



SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
Anders Personsgatan 2
401 80 Göteborg

Ombud: Helena Colliander
c/o Peab Sverige AB
Anders Personsgatan 2
401 80 Göteborg

MOTPARTER

1. Örebro läns landsting
c/o Landstingsfastigheter
Box 1613
701 16 Örebro

2. NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
Box 1433
701 14 Örebro

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -11- 2 8	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Peab Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av NCC Construction Sverige AB:s anbud.

BAKGRUND

Örebro läns landsting (landstinget) har inlett en entreprenadupphandling avseende ombyggnad för ny akutmottagning, Karlskoga lasarett. Upphandlingen är uppdelad i sju delar där den entreprenör som antas för del 1 (mark och husbyggnad) blir generalentreprenör och förutsätts överta de avtal som landstinget tecknar med entreprenörer för de övriga sex delarna av upphandlingen (värme och sanitet, luftbehandling, el, tele, styr och övervakning samt hiss). Genom tilldelningsbeslut den 14 september 2012 beslutade landstinget att anta anbud från NCC Construction Sverige AB (NCC) som entreprenör för mark och husbyggnadsentreprenaden.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Peab Sverige AB (Peab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid NCC:s anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att påslag därvid görs på NCC:s anbudssumma. I sista hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Som skäl för ansökan anför Peab bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget innehåller krav på att kostnaden för övertagande av entreprenörer ska vara inkluderat i anbudssumman. Peab har inkluderat denna kostnad i sin anbudssumma om 28 475 000 kr. NCC har inte inkluderat kostnaden i sitt anbud på 27 990 000 kr utan har angett att för övertagande av betalningsansvar för övriga entreprenörer tillkommer 7 procent på respektive entreprenörs entreprenadsumma.

Enligt komplettering av förfrågningsunderlaget som skedde genom ändrings-PM nr K-PM 01 framgår att separat pris ska lämnas för arbete med befintlig kulvert med alternativt pris för 50 respektive 100 mm extruderad cellplast. NCC har inte lämnat separata priser avseende kulverten.

Då NCC:s anbud strider mot ovillkorligt ställda skall-krav ska anbudet förkastas.

För det fall att förvaltningsrätten finner att NCC:s anbud inte ska förkastas så har anbuden i vart fall utvärderats på olika villkor då Peab har inklu-

derat kostnaden för övertagande av entreprenörerna i sin anbudssumma medan NCC inte har gjort detta. Anbudssummorna är därmed inte jämförbara utan ett påslag ska göras på NCC:s anbudssumma med 7 procent av entreprenörernas anbudssummor. Den totala entreprenadsumman för de övriga entreprenörerna ligger sannolikt mellan 13 och 20 miljoner kr.

Peab ifrågasätter också poängsättningen avseende referenser. Enda angiven skillnad för att uppnå 10 p i stället för 8 p är att det ska vara fråga om objekt likvärdiga med fastigheter inom Örebro läns landsting. De av Peab angivna referensobjekten avser fastigheter inom Örebro läns landsting varför Peab rätteligen borde ha erhållit 10 p.

Örebro läns landsting anser att ansökan ska avslås och anför som skäl för sin inställning bl.a. följande.

Peab kan inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada. Om man gör en fiktiv anbudsutvärdering där NCC erhåller påslag med 1 160 250 kr (vilket motsvarar 7 procent av kostnaden för underentreprenaderna) samt tilldelar Peab 10 poäng för referenser i stället för 8 så kommer NCC:s anbud ändå att erhålla högst poäng vid utvärderingen och därmed antas. Vad gäller separat pris för isolering av kulvert är landstingets ståndpunkt att det inte rör sig om något skall-krav. Kostnaden för isolering med 50 mm cellplast (det billigaste alternativet) kan därför, enligt AB04 kap. 1 § 4, förutsättas ingå i den fasta anbudssumman som NCC redovisat.

NCC Construction Sverige AB anser att ansökan ska avslås såvitt avser förstahandsyrkandet om att NCC:s anbud ska förkastas. NCC vitsordar till viss del Peab:s andrahandsyrkande, det vill säga att rättelse ska vidtas genom att ny utvärdering genomförs varvid NCC:s anbudspris ska beräknas på sätt som landstinget har beräknat i yttrande till förvaltningsrätten. NCC vitsordar dock inte att Peab ska erhålla högre poäng avseende referenser. Som skäl för sin inställning anför NCC bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget är tydligt ifråga om vad som avses utgöra skallkrav. Landstinget har i förfrågningsunderlaget – utan undantag – angivit ordet **skall** för att tydliggöra vilka krav som utgör så kallade upphandlingsrättsliga obligatoriska krav i upphandlingen. Inget av de krav som Peab gör gällande är uttryckta som **skall**-krav i förfrågningsunderlaget. Att kostnad för övertagande av entreprenörer ska inkluderas i priset är inte uttryckt som ett skall-krav utifrån den terminologi som landstinget använt. Även för det fall att det ska anses vara ett skall-krav är det ett skall-krav som saknat betydelse i upphandlingen. NCC har tydligt angi-

vit vad kostnaden är för övertagande av entreprenader och måste därför anses uppfylla kravet. För det fall att NCC inte anses uppfylla ett skalkrav är det en oproportionerlig åtgärd att förkasta NCC:s anbud. Den eventuella avvikelsen i NCC:s anbud – och som landstinget har accepterat – är helt irrelevant och oväsentlig för upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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. (16 kap. 5 § LOU)

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 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, enligt samma lagrum, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets punkt AFB.31 anges följande.

Anbudsform och innehåll

Anbud **skall** ovillkorligen antingen avgivas på bilagda anbudsformulär eller i sin helhet på svenska utgöra en avskrift av den text som angivits på anbudsformuläret.

Anbudsformuläret skall vara komplett ifyllt för att gå vidare till utvärderingsfasen.

Om till anbud fogas ”Allmänna leveransbestämmelser” av något slag skall dessa bestämmelser gälla endast i den mån de ej strider mot bestämmelserna i denna AF-beskrivning.

Anbudssumman för entreprenad nr 1 (blivande generalentreprenör) ska inkludera kostnaden för övertagande av entreprenader (nr 2-7) angivna under AFB.11.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att NCC:s anbudspris inte inkluderat kostnaden för att överta övriga entreprenader. NCC har lämnat ett separat pris för denna kostnad genom att i anbudet ange att för övertagande av betalningsansvar enligt AFB.11 tillkommer 7 procent på respektive entreprenörs entreprenadsumma. Uppgiften om den tillkommande kostnaden lämnas inte i anslutning till uppgiften om totalkostnaden utan på en annan sida i anbudet.

NCC har anfört att landstinget har varit konsekvent i utformningen av skall-krav och att dessa angetts som **skall**. Förvaltningsrätten delar inte den uppfattningen. I förfrågningsunderlaget förekommer såväl **skall** som skall (d.v.s. med och utan fet stil) för uppgifter som typiskt sett får anses utgöra så kallade skall-krav. En uppgift om vilka priser som ska lämnas och vad de ska inkludera får enligt förvaltningsrättens mening anses utgöra ett typiskt skall-krav. För att anbud ska bli jämförbara krävs att pris har lämnats utifrån samma förutsättningar. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör därför enligt förvaltningsrättens mening uppfatta kravet på att lämna ett pris som ska inkludera övertagandekostnad som ett skall-krav, oavsett om det är uttryckt **skall**, skall eller ska.

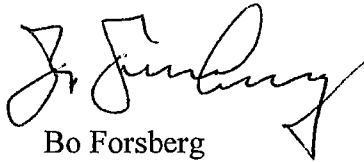
Enligt förvaltningsrättens uppfattning har NCC:s anbud inte uppfyllt ett ställt skall-krav i och med att anbudet inte innehåller ett komplett pris inkluderande övertagandet av övriga entreprenader. Frågan blir då om anbu-

det ska förkastas eller om diskvalificering, såsom NCC anfört, skulle vara en oproportionerlig åtgärd.

Om det tillkommande priset för övertagandet hade uttryckts i kronor och ören och angetts i anslutning till totalpriset skulle det enligt förvaltningsrättens mening kunnat anses som oproportionerligt att förkasta anbudet då endast en enkel summering hade krävts för att åstadkomma en korrekt anbudssumma. I detta fall har den tillkommande kostnaden inte angetts i anslutning till totalpriset och den har uttryckts som procent av flera entreprenadsummor som vid lämnandet av anbudet var okända för såväl anbudsgivarna som landstinget. Att lämna pris på detta sätt kan dessutom ge NCC en fördel då kostnaden för att ta över entreprenaderna torde vara svår att beräkna i förväg. För att kunna göra en korrekt och rättvisande utvärdering när en sådan prissättningsmodell används krävs det att alla de andra entreprenadupphandlingarna utvärderas och tilldelas först samt att ingen av dem blir överprövad. I det här fallet visade det sig enligt uppgift från landstinget att en av entreprenaderna (hiss) fick direktupphandlas då det inte kommit in några anbud i den delen. Det innebär att alla entreprenadsummorna knappast var kända vid tidpunkten för utvärderingen av generalentreprenaden. I vart fall kunde inte anbudsgivarna utgå ifrån att samtliga entreprenadsummor skulle komma att vara färdiga eftersom alla entreprenaderna ingick i samma upphandling som generalentreprenaden. Då NCC:s anbud således inte innehöll ett totalt pris som vid utvärderingen var jämförbart med övriga anbudsgivares totala priser kan det enligt förvaltningsrättens mening inte anses oproportionerligt att förkasta anbudet. Tvärtom strider det enligt förvaltningsrättens bedömning mot likabehandlingsprincipen att inte diskvalificera anbudet. På grund härav har Peab Sverige AB lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten finner således att upphandlingen har skett i strid med LOU och att den ska rättas på så sätt att NCC:s anbud diskvalificeras varpå utvärderingen ska göras om.

Då NCC:s anbud enligt förvaltningsrättens mening borde ha diskvalificerats redan av det skälet att bolaget inte uppfyllt kravet på att lämna totalt pris för entreprenaden saknas anledning för förvaltningsrätten att närmare ta ställning till vad Peab anført om att separat pris borde ha lämnats för arbete med befintlig kulvert samt vad bolaget anført avseende poängsättning för referenser.

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



Bo Forsberg

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Josefin Andersson