



KLAGANDE

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Rogert Andersson
Avdelning Juridik
Trafikverket
781 89 Borlänge

MOTPART

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Jur.kand. Lovisa Molander och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 23 juni 2011 i mål nr 1567-11,
1568-11 och 1890-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten beslutar med ändring av förvaltningsrättens dom att NCC
Road AB:s begäran om överprövning av tilldelningsbeslutet den 28 mars
2011 ska avslås.

YRKANDEN M.M.

Trafikverket yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och ogillar NCC Road AB:s (NCC) yrkanden. Trafikverket anför följande till stöd för sin talan.

Frågor som anbudsgivarna behöver ställa sig är om de närmast kommande vintrarna kommer att medföra mycket halkbekämpning och/eller snöplogning. I det fall en anbudsgivare exempelvis kalkylerar med att de närmaste vintrarna kommer att bli snöfattiga ofta med temperaturer kring noll grader kommer anbuden att innehålla mycket låga à-priser avseende snöplogning med motsvarande höga priser vad gäller halkbekämpning. Skulle nu de närmaste vintrarna visa sig bli motsatta till vad anbudsgivaren kalkylerade med kommer entreprenören i en svår ekonomisk situation eftersom de låga à-priserna för den omfattande snöplogningen inte motsvarar kostnaden för entreprenören att snöploga. Incitamentet för entreprenören att snöploga med förlust som följd finns alltså inte och entreprenören kommer av naturliga ekonomiska skäl inte att vara fullt motiverad att utföra ett fullgott och trafiksäkert arbete. Vinterväghållning är av sådan karaktär att den i det närmaste är omöjlig att på ett ekonomiskt försvarbart sätt besiktiga och kontrollera för en beställare. Entreprenören har normalt sett ungefärligen likvärdiga kostnader för halkbekämpning och snöplogning, varför det normalt saknas andra skäl än spekulativa att ha någon större prisdifferens mellan dessa åtgärder. Det har före begränsningsregelns införande förekommit à-priser som noll kronor för antingen halkbekämpning eller snöröjning. Branschen i sin helhet har många gånger uttryckt sitt stöd för en ersättningsmodell som förhindrar eller försvårar spekulering avseende nämnda priser. Att sådan spekulering alltjämt sker beror på att ingen anbudsgivare fullt vågar lita på att andra anbudsgivare inte spekulerar i prissättningen. NCC har i många sammanhang ställt sig bakom principen att undvika spekulativt satta priser och bolagets framförda synpunkter vid förvaltningsrätten går stick i stäv

med den annars ofta uttalade inställning i dessa frågor. Förvaltningsrättens synsätt att begränsningsregeln inte är tillräckligt effektiv är felaktigt. Risken för att anbudsgivare ska ange spekulativt låga priser både vad gäller halkbekämpning som snöröjning är minimal och behöver inte elimineras med en begränsningsregel eftersom anbudsgivarna inte kan förvänta sig lönsamhet med en spekulativt låg ersättning för såväl halkbekämpning som snöröjning. Sådan karaktär på vintrar kan normalt en anbudsgivare inte spekulera i. Särskilt inte i de tre nordliga driftsområden som målet avser. När begränsningsregeln inte funnits har det frekvent förekommit att entreprenör som spekulerat i stora mängder halkbekämpning och små mängder snöplogning försökt att salta bort snö från vägen i stället för att utföra den korrekta åtgärden att snöploga. Detta har då gett trafikfarliga moddiga vägar som en direkt följd av att begränsningsregeln inte funnits. Alla de ovan angivna riskerna har vid ett stort antal tillfällen genom åren runt om i Sverige varit en praktisk erfarenhet för Trafikverket med allvarliga konsekvenser för oförberedda trafikanter och deras anhöriga. Det är inte acceptabelt för Trafikverket att anbudsgivarna tvingas spekulera med angivna trafiksäkerhetsproblem som följd att vinna kontrakt. Regeln är både en lämplig och högst effektiv åtgärd för att ersättningen till entreprenörerna ska erhålla åtminstone täckningsbidrag för den trafiksäkerhetsavgörande halkbekämpningen och snöplogningen. Det saknas betydande negativa effekter av den aktuella begränsningsregeln.

NCC bestrider ändring av förvaltningsrättens dom och anför följande till stöd för sin inställning.

Det som Trafikverket målar upp som ett stort problem är i verkligheten inte något problem överhuvudtaget. Den aktuella upphandlingen är mycket omfattande. Snöplogning och halkbekämpning av GC-vägar är en försvinnande del av dessa uppdrag. Att spekulera i anbudspriser avseende dessa poster ter sig överhuvudtaget inte meningsfullt för en entreprenör. Detta särskilt som dessa åtgärder normalt sker samtidigt med övriga

åtgärder som omfattas av uppdraget och innebär mycket små extrakostnader för entreprenören. Om en anbudsgivare skulle vilja spekulera i anbudspriser på något för Trafikverket oönskat sätt, torde detta ske avseende andra, mer omfattande och därmed lönsamma moment i upphandlingen. Med hänsyn till att de aktuella åtgärderna utgör en mycket begränsad del av upphandlingarna finns det inga incitament, ens för en ohederlig entreprenör, att inte utföra halkbekämpning respektive snöplogning när så ska ske. Detta särskilt med hänsyn till de viten som finns föreskrivna i de kommersiella villkoren och då upptäcktsrisken skulle vara mycket stor. Som NCC tidigare framhållit sker omfattande kontroller av att entreprenören uppfyller sina åtaganden. Även om Trafikverkets utgångspunkter är riktiga är det aktuella kravet oproportionellt och leder inte till det resultat som Trafikverket uppger. Det är inte korrekt att NCC någonsin förespråkat prissättningsmodeller/krav som de nu aktuella. De aktuella kraven är inte lämpliga, effektiva eller nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet har fått oproportionerliga konsekvenser och Trafikverket har antagit anbud som är sammanlagt 18 933 630 kr högre än NCC:s anbud. NCC:s anbud skulle ha antagits om NCC offererat sammanlagt 129 595 kr högre anbudssumma avseende snöplogning fördelat på de tre upphandlingarna.

Trafikverket tillägger följande. Det är inte korrekt att snöplogning och halkbekämpning utgör en försvinnande liten del av drift- och underhållsentreprenaden. Vidare är dessa åtgärder helt avgörande för trafiksäkerheten på de statliga vägarna. NCC:s yttrande visar på stora brister i insikt när det gäller möjligheter/risker till spekulation, kontroll av utförda åtgärder, viten, behov av incitament för rätt åtgärd osv. NCC:s exempel med nollpriser stödjer Trafikverkets inställning. Att Trafikverket haft att godta anbud med betydligt högre pris än NCC beror inte på något fel i förfrågningsunderlaget eller i upphandlingen i övrigt utan på att NCC av förbiseende inte uppfyllt skall-krav i förfrågningsunderlaget. Det föreligger


inte fel i hantering av skattepengar. Har det skett någon kapitalförlust på grund av förkastandet av NCC:s anbud beror det på slarv från deras sida.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

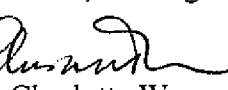
Fråga i målet är om föreskrift i förfrågningsunderlaget om viss typ av prissättning för aktuella vägar inte är proportionerlig. Prissättningskravet går ut på att ingen av åtgärderna halkbekämpning och snöröjning får prissättas högre än två gånger priset för den lägst prissatta åtgärden.

Av utredningen framgår att priskravet är kopplat till föremålet för upphandlingen nämligen underhåll av vägar. Det har inte framkommit att kravet är godtyckligt eller osakligt. Det är vidare inte konkurrensbegränsande då det drabbar alla anbudsgivare lika. Förvaltningsrätten har bedömt att kravet strider mot proportionalitetsprincipen då det inte är effektivt för att uppnå angiven trafiksäkerhet eftersom det inte hindrar anbudsgivare från att lägga låga bud på båda åtgärderna. Kammarrätten delar inte denna bedömning och konstaterar att upphandlingslagstiftningen inte hindrar anbudsgivare från att lägga för låga anbud. I stället finns förbud mot att automatiskt förkasta onormalt låga anbud (jfr 12 kap. 3 § LOU). Inte heller i övrigt har framkommit att kravet inte skulle vara lämpligt eller ändamålsenligt. Kravet strider därför inte mot proportionalitetsprincipen och överklagandet ska bifallas.

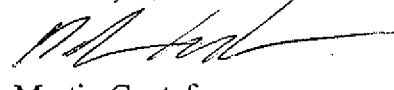
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Christer Sjödin
kammarrättslagman



Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent



Martin Gustafsson
tf kammarrättsassessor



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Handläggare: förvaltningsrätts-
 notarien Victor Lengquist

DOM
 2011-06-23
 Meddelad i
 Falun

Bilaga A

Mål nr
 1567-11
 1568-11
 1890-11

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
 170 80 Solna

Ombud: Jur.kand. Lovisa Molander
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
 781 89 Borlänge

Ombud: Rogert Andersson
 Juridik och planprovning
 Trafikverket
 781 89 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Trafikverkets upphandlingar av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Lycksele i Västerbotten, driftområde Sundsvall i Västernorrlands län och driftområde Piteå i Norrbottens län, med respektive diarienummer 2010/95750 A, 2010/10844 och 2010/95752 A, ska göras om.

Dok.Id 31128

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se	023-383 00 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

Enhet 2

BAKGRUND

Trafikverket har bjudit in leverantörer att senast den 9 mars 2011 lämna anbud i en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Lycksele i Västerbotten (TRV 2010/95750 A), en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Sundsvall i Västernorrlands län (TRV 2010/10844) och en upphandling av totalentreprenad avseende drift och underhåll på allmänna vägar inom driftområde Piteå i Norrbottens län (TRV 2010/95752 A). Upphandlingarna har genomförts genom ett öppet förfarande. Av tilldelningsmeddelanden den 28 mars 2011 (Lycksele och Sundsvall), respektive den 18 april 2011 (Piteå), framgår att Peab AB antagits som leverantör i de tre upphandlingarna.

YRKANDEN M.M.

NCC Roads AB (nedan benämnt bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingarna. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingarna ska rättas och i andra hand att de ska göras om.

Trafikverket bestrider bifall till bolagets yrkanden.

BESTÄMMELSER

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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enhet 2

Av 16 kap. 5 § framgår att 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens prövning i målet utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav (s.k. *skall-krav*) som regel inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste sålunda vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om ett öppet förfarande.

Uteslutningsgrunden

Bolaget har ostridigt angett ett pris för halkbekämpning avseende GC-vägar som är två gånger högre än motsvarande pris för snöröjning inom respektive upphandling. Av förfrågningsunderlagen framgår att denna prissättning är otillåten för *vägklasser* (UFB.31).

Bolaget har anfört att dess anbud uteslutits från utvärdering i strid mot förfrågningsunderlagen eftersom det tydligt framgår att GC-vägar inte är en vägklass. GC-vägar definieras i förfrågningsunderlagen som gångbanor,

Enhet 2

gång-, cykel- och mopedvägar invid och avskilda från vägar. GC-vägar återfinns vare sig i tabellen över vägklasser ordnade efter trafikflöde eller i listorna över vägklasser (dokument 6.09), vilket är ologiskt. Undantaget är de fem kilometer GC-vägar avskilda från vägar som tilldelats vägklass 4 inom Trafikområde Lycksele. GC-vägar ingår inte heller i vägnätens totala längd som angetts i respektive förfrågningsunderlag (UFA.21).

Trafikverket har anfört att *vägklass* definieras i förfrågningsunderlagens begreppsförklaringar och att trafikflöde (ÅDT) inte anges för GC-vägar. För GC-vägar görs ett uttryckligt undantag i förfrågningsunderlagen mot förbudet att oavsett vägklass prissätta antingen snöröjning eller halkbekämpning fyra gånger högre än den lägst prissatta åtgärden.

Förvaltningsrätten noterar att det under rubriken *vägklass* i förfrågningsunderlaget framgår att "vägar är klassade i vägklass 1, 2, 3, 4, 5 och GC-vägar enligt tabellen, beroende på vilket ÅDT vägen har". Under rubriken *rörlig ersättning* (UFB.31) framgår vidare att "inom varje vägklass på konto 81.12 och 81.13 får ingen av åtgärderna [...] prissättas högre än två gånger priset för den lägst prissatta åtgärden". Under rubrikerna konto 81.12 och 81.13 i förfrågningsunderlagets mängdförteckning finns såväl vägklass 1 – 5 som GC-vägar uppförda. Av det undantag som Trafikverket hänvisat till framgår att "ingen av åtgärderna [...] på konto 81.12 och 81.13 får vara högre prissatt än fyra gånger den lägst prissatta åtgärden oavsett vägklass. (Denna regel gäller inte GC-vägar)". Med hänvisning till rubriksättningen i förfrågandeunderlaget och till att undantaget uttryckligen inte inkluderar GC-vägar finner förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget med tillräcklig tydlighet måste anses framgå att GC-vägar utgör en *vägklass*. Bolaget har således inte visat att dess anbud uteslutits från utvärdering i strid med förfrågningsunderlaget. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Enhet 2

Transparens

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget är alltför oklart eftersom ingen entydig definition av begreppet *väglass* getts och att uteslutningen av bolagets anbud därmed strider mot principen om transparens.

Trafikverket har anfört att definitionen av begreppet *väglass* är entydig och att vare sig de övriga två anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen eller anbudsgivare i andra upphandlingar missförstått begreppet *väglass*.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna en konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Vid denna bedömning måste hänsyn tas till vad anbudsgivare inom en viss bransch normalt får förutsättas ha kännedom om. Förvaltningsrätten finner inte att bolaget visat att förfrågningsunderlaget varit så otydligt att en normal anbudsgivare inom den aktuella branschen varit förhindrad att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Proportionalitet

Bolaget har anfört att de ovillkorliga föreskrifterna i förfrågningsunderlaget om viss typ av prissättning inte är proportionerliga, och har medfört oproportionerliga konsekvenser och effekter, av följande skäl. Föreskrifterna är inte utformade på ett sätt som gör att Trafikverket får ett så lågt pris som möjligt. De är inte heller nödvändiga för att uppnå detta. Föreskrifterna hindrar en anbudsgivare från att offerera ett lågt pris för viss åtgärd utan att sänka priset för en annan. Det är anbudsgivarna som

Enhet 2

är bäst lämpade att avgöra hur konkurrenskraftiga anbud ska utformas och prisstrategier är en viktig del av entreprenörers konkurrensmedel. Föreskrifterna förhindrar helt fri prissättning och begränsar konkurrensmöjligheterna på marknaden. Denna begränsning är inte nödvändig för att säkerställa att en entreprenör utför vad han åtagit sig eftersom detta kan uppnås med sedvanliga kontraktspåföljder. Inte heller skyddar föreskrifterna mot underprissättning där exempelvis snöröjning prissätts till 1 kr och halkbekämpning till 1,5 kr eftersom en entreprenör kan ta igen denna förlust på betydligt större och kostsammare konton. Trafikverket har på grund av föreskrifterna antagit anbud som är 17 (Lycksele), 14,5 (Sundsvall) respektive 2,5 (Piteå) procent högre än bolagets. Bolaget hade vunnit upphandlingarna även om det offererat ett 14 622 kr (Lycksele), 26 092 kr (Sundsvall) respektive 88 841 kr (Piteå) högre pris avseende konto 81.133 (*Snöröjning GC-vägar*). Dessa summor har utgjort 0,01 (Lycksele), 0,1 (Sundsvall) respektive 0,5 (Piteå) procent av bolagets totala anbud. Även dessa omständigheter visar de helt orimliga och oproportionerliga effekterna föreskrifterna och tillämpningarna av dessa fått.

Trafikverket har anfört att begränsningen av anbudsgivarnas möjlighet att sprida priserna allt för mycket mellan snöröjning och halkbekämpning är motiverat av trafiksäkerhetsskäl. Besiktning av om snöröjning eller halkbekämpning verkligen utförs låter sig inte praktiskt göras varför det återstår att skapa tillräckliga incitament för att detta görs. Entreprenörer som, efter spekulation i viss typ av vinterväder, lagt ett allt för lågt pris på antingen snöröjning eller halkbekämpning, har inget fullgott incitament att utföra nödvändiga åtgärder på grund av den större diskrepansen mellan vad denne budgeterat och den verkliga kostnaden.

Förvaltningsrätten konstaterar att proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören

Enhet 2

eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

De aktuella upphandlingarna avser drift och underhåll av vägar. Trafikverket har enligt vad som framkommit haft för avsikt att begränsa prisspridningen mellan snöröjning och halkbekämpning för att ge anbudsgivare fullgott incitament att företa såväl den ena som den andra åtgärden oavsett vinterutfall. I enlighet med vad bolaget anfört kan dock åtgärdens effektivitet ifrågasättas eftersom den inte förhindrar att låga pris offereras för såväl den ena som den andra åtgärden. Förvaltningsrätten finner därför att det uppställda kravet är oproportionerligt och meddelat i strid med LOU. En konsekvens av att Trafikverket valt som skall-krav en oproportionerlig prisspridningsmodell är att bolaget uteslutits från utvärderingen. Bolaget, som obesträtt uppgett att de lämnat lägst anbud, har således lidit, eller har i vart fall riskerat att lida skada till följd av detta. Förvaltningsrätten anser inte att det är tillräckligt att göra en bedömning av ett individuellt förhållande (jfr. Kammarrätten i Jönköping mål nr 2808-10) utan överträdelsen av LOU får snarare anses hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Enhet 2

Upphandlingen bör därför göras om.

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



Anna Önell

rådman