat ska ske med den finska stenen ”svart gabbro korpilahti” (”Gabbro”) eller likvärdig. I de administrativa föreskrifterna, punkt AFC.21, anges att ”[b]eställaren ställer stor vikt vid att eventuellt utbytt material är likvärdigt [...]”. I det fall

"Gabbro" byts ut mot en annan sten ska den utbytta stenen ha samma nyans, struktur och kvalitetstekniska data som "Gabbro", vilket framgår av punkt AFC.21 i de administrativa föreskrifterna. Peab har i sitt anbud bytt ut Gabbro mot en kinesisk sten, benämnd "Stenia Svart 1". Peab har inte kunnat visa att den i anbudet offererade stenen, "Stenia Svart 1", varit likvärdig med "Gabbro" vad avser nyans och struktur. Peab har till sitt anbud bifogat en utredning från CBI Betongsinstitutet där vissa tekniska egenskaper testats i den av Peab offererade stenen. I anbudet från Peab har emellertid inte bifogats någon utredning som utvisar att offererad sten varit likvärdig med den av kommunen föreskrivna stenen vad avser nyans och struktur, vilket den upphandlande myndigheten fäst särskild vikt vid. Det kan tilläggas att ett av Skanskas anbud blivit förkastat med den motiveringen att anbudet saknade intyg som visade att samtliga ställda krav på viss betongplatta varit uppfyllda.

Frågan om fri prövningsrätt och likabehandling

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFC.21, har av Eskilstuna kommun föreskrivits vad som gäller i fråga om kvalitetsangivelser. Den omständigheten att kommunen i de administrativa föreskrifterna angivit att beställaren med ensamrätt avgör frågan om likvärdighet, saknar i sammanhanget betydelse. I NOU info juni-98 har deklarerats att "NOU vill på nytt påpeka att det inte är tillåtet att i förfrågningsunderlaget förbehålla sig rätten till fri prövning av inkomna anbud". Att kommunen skulle äga rätt att förbehålla sig en fri prövningsrätt bestrids således, eftersom en sådan ordning inte skulle vara förenlig med principen om likabehandling.

Kommunen har angivit att Peab lämnat likvärdighetsintyg och materialprov som visat att "Stenia Svart 1" varit likvärdig med den i förfrågningsunderlaget efterfrågade svart "Gabbro". Peab har, efter det att anbudstiden gått ut, givits möjlighet att komplettera sitt anbud med bland annat en

handling från en leverantör som intygar att den sten som omnämns i CBI:s rapport, "G684", utgör samma sten/produkt som "Stenia Svart 1". Detta vitsordas i och för sig av Skanska. Däremot bestrids att stenen/produkten "Stenia Svart 1", som även benämns "G684", skulle utgöra samma sten som den av kommunen föreskrivna "Gabbro", vilket i och för sig inte ens påstås. Peabs komplettering strider emellertid mot LOU eftersom den inkommit efter anbudstidens utgång. Det är inte förenligt med likabehandlingsprincipen att låta Peab komplettera sitt anbud i efterhand. Peab har, trots möjligheten att komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång, inte bifogat någon utredning som visat att offererad sten varit likvärdig med den av kommunen föreskrivna stenen vad avser nyans och struktur.

Kommunen

Kommunen har inte brutit mot någon av de bestämmelser som anges i 1 kap. 9 § LOU. Av sökanden har inte heller kunnat påvisas att så varit fallet. Bevisbördans placering i denna typ av mål innebär, enligt kommunens mening, att bevissäkringsmetoden ska tillämpas fullt ut.

Likvärdig produkt

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.21, har angivits som ett av flera skalkrav att vissa delar av Fristadstorget ska beläggas med natursten "svart Gabbro korpilahti" eller en likvärdig produkt. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter har därtill angivits att kommunen med ensamrätt avgör nyans, struktur och kvalité avseende offererad likvärdig marksten. Skanska har gjort gällande att Peab, som vinnande anbud, inte visat att den offererade stenen, "Stenia Svart 1", varit likvärdig med den av kommunen efterfrågade "Gabbro", avseende nyans och struktur. Påståendet bestrids och tillbakavisas som felaktigt. Det finns i förfrågningsunderlaget inget obligatoriskt krav på att utredning som styrker likvärdighet ska ha lämnats.

Av de administrativa föreskrifterna, punkt AFC.21, framgår att "[ö]nskar entreprenören begagna rätten att välja likvärdigt arbetsutförande eller likvärdig vara, då föreskriften "eller likvärdigt" angivits, skall detta anges i anbudet". Peab har, på kommunens begäran, lämnat likvärdighetsintyg och materialprov som visat att "Stenia Svart 1" varit likvärdig med den i förfrågningsunderlaget efterfrågade "Gabbro". Beträffande böjhållfasthet och tryckhållfasthet för offererad produkt har denna i alla avseenden varit att anse som likvärdig med vad som efterfrågats. Likvärdighetsintyget från Peab har godtagits av kommunen som ansett att den offererade produkten uppfyllt i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav på hållfasthet, nyans och struktur.

Frågan om fri prövningsrätt och likabehandling

Kommunen har i aktuellt förfrågningsunderlag förbehållit sig en exklusiv rätt att avgöra frågan om markstenens likvärdighet till hållfasthet, nyans och struktur. Skanska har bestridit kommunens förbehållande av en fri prövningsrätt, eftersom en sådan ordning inte skulle vara förenlig med principen om likabehandling. Påståendet bestrids och tillbakavisas som felaktigt. Det av Skanska åberopade utlåtandet från NOU saknar relevans för avgörandet i detta mål. Utlåtandet behandlade fri prövningsrätt av anbud i utvärderingsfasen. Huruvida den av Peab offererade markstenen varit likvärdig eller ej hänför sig till kvalificeringsfasen i upphandlingsförfarandet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget förbehållit sig en exklusiv rätt att avgöra frågan om en produkts likvärdighet. Detta innefattar dock inte ett förbehållande av en fri prövningsrätt, vilket för övrigt strider mot bestämmelserna i LOU.

Ett förtydligande eller en tillåten komplettering inlämnas alltid på begäran efter anbudstidens utgång. Samtliga anbudsgivare har på lika villkor, genom frågor och svar, givits möjlighet att i vissa delar förtydliga och kom-

plettera sina anbud med stöd av bestämmelsen i 15 kap. 12 § LOU. Kommunen har i denna del varit ytterst noggrann i sin bedömning och dokumentation av frågor och svar. Det föreligger naturligtvis ett starkt affärs-
mässigt intresse för upphandlande myndighet att inhämta relevanta och tillåtna förtydliganden/ kompletteringar från samtliga anbudsgivare. Principen om likabehandling enligt LOU har således inte försumrats.

Peab

Peab delar kommunens uppfattning att Skanska inte lidit skada. Skanskas ansökan om överprövning ska därför avslås.

Likvärdig produkt

Av förfrågningsunderlaget, punkt AFC.21, följer endast en möjlighet för anbudsgivare att i anbudet ange om denne avsett att använda ett likvärdigt arbetsutförande eller en likvärdig vara. Denna förutsättning har följts av Peab genom att bolaget tydligt angivit att föreskriven sten kommer att bytas till en likvärdig sådan.

Frågan om fri prövningsrätt och likabehandling

Kommunens bedömning av likvärdighet, som enligt aktuellt förfrågningsunderlag exklusivt tillkommer kommunen, har varit korrekt eftersom den av Peab offererade stenen uppfyllt samma kvalifikationer som den föreskrivna. Bevisbördan för påståendet, att likvärdighet inte föreligger, faller på Skanska. Skanskas hänvisning till NOU:s uttalande från juni 1998 har tagits ur sitt sammanhang och avser otydliga utvärderingskriterier som leder till en så kallad fri prövningsrätt. Citatet saknar relevans för aktuellt mål. Samtliga anbudsgivare, inklusive Skanska, har fått möjlighet att förtydliga sina anbud. I Peabs fall var det fråga om att konkretisera uppgiften att använda en likvärdig sten.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 15 kap. 12 § LOU anges att en upphandlande myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 6 § framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta 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 gjorts.

Förfrågningsunderlag

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter framkommer såvitt här är av intresse bland annat följande.

AFC.21 Kvalitetsangivelser

Önskar entreprenören begagna rätten att välja likvärdigt arbetsutförande eller likvärdig vara, då föreskriften "eller likvärdigt" angivits, skall detta anges i anbud. Har så ej skett skall föreskrift om arbetsutförande eller vara enligt förfrågningsunderlaget gälla.

Beställaren ställer stor vikt vid att eventuellt utbytt material är likvärdigt det i handlingarna angivna.

Hällar och murar av diabas och gabbro skall ha samma nyans, struktur och kvalitetstekniska data som angivna sorter.

Beställaren förbehåller sig rätten att avgöra om utbyte av arbete, fabrikat eller vara är likvärdigt.

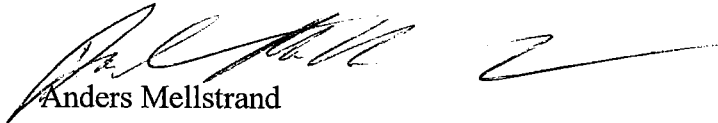
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och innebär att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (se Kammarrättens i Stockholm avgörande den 5 september 2012 med mål nr 2304-12).

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet är utgångspunkten för förvaltningsrättens bedömning att det, med anledning av att det är den upphandlande myndigheten som utformat förfrågningsunderlaget, även är dennes uppfattning om vad som kan anses utgöra en likvärdig produkt som har visst företräde. Det har inte framkommit några omständigheter som talar för att upphandlande myndighet vid bedömningen av om offererad produkt svarat upp mot vad som efterfrågats avseende likvärdighet, skulle ha förfarit på ett sådant sätt som inte överensstämmer med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget, LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna. Skanska har inte i målet förmått visa att den av Peab offererade stenen inte är likvärdig med den i förfrågningsunderlaget angivna. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att anbudet från Peab får anses uppfylla det i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kravet. Den komplettering som begärts av kommunen kan inte i här aktuell del anses gå utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU.

Vad Skanska anfört i målet kan således inte föranleda att någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU blir aktuell. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Anders Mellstrand

Föredragande har varit Sandra Petersson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 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 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 kammarrätten 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 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
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 kammarrätten.

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 3109/1D LOU