



**LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN**

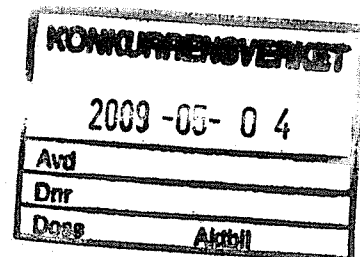
DOM
2009-04-29
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
483-09 E

SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-8122
Margretetorpsvägen
260 92 Förslöv

Ombud: Johan Nilsson
Peab AB
Box 808
169 28 Solna



MOTPART

1. Uppsala kommun, Kommunledningskontoret
Upphandling
753 75 Uppsala

2. Knivsta kommun
Kommunalteknik
741 75 Knivsta

Ombud: Stadsjuristen Mats Sandmark
Kommunledningskontoret, Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling avseende beläggningsarbeten 2009-2011,
dnr GTN-2008-1479

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller ansökan och förklarar, med upphävande av Uppsala kommuns och Knivsta kommuns tilldelningsbeslut den 6 mars 2009, att kommunerna inte får avsluta upphandlingen förrän rättelse av upphandlingen har skett i form av en ny anbudsutvärdering utan beaktande av NCC Roads AB:s anbud.

Länsrätten avvisar yrkandet om vittnesbevisning.

Dok.Id 44404

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: lansratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:25

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut den 16 mars 2009.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Peab Asfalt AB, 556098-8122, (bolaget) begär överprövning av Uppsala kommuns och Knivsta kommuns (kommunerna) upphandling avseende beläggningsarbeten 2009-2011. Bolaget yrkar i första hand att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet samt besluta att utvärderingen ska göras om utan beaktande av NCC:s anbud. Bolaget yrkar i andra hand att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet samt besluta att utvärderingen av underkriterierna A4 "Arbetslag/yrkesarbetare, F2 "Säkerhet på väg" samt B2 "Produktion av asfaltmassor" ska ske utifrån de förutsättningar som kommunen föreskrivit i förfrågningsunderlaget. Bolaget yrkar, i det fall bolagets två första yrkanden lämnas utan bifall, att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet samt besluta att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför som stöd härför bland annat följande. I ett tilldelningsbeslut den 27 februari 2009 informerade Uppsala kommun (kommunen) bolaget om att kommunerna hade beslutat att tilldela bolaget uppdraget utföra entreprenaden asfaltbeläggningar 2009-2011. I ett nytt rättat tilldelningsbeslut vilket bolaget erhöll via e-post den 6 mars 2009 meddelade kommunerna att de hade beslutat att tilldela NCC uppdraget utföra entreprenaden. Bolaget har upptäckt flera felaktigheter avseende upphandlingen. Kommunerna har bland annat underlåtit att förkasta NCC:s anbud trots att NCC:s anbud inte uppfyller av kommunerna uppställda skall-krav. Om kommunerna inte hade tagit upp NCC:s anbud till utvärdering eller utfört utvärderingen på ett korrekt sätt skulle bolaget ha tilldelats entreprenaden.

Bolaget anför vidare. I det förfrågningsunderlag som kommunerna tillhandahöll de presumtiva anbudsgivarna ingick så kallade administrativa före-

skrifter (AF). I AF punkt AFC.631, med rubriken "Säkerhet till beställaren", angavs följande.

E ska ställa säkerhet enligt AB 04, kap. 6, § 21 som kan godkännas av B och om så kräver vid varje säsong. Säkerhet ska utgöras av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank. I anbudet ska framgå vilken typ av säkerhet E ämnar lämna. Kostnaden för säkerheten ska ingå i anbudssumman.

I NCC:s anbud angavs att säkerhet skulle lämnas i form av moderbolagsborgen. NCC:s anbud uppfyllde således inte det av kommunerna uppställda skall-kravet att säkerhet skulle lämnas i form av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank. Att kommunerna trots detta upptog NCC:s anbud till prövning står i strid med såväl LOU kap. 1 § 9 som de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. Om kommunerna hade förkastat NCC:s anbud skulle bolaget ha tilldelats entreprenaden. Till följd av felaktigheterna i upphandlingen har bolaget således lidit eller riskerar i vart fall att lida skada.

Bolaget anför vidare. Nu aktuell upphandling torde vara ett ärende där rättelse är en lämplig åtgärd. Görs upphandlingen om riskerar således den anbudsgivare som avgivit det korrekta anbudet med lägst pris att drabbas av just en sådan skada som rättelsemöjligheten är avsedd att förhindra. Avsikten med rättelsemöjligheten är således att "man ska ingripa innan någon faktiskt skada uppkommer", prop. 1992/93:88 s 101. Följaktligen bör bolagets yrkande om ändring bifallas. Det bör tilläggas att det sedan meddelandet av domen i mål C -92/00;REG 2002 s. I 5553 ("Krankenhaustechnik"), vars utgång bekräftats i Regeringsrättens dom 2005-12-23 i mål 5270-04, står klart att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran, det vill säga att avbryta en upphandling, ska kunna överprövas. En konsekvens av detta måste vara att domstolar inte ska bortse från rättelsemöjligheten och förordna att upphandlingar ska göras om, försåvitt det inte finns några konkreta brister i förfrågningsunderlaget, den upphandlande enhetens agerande eller några andra skäl som är av det slag att ett sådant domslut

är påkallat. Utgångspunkten bör med andra ord, med hänsyn till innehållet i nyss nämnda domar, alltid vara att rättelse ska ske såvida det inte finns några skäl som talar häremot. Bolaget åberopar vidare vittnesförhör med NCC:s maskinansvarige Lorentz Lundqvist. Förhöret åberopas till styrkande av att NCC:s verk i Arlanda är äldre än 10 år.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. NCC har accepterat de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget Administrativa föreskrifter AFC.631 "Säkerhet till beställaren" om att entreprenören ska ställa säkerhet till beställaren enligt AB 04 6 kap. 21 §. NCC har därutöver som alternativ erbjudit kommunerna moderbolagsborgen. Moderbolagsborgen uppfyller de krav som uppställs i AB 04 6 kap. 21 §, varför även denna säkerhet uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget. NCC har därigenom uppfyllt kravet på säkerhet till beställaren. Kommunerna har således gjort en korrekt bedömning av vilka anbud som ska utvärderas. Det saknas mot denna bakgrund skäl för länsrätten att besluta om ingripande enligt LOU.

Bolaget anför i yttrande bland annat följande. I AF punkt AFC.631 angavs följande. "E ska ställa säkerhet enligt AB 04, kap 6 § 21 som kan godkännas av B och om så kräver vid varje säsong. Säkerhet ska utgöras av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank. I anbudet ska framgå vilken typ av säkerhet E ämnar lämna. ...". En tolkning av ordalydelsen i AFC.631 kan inte ge annat resultat än att den säkerhet som ska lämnas ska bestå av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank samt att anbudsgivare i anbudet ska ange vilken typ av säkerhet som denne ämnar lämna. NCC:s anbud innehöll följande skrivning. "Som säkerhet enligt AFC.631 erbjuder vi moderbolagsborgen ". En tolkning av ordalydelsen i denna skrivning kan inte uppfattas på annat sätt än att NCC istället för att lämna föreskriven säkerhet i form av moderbolagsborgen åtar sig att tillhandahålla en moderbolagsborgen. NCC har således inte uppfyllt skall-kravet i AFC.631.

Kommunernas hänvisning till AB 04 kap. 6 § 21 saknar relevans. Skälet är att regeln ifråga inte innehåller något sådant krav på säkerheter som kommunerna synes göra gällande, vilket torde vara skälet till att kommunerna - såsom ofta sker vid upphandlingar avseende entreprenader - uppställde ett skall-krav avseende bankgaranti eller kreditförsäkring i AFC.631. Moderbolagsborgen är inte, såsom kommunerna gör gällande, jämförbar med de säkerheter som föreskrivits i AF.

Kommunerna anför i yttrande att nytt tilldelningsbeslut fattats den 27 mars 2009. I det nya tilldelningsbeslutet tilldelas bolaget upphandlingen varför kommunen anser att ansökan om överprövning torde kunna avskrivas.

Bolaget anför i yttrande att det är riktigt att bolaget tilldelats kontraktet men att NCC ansökt om överprövning av detta tilldelningsbeslut, länsrättens mål nummer 639-09. Av vad bolaget anfört i föreliggande mål går det inte att dra en annan slutsats än att NCC:s anbud borde ha förkastats samt att NCC:s anbud under inga omständigheter kan bedömas som ekonomiskt mer gynnsamt än bolagets anbud. NCC:s talan i mål nummer 639-09 bör således lämnas utan bifall och vid ett sådant domslut kan bolagets talan i föreliggande mål, med hänsyn till att kommunerna har rättat det tilldelningsbeslut som bolaget begärt överprövning av, avskrivas från vidare handläggning.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I AB 04 6 kap. 21 § anges bland annat följande. Om part enligt kontraktshandlingarna är skyldig att ställa säkerhet för sina förpliktelser, ska säkerhet lämnas till motparten inom två veckor efter det att avtal har träffats. Den säkerhet som beställaren ställer ska, om inte annat föreskrivits i kontraktshandlingarna, gälla för ett belopp om tio procent av kontraktssumman.

Länsrättens bedömning

Peab Asfalt AB begär överprövning av Uppsala kommuns och Knivsta kommuns upphandling avseende beläggningsarbeten 2009-2011. Bolaget yrkar i första hand att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet samt besluta att utvärderingen ska göras om utan beaktande av NCC:s anbud. Som grund härför anför det att NCC inte uppfyllt samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. NCC har inte uppfyllt kravet om säkerhet genom bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank då NCC i sitt anbud angett att det ställer moderbolagsborgen som säkerhet. I de administrativa föreskrifterna punkt AFC.631 anges följande. E ska ställa säkerhet enligt AB 04, 6 kap. 21 § som kan godkännas av B och om så kräver vid varje säsong. Säkerhet ska utgöras av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank. I anbudet

ska framgå vilken typ av säkerhet E ämnar lämna. Bolaget anser att en tolkning av ordalydelsen i AFC.631 inte kan ge annat resultat än att den säkerhet som ska lämnas ska bestå av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank samt att anbudsgivare i anbudet ska ange vilken typ av säkerhet som denne ämnar lämna. NCC:s anbud innehöll följande skrivning. Som säkerhet enligt AFC.631 erbjuder vi moderbolagsborgen. Bolaget anser vidare att en tolkning av ordalydelsen i denna skrivning inte kan uppfattas på annat sätt än att NCC istället för att lämna föreskriven säkerhet i form av moderbolagsborgen åtar sig att tillhandahålla en moderbolagsborgen. Kommunen anser att NCC accepterat de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter AFC.631 om att entreprenören ska ställa säkerhet till beställaren enligt AB 04 6 kap. 21 §. NCC har därutöver som alternativ erbjudit kommunerna moderbolagsborgen. Moderbolagsborgen uppfyller de krav som uppställs i AB 04 6 kap. 21 §, varför även denna säkerhet uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget.

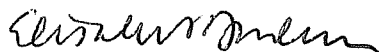
Av handlingarna i målet framgår att det i de administrativa föreskrifterna ställs krav på entreprenören att säkerhet ska ställas enligt AB 04 6 kap. 21 §. Nämnda paragraf tar inte sikte på vilken typ av säkerhet som entreprenören ska ställa till beställaren. Kommunerna har vidare i de administrativa föreskrifterna angett att säkerhet ska utgöras av bankgaranti eller kreditförsäkring i svensk bank. Länsrätten anser mot bakgrund av detta att NCC inte har uppfyllt det skall-krav om ställande av säkerhet som anges i de administrativa föreskrifterna. Moderbolagsborgen kan inte likställas med bankgaranti eller kreditförsäkring från bank, jämför Svea Hovrätts dom den 24 november 2008 i mål nummer 617-08. Länsrätten finner således att kommunerna förfarande att inte förkasta NCC:s anbud i upphandlingen strider mot principen om likabehandling.

Länsrätten finner mot bakgrund av det ovanstående att det är visat att kommunernas förfarande i upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU. På grund

härav och då bolaget kunnat komma att lida skada av förfarandet, ska ansökan om överprövning av upphandlingen bifallas enligt 16 kap. 2 § LOU på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts.

Då länsrätten bifaller bolagets talan på denna grund finns det inte skäl att pröva bolagets övriga yrkanden. Länsrätten finner med hänsyn till denna utgång i målet att bolagets vittnesförhör med Lorentz Lundqvist är obehövligt.

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



Elisabet Andersson

rådman

AL