



**LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN**

DOM
2009-06-12
Meddelad i
Jönköping

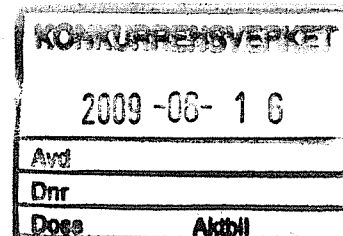
Mål nr
862-09 E
Rotel 3

SÖKANDE

Holst Åkeri AB, 556069-3805
Box 119
576 23 Sävsjö

MOTPART

Sävsjö kommun
576 80 Sävsjö



Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sävsjö kommun inbjöd till att lämna anbud avseende kommunens behov av grus, sand och bergmaterial för viss avtalstid. Upphandlingen omfattade även leverans och spridning av grus- och bergmaterial på enskilda vägar där kommunen är väghållare. Vägarnas längd uppgår till ca 30 mil. Ramavtal skulle tecknas för perioden 30 april 2009 – 31 mars 2012 med möjlighet till ett års förlängning. Vidare angavs bl.a. att det var en öppen upphandling och kvalitetskrav enligt ATB VÄG 2005 (i fortsättningen ATB) gällde. Anbudsgivare skulle genom dokumentation visa att dessa krav var

Dok.Id 54709

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Ö Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00
E-post: lansrattenijonkoping@dom.se
www.lansrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

uppfyllda. Tre anbud lämnades och genom tilldelningsbeslut den 8 april 2009 utsågs NCC Roads AB till leverantör. Det bolagets anbud hade bedömts vara det enda av de tre som uppfyllde Sävsjö kommuns kravspecifikation.

Holst Åkeri AB har begärt överprövning och yrkat att länsrätten interimistiskt förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Länsrätten har genom beslut den 23 april 2009 meddelat sådant interimistiskt förordnande.

Holst Åkeri AB anför i huvudsak följande till stöd för sin begäran om överprövning. För att visa att ställda kvalitetskrav uppfylls har till anbudet bifogats en kvalitetskontroll avseende stenmaterial utfärdad av SVEVIA den 2 februari 2008. Intyget visar att stenmaterial från bolaget är godkänt då fördelning av kornstorlek enligt kurvan ligger inom gällande gränsvärden. Såvitt gäller bärlager för grusvägar framgår av ATB punkt E12.2.1 att "samtliga inköpta material ska vara deklarerade enligt SS-EN 13242 - Ballast för obundna och hydrauliskt bundna material till väg och anläggningsbyggande - med tillverkarförsäkran enligt avsnitt A8. 1.2.3 (system 4) i ATB och enligt SS-EN 13285 - Obundna byggnadsmaterial, Specifikation." I punkten A8. 1.2.3 som hänvisas till anges att det är tillverkaren själv, dvs. bolaget som svarar för provning och kontroll av det material som ska levereras. Bolaget har utfört kontroll och provning i enlighet med ställda krav. Med nämnda system 4 avser ATB bestyrkande av produkter enligt byggproduktdirektivet enligt punkten A8.1.4. Med hänvisning till att upphandlingen enligt kommunens egna uppgifter avser material till grusvägar menar bolaget att det genom intyget från SVEVIA har visat att det ställda kvalitetskravet är uppfyllt. Av tilldelningsbeslutet framgår inte på vilken grund Sävsjö kommun gör gällande att bolaget inte uppfyller ställda kvalitetskrav. Det synes dock som om kommunen i sin utvärdering har

tagit hänsyn till andra krav som ställs på tillverkaren enligt ATB än de krav som kan ställas i det aktuella fallet, när det handlar om leverans av material till grusvägar. Om kommunen utöver kraven på material för grusvägar på något sätt även skulle ha beaktat sådana krav på tillverkningskontroll av material, som i vissa andra situationer är föreskrivna enligt ATB, så innebär det att kommunens agerande strider både mot principen om förutsebarhet (transparens) och principen om proportionalitet. Bolaget har visat att ställda "skall-krav" för leverans av material till grusvägar uppfylls. Det finns därmed förutsättningar att bifalla bolagets yrkanden. Med hänvisning till de brister i utvärderingen som föreligger genom att bolaget har uteslutits ur upphandlingen på felaktiga grunder är det i första hand bolagets uppfattning att länsrätten ska förordna att rättelse ska göras innebärande att en ny utvärdering ska ske där även bolagets anbud beaktas. I andra hand är det bolagets uppfattning att den omständigheten att upphandlingen bryter mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU) innebär att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Sävsjö kommun motsätter sig bifall till det Holst Åkeri AB yrkar och anför följande. Att upphandlingen endast avsåg material som ska användas till bärlager för grusvägar är inte riktigt och var bolaget har fått den uppgiften ifrån förstår kommunen inte. Dessutom har bolaget lämnat pris på allt material som har efterfrågats, även sådant som inte avser bärlager, varför påståendet ter sig än märkligare. Under alla omständigheter saknar detta förhållande betydelse för den aktuella upphandlingen. Kommunen medger att motiveringen i tilldelningsbeslutet till varför bolaget inte bedömdes klara kvalificeringskravet borde ha varit mer utförlig. Det bestrids dock att kommunen skulle ha tagit hänsyn till andra krav på tillverkaren än de som anges i ATB vid leverans av material till grusvägar. Bedömningen att bolaget inte uppfyller kvalificeringskraven vidhålls på följande grunder. I förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudet ska visa dokumentation att krav enligt ATB uppfylls. Som intyg härför har bolaget i sitt anbud bi-

fogat en materialkurva för obundet bärlager som de anser uppfylla kornkurvekraven enligt ATB, avsnitt E12.2 Bärlager till grusvägar. Till stöd för påståendet att bolaget uppfyller kvalitetskravet har till anbudet bifogats ett intyg från SVEVIA. Av intyget framgår att kontrollen avser kornstorleksfördelningen för bärlager till vägar med obundet slitlager. Den materialkurva som bolaget har bifogat sitt anbud uppfyller inte krav på kornstorleksfördelning för inköpt bärlager till grusvägar vid jämförelse med kraven citerade ur ATB avsnitt E12.2.2.1.1.4. Gällande gränsvärden för krav på kornstorleksfördelningen vid fabrik för inköpt bärlagermaterial uppfylls inte, varför anbudet redan på denna grund inte togs upp till värdering, helt i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivet krav. Enligt bolagets egen inlägga till länsrätten gäller för inköpt bärlagermaterial att det ska vara deklarerat enligt av bolaget redovisat innehåll i avsnitt E12.2.1 i ATB. Av det som anges däri framgår att samtliga krav på materialegenskaper ska deklarerars. Bolaget har endast deklarerat kornstorleksfördelningen, men inte krossytegrad, nötningsegenskaper (micro Deval-värdet) finmaterialkvalitet, överkorn och organisk halt. Bolaget är således även med hänsyn härtill diskvalificerat.

Holst Åkeri AB svarar följande. I anbudsinbjudan angavs under punkt 3.2 att "Dokumentation som visar att krav enligt ATB uppfylles" skulle bifogas anbudet. Det är påstådda brister på denna punkt som Sävsjö kommun numera åberopar som grund för sitt uteslutande av bolaget. Det anges dock inte någonstans i anbudsinbjudan närmare vilka krav enligt ATB som anbudsgivare skulle uppfylla. Det måste då konstateras att detta är ett dokument på inte mindre än 529 sidor som är fyllda med ett stort antal krav avseende flera olika situationer som helt eller delvis saknar betydelse i den aktuella upphandlingen. Enligt bolagets förmenande så uppfyller bolaget samtliga de relevanta krav enligt ATB som kan ställas på en leverantör av grus, sand och bergmaterial, dvs. omfattningen av den aktuella upphandlingen och detta är även väl känt för företrädare för Sävsjö kommun. Om

bolaget från början hade känt till de krav som kommunen först nu i sitt yttrande anför att de kräver dokumentation på, hade sådan dokumentation kunnat ges in i samband med anbudet. Den materialkurva som gavs in och avser provtagning på utlagt material på väg uppfyller kraven i tabell E12.2-2 i ATB. För det fall Sävsjö kommun verkligen menar att samtliga krav ur alla upptänkliga hänseenden i det 529 sidor långa dokumentet ATB ska vara uppfyllda för att en leverantör ska kunna antas så är det bolagets uppfattning att detta står i uppenbar strid med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om proportionalitet. Det saknas lagliga förutsättningar för Sävsjö kommun att kräva att anbudsgivarna ska uppfylla en mängd icke relevanta krav för den aktuella upphandlingen. För det fall Sävsjö kommun i stället menar att det endast är en del av kraven enligt det 529 sidor långa dokumentet ATB som ska vara uppfyllda för att en leverantör ska kunna antas så är det bolagets uppfattning att detta i stället står i uppenbar strid med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om förutsebarhet och transparens. Sävsjö kommun hade i det fallet haft en skyldighet att klart och tydligt i anbudsinvjudan ange vilka krav enligt ATB som ska vara uppfyllda. Slutsatsen kan därmed inte bli annan än att oavsett om Sävsjö kommun har krävt uppfyllande av samtliga krav enligt ATB eller endast några speciella krav så har kommunen genom sitt agerande brutit mot regeln enligt 1 kap. 9 § LOU, antingen genom att kommunen har åsidosatt kravet på proportionalitet eller genom att kommunen har åsidosatt kravet på transparens. Därmed föreligger det även förutsättningar för länsrätten att bifalla yrkandet att upphandlingen ska göras om.

Sävsjö kommun vidhåller det som har anförts och framhåller sammanfattningsvis följande. De krav ur ATB som ska uppfyllas är de krav som avser föremålet för upphandlingen och som är relevanta för den. Det råder inget tvivel om att efterfrågad dokumentation ska gälla inköpt material, eftersom hela förfrågan gäller enbart leverans av material och inte utläggning av färdigt lager. Vissa delar av materialet ska levereras utspritt på väg. Detta

framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Uppenbarligen förstod Holst Åkeri AB att avsnitt 12 i ATB var tillämpligt. Vilka krav som gällde har alltså stått helt klart för bolaget. Det är då svårförståeligt att bolaget ändå har lämnat in ett anbud som inte uppfyller kraven och inte verifieras genom deklARATIONER och intyg m.m. Bolaget påstår att det i deras anbud finns dokumentation på utlagt bärlagermaterial på väg som uppfyller kraven enligt tabell E12.2-2 i ATB. Tabellkraven avser dock bärlagermaterial från provtaget på färdigt lager. Den till anbudet fogade dokumentationen är således inte relevant, eftersom den avser färdigt lager och inte inköpt och levererat material, som förfrågan gäller. Kommunen har inte lagt till några nya krav som bolaget påstår utan ställda krav framgår av förfrågningsunderlaget. Några icke relevanta krav i strid mot proportionalitetsprincipen har inte ställts och sådana krav har inte heller legat till grund för diskvalificeringen. De krav som ska uppfyllas för inköpt och levererat slitlager, bärlager samt förstärkningslager är tydligt framställda i ATB genom dess avsnittsindelning och rubricering på varje avsnitt. Avsnitt E12 rubriceras "Överbyggnadsmaterial till grusvägar" och kravställer obundet slitlager, bärlager samt förstärkningslager för vägar med grusslitlager. Anbudsförfrågan gäller bl.a. inköp och leverans av dessa material. Varje initierad anbudsgivare som läser i anbudsförfrågan att krav enligt ATB ska uppfyllas, inser utan svårighet att kraven som efterfrågas återfinns enligt innehållsförteckningen för ATB under sina respektive underavsnitt i E12. De egenskaper som kravställs och ska deklarerats enligt ATB:s avsnitt E12 för inköpt material är väl definierade och angivna i underrubriker för inköpt material till slitlager, bärlager respektive förstärkningslager. Kravställda egenskaper för respektive material i avsnitt E 12 är kornkurva för krossytegrad, nötningsegenskaper, finmaterialkvalitet, överkorn och organisk halt. Kraven på kornkurva för inköpt och levererat material är redovisade i avsnitt E12 i tabell E12.2-1 och för färdigt lager i tabell E12.2-2. Det är fullt klart att förfrågan inte omfattar färdigt lager, varför det är irrelevant att i anbud dokumentera att krav är uppfyllda enligt ATB tabell E12.2-2. Övriga materialkrav utöver

kornkurvan har inte alls deklarerats i anbudet. Det bestrids vidare att principen om förutsebarhet och transparens har överträtts som påstås. Holst Åkeri AB:s argumentation är i detta avseende orimlig och länsrätten ska enligt Sävsjö kommuns uppfattning inte fästa något avseende vid denna. Sävsjö kommun har tydligt angett kvalitetsnormen och hur denna ska verifieras av anbudsgivaren. Holst Åkeri AB förstod enligt egen utsago vilka de relevanta kraven var, men mäktade inte med att verifiera dessa i sitt anbud. Det har inte kunnat missförstås att det är de krav i normkomplexet som är relevanta för den aktuella upphandlingen som ska uppfyllas och inga andra. Om länsrätten skulle anse att Sävsjö kommun skulle vara tvungen att i detalj ange vilka specifika krav i ATB som gällde, skulle det i konsekvensens namn inte vara möjligt att vid upphandlingar ange generella kvalitetsnormer för det som ska upphandlas, såsom t.ex. Vägverkets eller Banverkets normer, utan att räkna upp allt som relevant eller undanta allt som inte är relevant. Inte heller skulle hänvisning kunna ske till normativa föreskrifter med författningsstatus, exempelvis författningssamlingar från myndigheter (t.ex. Boverket och Banverket) utan att i detalj undanta allt som inte är relevant eller explicit uppräknat allt som är relevant. Någon som helst otydlighet om vilka krav i ATB som skulle uppfyllas och hur kravuppfyllelsen skulle bevisas har inte förelegat och Holst Åkeri AB:s påståenden bär även i detta avseende prägel av en efterhandskonstruktion.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att 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 har lidit eller kan komma att lida

skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I det krav på affärsmässighet som finns ligger att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principerna om affärsmässighet och transparens (förutsebarhet och öppenhet). Av förfrågningsunderlaget ska framgå de krav som ovillkorligen måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna antas. Ett anbud som inte uppfyller samtliga sådana krav får inte antas, eftersom det skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär.

Länsrätten gör följande bedömning.

Även om förfrågningsunderlaget inte har varit, som Regeringsrätten uttrycker det i det redovisade avgörandet, optimalt utformat har det varit tillräckligt preciserat för att inte strida mot de gemenskapsrättsliga principerna. I förfrågningsunderlaget hänvisas vad avser de kvalitetskrav som skulle

gälla till ATB. Med hänsyn till vad den offentliga upphandlingen har avsett instämmer länsrätten i det kommunen har anfört vad avser att det då är avsnitt E 12 i ATB som är relevant, även om det inte uttryckligen har angetts. Av det kommunen har anfört i målet framgår att Holst Åkeri AB inte har inkommit med sådana handlingar som visar att de uppfyller de krav i nämnda avsnitt som är relevanta för den upphandling målet avser. Bolaget har således inte uteslutits på felaktiga grunder. Ansökan ska avslås.

Länsrätten har den 23 april 2009 meddelat interimistiskt beslut. Det beslutet ska upphävas varvid gäller det som anges i 16 kap. 1 § tredje stycket punkten 2 LOU.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam

