

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

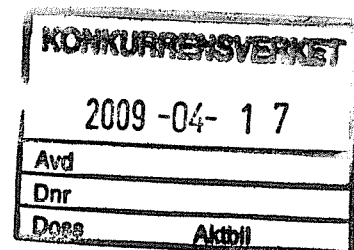
DOM
2009-04-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5755-09
Rotel 221

SÖKANDE

Stockholms Hamnentreprenad AB, 556036-9133

Ombud: Bolagsjuristen Fredrik Kjerrström
PEAB Sverige AB
Box 808
169 28 Solna



MOTPART

Stockholms stad gm Stadsadvokat Cristian Söderlund
Trafikkontoret
Box 8311
104 20 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Stockholms Hamnentreprenad AB:s ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 19 mars 2009 upphör härigenom att gälla.

Dok.Id 417897

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms stad ("staden") har genomfört en upphandling avseende entreprenadarbeten för gatubeläggning på Norrbro. Av tilldelningsbeslutet den 10 mars 2009 framgår att staden har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Stockholms Hamnentreprenad AB ("bolaget").

Länsrätten har i beslut den 19 mars 2009 förordnat att staden tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker hos länsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sitt överklagande har bolaget anfört i huvudsak följande. Bolagets anbud var upprättat i enlighet med förutsättningarna som angavs i förfrågningsunderlaget eftersom bolagets stenar var likvärdiga med förfrågningsunderlagets föreskrivna krav. Staden har i förfrågningsunderlaget föreskrivet kulörerna ljusgrå Kullagranit och svart Korpilahti. Respektive kulör kan endast erhållas från ett stenbrott och en leverantör. Det gör att upphandlingen brister i affärsmässighet och strider mot proportionalitetsprincipen. All upphandling ska genomföras affärsmässigt. Genom detta förhindras att konkurrensen snedvrids. Kravet på affärsmässighet, som alltjämt gäller, är tillämpligt på samtliga åtgärder som vidtas i ett upphandlingsförfarande. Det innebär att den upphandlande myndigheten måste välja ett material/produkt som tillvaratar konkurrensen. Istället har staden genom valet av vissa specifika material, som endast kan erhållas från en viss leverantör, totalt snedvridit och uteslutit möjligheterna till konkurrens. Upphandlingen brister därför i affärsmässighet och strider mot det grund-

läggande syftet med LOU. Under sådana förhållanden ska upphandlingen göras om.

Till följd av den ovan beskrivna felaktigheten i upphandlingen har bolaget lidit eller riskerar att lida skada. Mot bakgrund av att bolaget anser att förfrågningsunderlagets utformning är sådan att en korrekt upphandling i konkurrens inte varit möjlig önskar bolaget uppmärksamma att det, vid bedömningen av skaderekvisitet, inte kan krävas att de konstaterade bristerna faktiskt medfört att bolaget inte vunnit eller riskerat att inte vinna upphandlingen.

Staden bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

Till stöd för sitt bestridande anför staden i huvudsak följande. Grunden för bestridandet är att staden inte har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som LOU vilar på. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser förfrågningsunderlaget eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts.

Stockholms innerstad med Djurgården är av riksintresse för kulturmiljövården. Arbetet med utformningen av Norrbro har skett genom att en referensgrupp aktivt deltagit i hela processen där gestaltningen och materialvalet har haft en betydande tyngd. Staden har lagt provytor på bron med olika granitsorter och kulörer. Ytorna har utgjort vägledning för val av kulörer och kulörblandningar på Norrbro. Via provytorna har det kunnat konstateras vilka kulörer och kulörblandningar som bäst harmoniserar med Norrbros historia och dess kulturhistoriskt värdefulla omgivning. Syftet med gjorda överväganden har bl.a. varit att välja en kombination av kulörer som varierar sinsemellan, samtidigt som en harmonisk helhet skapas, att omsorgsfullt fördela de olika kulörerna procentuellt på bästa sätt för att ge Norrbros stora yta rätt färgnyans samt att anpassa Norrbros kulörskala till

omgivande byggnader, som är av byggnadsminnesklass. Mot bakgrund av ovanstående arbete har ett förfrågningsunderlag utarbetats för att upphandla en entreprenör för stenläggning.

Vid anbudsgenomgången med bolaget den 5 februari 2009 kunde staden konstatera att å-priserna för ett antal koder och positioner i mängdförteckningen var onormalt låga. En förklaring begärdes därför av bolaget och den bestod i att priset hade baserats på att bolaget fick använda stenar med andra kulörer än de som staden efterfrågat. I mängdförteckningen har staden redogjort för de krav som ställs på den sten som ska läggas på Norrbro. Efter ett mångårigt utredningsarbete som föregått upphandlingen har för respektive del av Norrbro angivits vilka kulörer stenarna ska ha samt hur dessa kulörer procentuellt ska fördela sig över ytan. Bolaget har i skriftliga förklaringar redogjort för att man avser att lägga sten med andra kulörer än de efterfrågade inom de aktuella områdena då man anser att grå Bohus Nolby är likvärdig med den efterfrågade kulören ljusgrå Kullagranit och kulören svart diabas likvärdig med svart Korpilahti. Staden har jämfört de av bolaget erbjudna stenarna med stenarna som motsvarar ställda kulörkrav och funnit att dessa inte är likvärdiga vad avser kulör. Vid jämförelsen har också kunnat konstateras att kulören grå Bohus Nolby är så pass lik kulören grå Flivik Mahogany att den tilltänkta kontrasteffekten av att ha tre olika kulörer försvinner och samspelet mellan valda kulörer går förlorat. Detta har också konstaterats av de arkitekter som varit med och tagit fram kraven avseende bl.a. kulör.

Norrbro är inte vilken bro som helst. Staden har efter ett gediget och tidsödande förarbete som involverat personer med kompetens inom såväl stadens historik som arkitektur och stenläggning bestämt hur brons beläggning ska se ut, både vad avser stenarnas form och deras kulör. Staden har valt att definiera dessa kulörkrav genom att hänvisa till granitsorterna ljusgrå Kullagranit (från stenbrottet i Kulla) och svart Korpilahti (från sten-

brottet i Korpilahti). Alla entreprenörer inom stenslaggningsbranschen vet vad som avses med kulören ljusgrå Kullagranit respektive svart Korpilahti. Det bestrids att staden efterfrågat en speciell stensort från ett särskilt stensbrott. De stensorter som uppgivits i mängdförteckningen har enbart angivits för att kunna definiera efterfrågade kulörer. Det kan vidare inte vitsordas att sten med efterfrågade mått och i vart fall likvärdiga kulörer endast kan erhållas från ett stensbrott eller en enda leverantör. Även om förhållandena skulle vara så att sten med kulören ljusgrå Kullagranit eller svart Korpilahti endast kan erhållas från en stensleverantör och namngivna stensbrott så anser inte staden att man genom ställda kulörkrav satt konkurrensen ur spel. Upphandlingen avser en entreprenör som ska lägga sten på Norrbro. Alla bolag som lägger sten är fria att köpa sten från stensleverantörer som saluför sten från de namngivna stensbrotten. Det är vidare staden, i egenskap av beställare, som bestämmer vilken kulör beläggningsen på Norrbro ska ha. De av bolaget erbjudna stenskulörerna uppfyller inte ställda kulörkrav och medför dessutom att kontrasterna mellan de olika stensytorna på ett oacceptabelt sätt försvinner. Då bolaget inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget vad avser krav på stenskulörer har det varit riktigt att förkasta bolagets anbud. Då bolaget avsett att leverera stenar med en annan kulör än vad som efterfrågats har bolaget också lämnat onormalt låga priser.

Staden har till sitt överklagande fogat bl.a. ett utlåtande från Britt-Marie Salmén, arkitekt SAR, Trafikkontoret och Pia Krensler, landskapsarkitekt, LAR, Tyréns daterat den 11 mars 2009 av vilket framgår att en besiktning av granitkulörer har genomförts där ljusgrå Bohus Nolby med ljusgrå Kulla samt svart diabas med finsk svart granit, Korpilahti, jämfördes. Bohus Nolby konstaterades ha en svagt rosa ton med många små svarta korn/prickar spridda över ytan, vilket ger ett homogent intryck. Kulla har en svag, varmt gulaktig ton, med större tydligare inslag av svarta fläckar. Diabasens yta är homogent svart och förhållandevis matt. Korpilahti har svart glitter i ytan. De två jämförda ljusgrå granitsorterna är inte likvärdiga

i kulören. Bohus Nolby är alltför lik Flivik, vilket ger en alltför liten variation i beläggningen. Detta innebär att Bohus Nolby inte kan ersätta Kulla. De två jämförda svarta stensorterna är enligt ovan inte likvärdiga vilket innebär att diabas inte kan ersätta Korpilahti.

Bolaget genmäler i huvudsak följande. Givetvis står det beställaren fritt att föreskriva vilka kulörer som ska användas under förutsättning att beställarens föreskrivna val inte strider mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen. Stadens val av nu aktuella kulörer, vilka enbart kan erhållas från en leverantör, strider mot gällande regelverk. Det saknas vidare betydelse huruvida valet av de i målet aktuella kulörerna föregåtts av ett mycket omfattande arbete eftersom föreskrivna kulörer strider mot LOU.

Det stämmer inte att föreskrivna kulörer enbart har angivits för att definiera efterfrågade kulörer. Bolaget anlidade extern expertis vid framtagningen av sitt anbud och de kulörer som där anges är likvärdiga med förfrågningsunderlagets angivna kulörer. Bolagets anbud blev ändå förkastat. Slutsatsen av detta är att staden inte har accepterat likvärdiga kulörer utan endast de i förfrågningsunderlaget föreskrivna kulörerna.

Såvitt bolaget känner till kan de i målet aktuella kulörerna endast erhållas från ett stenbrott och en leverantör. Konkurrensen är därmed obefintlig och upphandlingen strider mot LOU. Att staden är av den motsatta uppfattningen är obegripligt för bolaget. Bolaget har gjort sannolikt att de i målet aktuella kulörerna endast kan erhållas från ett stenbrott och en leverantör samt att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt bolaget har därför staden bevisbördan för att föreskrivna kulörer eller likvärdiga kulörer om sådana finns vilket bolaget bestrider, kan erhållas från mer än ett stenbrott och en leverantör.

Stadens bakomliggande överväganden av kulörerna samt syfte med föreskrivna kulörer, att de t.ex. ska harmonisera med omgivningen och ha kontrasteffekter sinsemellan, framgår inte av förfrågningsunderlaget. Dessa brister gör att förfrågningsunderlaget varit otydligt och oförutsägbart, vilket strider mot principen om transparens.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna anges under avsnitt AFC.21, "Kvalitetsangivelser", bl.a. följande. Där det i beskrivning eller på ritning anges ett material gäller detta för anbudet. Anbudsgivare som önskar byta ut föreskrivet material mot ett som han anser vara likvärdigt ska ange detta i anbudet. Beställaren beslutar själv vilket material som ska anses likvärdigt.

I förfrågningsunderlagets mängdförteckning, avsnittet DCG.12, anges vilka krav som ställs på beläggning av naturstensplattor. Under positionerna 1, 4, 5, 6 och 9 framgår att kulörkravet är ljusgrå Kulla och under position 3 är kulörkravet svart Korpilahti.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Ställda krav i förfrågningsunderlaget får sålunda inte ändras under upphandlingen och den upphandlande enheten får inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlag eller annons.

Enligt tilldelningsbeslutet har staden förkastat bolagets anbud dels på grund av att den sten som anbudsgivaren avsåg att leverera inte kulörmässigt uppfyllde ställda krav i kravspecifikationen, dels på grund av att anbudet därigenom kommit att bli onormalt lågt. Bolaget har gjort gällande att stadens syfte, att stenen ska harmonisera med omgivningen och ha kontrasteffekter sinsemellan, inte har framgått av förfrågningsunderlaget. Detta utgör, enligt bolaget, en brist i förfrågningsunderlaget och strider mot principen om transparens.

Enligt länsrättens mening framgår det av förfrågningsunderlaget mycket klart och tydligt vilka krav som ställs på den sten som ska upphandlas avseende bl.a. längd, bredd, tjocklek, ytbehandling, kanter och kulör. Vidare har angivits hur kulörerna procentuellt ska fördela sig över ytan. Därmed torde en leverantör kunna sluta sig till vilka harmoniserings- och kontrast-

effekter som stenarna får mot varandra. Att stadens bakomliggande överväganden eller syfte inte uttryckligen framgått av förfrågningsunderlaget kan enligt länsrättens mening inte anses utgöra en sådan brist som innebär att förfrågningsunderlaget varit bristfälligt och strider mot principen om transparens. Bolagets talan kan därmed inte bifallas på denna grund.

Bolaget har vidare gjort gällande att respektive kulör endast kan erhållas från ett stenbrott och en leverantör och att konkurrensen därmed har begränsats på ett otillåtet sätt samt att upphandlingen strider mot principen om proportionalitet.

När det gäller proportionalitetsprincipen innebär den att kvalifikationskraven måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Staden har anfört att Norrbro med omkringliggande omgivning utpekats som ett riksintressant område i innerstaden och att stadsmuseet beskrivit området som ”stadens mest monumentala plats som i samspel med strömmande vatten och vattenspeglingarna är utan motstycke”. Syftet med de aktuella kulörkraven är bl.a. att välja en kombination av kulörer som varierar sinsemellan, samtidigt som en harmonisk helhet skapas, att omsorgsfullt fördela de olika kulörerna procentuellt på bästa sätt för att ge Norrbros stora yta rätt färgnyans samt att anpassa Norrbros kulörskala till omgivande byggnader, som är av byggnadsminnesklass. Länsrätten finner mot denna bakgrund att de av staden uppställda kraven måste anses ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Vad därefter gäller frågan om stadens krav på särskilda kulörer konstaterar länsrätten inledningsvis att målet gäller upphandling av entreprenadarbeten för gatubeläggning på Norrbron. Det är således inte fråga om upphandling av en leverantör av de efterfrågade stenarna. Länsrätten anser därför att

frågan om varifrån och från vem stenarna kan förvärfvas inte är av direkt betydelse för länsrättens prövning i målet.

Enligt länsrättens mening står det staden fritt att bestämma vilka kulörer som ska användas vid gatubeläggningen av Norrbron så länge alla leverantörer har möjlighet att konkurrera på lika villkor. I nu aktuell upphandling har inget annat visats än att samtliga anbudsgivare fritt kunnat förvärva de stenar som uppfyller de av staden ställda kraven och detta oaktat av hur många leverantörer det finns av själva stenarna. Att staden har uppställt krav på särskilda kulörer på stenarna som ska läggas kan således, enligt länsrättens mening, inte anses vara konkurrensbegränsande. Dessutom framgår det av de administrativa föreskrifterna att en anbudsgivare får byta ut föreskrivet material mot ett som han anser vara likvärdigt, vilket innebär att entreprenörerna inte är bundna av en viss stensort från en särskilt stenbrott utan endast kravet på viss kulör.

Även om ett föreskrivet material kan bytas ut är anbudsgivaren tvungen att underställa sig den prövning som staden gör avseende likvärdighet. Staden har vid jämförelse funnit att de av bolaget erbjudna stenarna inte varit likvärdiga vad avser kulör. Bolaget gör i målet gällande att deras stenar var likvärdiga med förfrågningsunderlagets föreskrivna krav. Bolaget har dock inte inkommit med någon utredning till stöd för sitt påstående. Vad bolaget har anfört i denna del föranleder inte länsrätten att göra någon annan bedömning än den staden gjort. Länsrätten finner därför att i målet inte är visat att stadens krav begränsat konkurrensen vid upphandlingen av en entreprenör för gatubeläggning av Norrbron.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det har varit riktigt att förkasta bolagets anbud och att vad bolaget i övrigt anfört inte utvisar att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av någon överträdelse

av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller annan bestämmelse i lagen. Det föreligger därmed inte grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ulrika Kullman

länsrättsfiskal

Föredragande har varit länsrättsnotarien Henrik Hasslemark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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

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