



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2014-05-30
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
1385-14

SÖKANDE

Skanska Asphalt och Betong AB, 556793-1638
c/o Skanska Sverige AB
169 83 Solna

Ombud:

Anders Lagerlund
Skanska
Drottninggatan 14
205 33 Malmö

MOTPART

Karlstads kommun
651 84 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Skanska Asphalt och Betong AB:s ansökan.

Dok.Id 110832

Postadress Box 568 651 12 Karlstad	Besöksadress Rådhuset, Stora torget	Telefon 054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	Telefax 054-14 85 30	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	--	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

Karlstads kommun (kommunen) genomför en offentlig upphandling avseende beläggningsentreprenad inom Karlstads kommun för tiden den 1 april 2014 – den 31 mars 2015 med option för kommunen att förlänga avtalet ett plus ett år. Vid anbudstidens utgång hade det kommit in fyra anbud, från Skanska Asphalt och Betong AB (Skanska), Road SE, NCC och Peab.

Kommunen har den 14 mars 2014 gått ut med följande förtydligande och förfrågan: *Det har framkommit funderingar angående indexregleringar på "Beläggningsupphandlingen 2014-2016 TFN-2014-222." Vi vill förtydliga vad vi avser och det är att priserna för de olika posterna under "Beläggningsarbeten" för år 2014 gäller under första året och för år 2015 indexregleras med beläggningsindex med mars 2014 som basmånad och beläggningsindex för mars 2015 och fortsatt för 2016 osv. I priserna under "Beläggningsarbeten" skall allt som ingår i en asfaltsmassa som grus, sten, bindemedel m.m. ingå i det lämnade priset. Kostnaden för bindemedel regleras dock med "index" för utlagd mängd (ton) per månad under året och kan bli en intäkt eller utgift vilket vi anser vara ett rättvist sätt för både Beställare och Entreprenör. Är tacksam för ett snabbt svar på er inställning till detta.*

På kommunens förfrågan har Skanska och Peab förklarat sig acceptera förtydligandet medan Road SE inte svarat. NCC anförde bl.a. att kommunens agerande riskerar att bedömas som en otillåten ändring av upphandlingen, att kommunen i praktiken möjliggjort för leverantörerna att revidera sina anbud med risk för överprövning och upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling, varför NCC rekommenderat kommunen att avbryta upphandlingen och gå ut med en ny förfrågan. Kommunen har därefter den 25 mars 2014 beslutat att avbryta upphandlingen med mo-

tiveringen att det av förfrågningsunderlaget inte framgår om bindemedel ska vara inräknat i de offererade priserna eller ej.

PARTERNAS TALAN

Skanska ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva beslutet att avbryta upphandlingen och besluta att kommunen ska fortsätta med upphandlingen och meddela tilldelningsbeslut. Som skäl för yrkandet anför Skanska i huvudsak följande.

Kommunen har utan sakliga skäl beslutat att avbryta upphandlingen. Som en följd av att detta har Skanska lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada.

NCC är kommunens befintliga entreprenör för beläggningsarbeten, dvs. motsvarande avtal som nu är föremål för upphandling. Avtalet avser alltså samma arbeten och både det befintliga avtalet och avtalet i upphandlingen har exakt samma formulering avseende reglering av bindemedel som varit föremål för förtydligande. Skanska har uppfattat att det är ostridigt att befintligt avtal har tillämpats precis i enlighet med vad kommunen gjort gällande i sitt förtydligande. Följaktligen kan konstateras att det inte förelegat någon oenighet eller osäkerhet i frågan överhuvudtaget i förhållande till NCC.

Förfrågningsunderlagets skrivning avseende reglering av bindemedel kan inte missförstås. På samma sätt är innebörden av kommunens förtydligande en självklarhet för alla anbudsgivare. Skanska motsätter sig att detta förtydligande på något sätt skulle kunna påverka det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Något hinder mot att meddela ett sådant förtydligande föreligger således inte.

Kommunen bestrider bifall till Skanskas ansökan och anför i huvudsak följande.

Det framgår inte med tillräcklig tydlighet om bindemedel ska vara inräknat i de offererade priserna eller inte. Otydligheter i ett förfrågningsunderlag utgör enligt praxis sakliga skäl för en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling.

Den omständigheten att en anbudsgivare av tre påtalat en brist i förfrågningsunderlaget talar med styrka för att det varit fråga om en

otydlighet. Hur ett tidigare ingånget avtal tillämpats saknar all relevans för bedömningen av om det nu aktuella förfrågningsunderlaget varit utformat i enlighet med LOU och de grundläggande principerna. Det är enbart utformningen av det nu aktuella förfrågningsunderlaget som har betydelse. Skanska synes vidare bortse från möjligheten att otydligheten i förfrågningsunderlaget kan ha avskräckt andra potentiella anbudsgivare från att lämna anbud i upphandlingen.

Skanska tillägger bl.a. följande.

Det är en självklarhet att bindemedel ingår i de offererade priserna. Utan bindemedel kan man inte tillverka och lägga ut asfalt, då bindemedel är en nödvändig och naturlig del av själva produkten asfalt. Att bindemedel ska ingå i de offererade priserna framgår även klart genom skrivningen i AFC.612.

SKÄL FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

I de administrativa föreskrifterna för upphandlingen anges bland annat följande.

AFB.13 Ersättningsform

Anbud skall anges med fast pris utan indexreglering för första kontraktsåret (2014-04-01 - 2015-03-31) och därefter, år 2 och 3 indexregleras enligt AFC.614. Kostnaden för bindemedel regleras dock separat enligt AFC.614.

AFC.612 Ersättning för reglerbara mängder

I anbudet skall kostnader för samtliga arbeten och leveranser beräknade på grundval av förfrågningsunderlaget vara inkluderade. Med avvikelse från AB 04 kap 6 § 6 gäller i ”prissatt mängdbeskrivning” angivet à-pris oberoende av verkliga mängder.

AFC.614 Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)

Första verksamhetsåret skall inte indexregleras. För övriga år (fr.o.m. 2015-03-01) sker reglering i enlighet med entreprenadindex E84 med tillhörande tillämpningsföreskrifter. Indexregleringen skall baseras på mars månad 2014 och därefter mars månad följande år som basmånad priserna regleras innan verksamhetsårets början för att gälla för det kommande verksamhetsåret.

Förvaltningsrättens bedömning

Som Skanska anfört talar formuleringen i AFC.612 för att samtliga kostnader, även för bindemedel, ska vara inkluderad i de offererade priserna. Formuleringen i AFB.13 ger dock ändå utrymme för viss tvekan. Vad som där anges tyder på att ersättningen för bindemedel ska hanteras på något särskilt sätt. Kommunen har sedan i sin skrivelse den 14 mars 2014 gett viss kompletterande information om kostnaden för bindemedel, som inte direkt går att utläsa ur förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser liksom kommunen att frånvaron av tvister mellan NCC och kommunen under föregående avtalsperiod saknar avgörande betydelse. Man måste beakta även hur nya anbudsgivare, faktiska och presumtiva, kan uppfatta saken. Att bindemedel ingår i produkten asfalt hindrar vidare inte att man vid prissättningen kan särreglera bindemedel.

Som NCC anfört har det funnits en viss risk för att kommunens skrivelse den 14 mars 2014 skulle anses som en otillåten komplettering, med hänsyn

till de snäva regler som gäller för kompletteringar och ändringar av förfrågningsunderlag. Med hänsyn härtill och den otydlighet som funnits i förfrågningsunderlaget rörande prissättningen för bindemedel anser förvaltningsrätten att kommunen haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Skanskas talan ska därför avslås.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

Joar Berglund, rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.