



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-09-11
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4255-12

SÖKANDE

Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

Katrineholms Kommun, Upphandlingsenheten
641 80 Katrineholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-09-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Noxab i Malmö AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 24 augusti 2012 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 93723

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Katrineholms kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd *Digitala skyltar och anslutningsvägar KS/2012:284-052* som avser uppställning av två digitala tavlor intill väg, utanför vägområde. En skylt ska sättas upp invid väg 55 mot Katrineholm österifrån, och en skylt invid vid väg 55 söderifrån. Arbetet innefattar även anläggande av en serviceplan med direkt anslutning till väg 55 vid ena skylten, samt en serviceplan med en ca 55 meter lång serviceväg för den andra vägen. Upphandlingen sker enligt förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och genomförs i form av en totalentreprenad. Något tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats.

Noxab i Malmö AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget att – även om rätten bifaller bolagets talan – prövar huruvida de administrativa föreskrifter som kommunen använt sig av, är förenliga med i målet aktuell upphandling.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Kommunen har valt att upphandlingen ska genomföras som en totalentreprenad, vilket strider mot bestämmelserna i LOU. Upphandlingen utgör inte en entreprenad överhuvudtaget, utan inköp av en vara. Förutom de digitala skyltarna, ska en kortare vägsträcka anläggas fram till skyltarna. Vägen ska bestå av olika typer av bärlager, och eldragning ska även genomföras fram till skyltarna. Det måste dock anses ostridigt i målet att det är de digitala skyltarna som är huvudföremålet för den aktuella upphandlingen. Hade man inte upphandlat tavlorna, hade det inte varit aktuellt med några mark- eller grundarbeten. Digitala informationstavlor kan heller inte

anses avse installation av belysnings- och signalsystem till väg, dvs. innefatta *andra bygginstallationer* enligt LOU (bilaga 1, punkten 45.34). Vidare utgör de kostnader som inte är kopplade till själva varan (dvs. de digitala skyltarna) endast en mindre del av det totala priset för entreprenaden. Den eventuella kostnaden för skyltbärare, fundament, enkla vägar av bärager och diverse andra kringkostnader kan inte anses vara i närheten av att kunna uppnå mer än 50 procent av det totala priset, vilket krävs för att upphandlingen ska kunna betraktas som en entreprenad. Eftersom kommunen har använt sig av fel upphandlingsform, ska inte ett förenklat förfarande tillämpas. Summan av arbetet uppgår till ett belopp som betydligt överstiger tröskelvärdet varför 15 kap. LOU inte är tillämpligt.

Upphandlingen avser ett varukontrakt, vilket innebär att kommunen hänvisar till fel upphandlingsföreskrifter. De av kommunen återopade upphandlingsföreskrifterna AMA AF 07 och ABT 06 är specifikt utformade för just byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. Att kommunen använt dessa föreskrifter strider mot proportionalitetsprincipen eftersom upphandlingen avser inköp av varor.

Skallkraven i en upphandling måste ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Vad avser både ställda miljökrav och krav på ekonomisk säkerhet enligt förfrågningsunderlaget AFD.631 samt försäkring under garantitiden enligt AFD.541 är dessa krav anpassade till entreprenadbranschen. De aktuella miljökraven i kommunens upphandling står direkt i strid med proportionalitetsprincipen och LOU, då dessa krav endast uppställs vid byggentreprenader. Det är inte förenligt med LOU att som kvalificeringskrav kräva att en anbudsgivare har ett miljöledningssystem vid upphandlingen av en vara, som i sig inte har någon miljöpåverkan. Den ekonomiska säkerheten ska baseras på ett belopp motsvarande tio procent av kontraktssumman och ska utgöras av en bankgaranti som ska vara bunden under garantitiden som är fem år. Det

innebär att vinnande anbudsgivare tvingas att låsa den största delen av vinsten i mer än fem år, och förutom ränteförlusten, inte ges möjlighet till att investera vinsten i andra projekt. Detta fungerar säkert i entreprenadbranschen, men inte när det gäller digitala informationsskyltar där täckningsgraden oftast ligger på tio–tjugo procent. Vidare finns det ingen anledning till att det ska ligga på anbudsgivaren att ha gällande allrisk- och ansvarsförsäkring på mångmiljonbelopp som ska gälla i fem eller tio år när det gäller varuinköp av informationsskyltar.

Bolaget har inte kunnat lämna ett adekvat anbud i upphandlingen då kommunen valt fel upphandlingsform, flera delar i förfrågningsunderlaget är vilseledande och uppställda krav är ytterst oproportionerliga.

Kommunen

Upphandlingen är en totalentreprenad, då föremålet för den omfattar *mark- och grundarbeten* enligt LOU (bilaga 1, punkten 45.1). Detta styrks både av omfattningen av markarbetena, samt det underlag som kommunens konsult redovisat i ”Markteknisk undersökningsrapport, MUR/Geoteknik”.

Om rätten inte finner att upphandlingen omfattar mark- och grundarbeten enligt LOU är upphandlingen att betrakta som andra bygginstallationer enligt LOU (bilaga 1, punkten 45.34) då arbetena i vart fall omfattar installation av belysnings- och signalsystem till vägar. Det finns inte angivet någon begränsning av vad ”ljus och signalsystem för väg” innefattar. Digitala tavlor kan innefattas i begreppet, oavsett om det tolkas restriktivt eller utifrån skrivningens syfte med att tillåta entreprenader vid uppförandet av ljus- och signalsystem på väg.

Eftersom totalentreprenad har tillämpats är det logiskt att upphandlingsform och val av avtalsform följer samma linje. Kraven i upphandlingen strider därmed varken mot proportionalitetsprincipen, eller transparensprincipen. Vad avser det bolaget anför om garantitider kan konstateras att

stadgandet om garantitid i ABT 06 är dispositiv och därmed förhandlingsbar. Vad bolaget har anfört i målet utgör inte grund för att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

Med *varukontrakt* avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett tjänstekontrakt enligt 18 § andra stycket. Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

Med *byggtreprenadkontrakt* avses enligt 2 kap. 3 § LOU ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

Bilaga 1 till LOU anges en förteckning av byggtreprenadkontrakt där bl.a. följande framgår.

45.1 Mark- och grundarbeten

45.11 Rivning av hus; markarbeten

Omfattar:

- rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar
- röjning av byggplatser
- markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc.
- iordningställande av gruvarbetsplatser: avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler

45.3 Bygginstallationer

45.34 Andra bygginstallationer

Omfattar:

- installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar
- installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

15 kap. LOU tillämpas, enligt 1 kap. 2 § andra stycket 2 LOU, ifråga om offentlig upphandling som avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen. Bestämmelser om tröskelvärden finns i 3 kap. 1 § LOU och i tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Av dessa bestämmelser framgår bl.a. att tröskelvärdet för varor som upphandlas av en annan myndighet än en central statlig myndighet är 1 897 540 kr. Tröskelvärdet för byggentreprenad i liknande fall är 47 438 500 kr.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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 har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kommunen har genomfört den i målet aktuella upphandlingen som en upphandling av en byggentreprenad med tillämpning av ett förenklat upphandlingsförfarande enligt 15 kap. LOU.

Föremålet för upphandlingen

Förvaltningsrätten har i första hand att ta ställning till om föremålet för den aktuella upphandlingen är ett varukontrakt eller ett byggtreprenadkontrakt.

Gränsdragningen mellan ett varukontrakt och ett byggtreprenadkontrakt får avgöras utifrån vad som är det överordnade inslaget i upphandlingen, dvs. vad som är huvudföremålet för upphandlingen (se Falk, 2011, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl. s. 138-139).

Enligt förfrågningsunderlaget AFA.21 och AFD.1 omfattar upphandlingen uppsättande av två digitala tavlor intill väg, utanför vägområde. Vidare ska en serviceplan anläggas med direkt anslutning till den ena vägen invid den ena skylten, samt en serviceplan med en ca 55 meter lång serviceväg för den andra skylten. När det gäller orienteringen och syftet med upphandlingen framgår det bl.a. av AFA.2 att det pågår ett byggprojekt av en förbifart där tung trafik kommer att ledas runt Katrineholm och att det därför kommer att bli viktigare att ha effektiva och strategiska informationsmöjligheter riktade till passerande trafikanter.

Vid en helhetsbedömning av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att huvudföremålet för aktuell upphandling måste anses vara de två digitala tavlorna. Något sådant föremål, eller installering eller montering av sådana, finns inte med i uppräknningen av byggtreprenader i bilaga 1 till LOU. Upphandlingen avser därför inte ett byggtreprenadkontrakt, trots att byggtjänster av viss omfattning omfattas, utan ett varukontrakt enligt 2 kap. 21 § LOU.

Upphandlingsförfarande

Frågan blir då om kommunen haft rätt att tillämpa ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU.

Bolaget har anfört att det totala värdet av upphandlingen ligger betydligt över tröskelvärdet för varuupphandlingar, dvs. 1 897 540 kr. Kommunen har i målet inte bemött denna uppgift och det framgår inte av övrig utredning i målet vilket värde upphandlingens kontrakt kan beräknas uppgå till.

Tillämpningen av 15 kap. LOU gäller endast för sådan upphandling som inte omfattas av de regler som ges i upphandlingsdirektiven. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-157/06 Kommissionen mot Italien, p. 23).

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen inte visat att de haft rätt att använda sig av förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU vid aktuell upphandling. Kommunen har därmed brutit mot 1 kap. 2 § andra stycket 2 LOU.

Utformning av förfrågningsunderlag

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunens utformning av förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att AMA AF 07 – *Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för byggnads-, anlägg-*

nings- och installationsentreprenader, och ABT 06 – Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten, gäller för entreprenaden. Bolaget har gjort gällande att dessa föreskrifter inte kan användas vid upphandling som avser varukontrakt.

Enligt förvaltningsrättens mening innebär inte omständigheten att föremålet för upphandlingen är ett varukontrakt, att användande av AMA AF 07 och ABT 06 skulle med automatik vara otillåtet. Vilka krav som den upphandlande myndigheten får ställa i förfrågningsunderlaget får avgöras i varje enskilt fall.

Bolaget har anfört att ställda miljökrav och krav på ekonomisk säkerhet samt försäkring under garantitiden är krav som inte står i rimlig proportion till det som ska upphandlas, då de är anpassade till entreprenadbranschen.

Proportionalitetsprincipen innebär att kraven i förfrågningsunderlaget måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns (se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3477-09).

I AFD.222 ställs krav på att entreprenören ska ha en dokumenterad miljöpolicy och ett miljöledningssystem i enlighet med SS-EN ISO 14001 eller likvärdigt. Vidare ställs som krav i AFD.2222 att entreprenören ska utse en miljöansvarig med erforderlig erfarenhet och kompetens. Denne ska ha ansvar för att tillse att krav m.m. från beställare och tillsynsmyndigheter m.fl. samt lagar och förordningar efterlevs.

I AFD.54 och AFD.541 ställs krav på att försäkring ska tecknas och vidmakthållas under hela garantitiden samt intill dess att fel som antecknats i besiktningsutlåtandet har åtgärdats. Samtliga försäkringar ska medföra skydd enligt gängse svenska försäkringsvillkor och ska minst motsvara "Försäkringsbranschens beskrivning av basomfattning för allriskförsäkring och ansvarsförsäkring för entreprenadverksamhet". Därtill ska entreprenören bl.a. teckna ansvarsförsäkring med försäkringsbelopp för personskada om minst 20 miljoner kr och för sakskada 20 miljoner kr samt för ren förmögenhetsskada 2 miljoner kr. Ansvarsförsäkringen ska inkludera utökat skydd för entreprenör.

I AFD.631 ställs krav på att entreprenören ska ställa säkerhet enligt 6 kap. 21 § ABT 06. Enligt bolaget innebär detta att den ekonomiska säkerheten ska baseras på ett belopp motsvarande tio procent av kontraktssumman och ska utgöras av en bankgaranti som ska vara bunden under garantitiden som är fem år.

Kraven på miljöpolicy och miljöledningssystem (AFD.222) samt att utse en miljöansvarig (AFD.2222) får, enligt förvaltningsrättens mening, anses vara nödvändigt för att uppnå syftet med att säkerställa att företaget har övergripande mål och handlingsprinciper avseende miljö och att dessa upprätthålls. Hänsyn har här tagits till att upphandlingen är ett blandat kontrakt där byggtjänster ingår till viss del, oaktat att de ska betraktas underordnat till inköp av informationsskyltar.

När det gäller kraven på försäkring och ekonomisk säkerhet (AFD.54, AFD.541 och AFD.631) finner förvaltningsrätten emellertid att de är allt för långtgående för att kunna anses vara nödvändiga för att uppnå skydds-syftena. Dessa krav har inte ett naturligt samband med och står inte i rimlig proportion till det som ska upphandlas, där det överordnade inslaget är informationsskyltar och där inslaget av de aktuella byggtjänsterna endast

har en mindre omfattning. Kommunen har inte heller visat att det inte funnits något mindre ingripande alternativ till dessa krav. Utformningen av dessa kvalificeringskrav får i detta avseende anses medföra en konkurrensbegränsning på så sätt att färre företag har ekonomiska möjligheter att lägga anbud i upphandlingen. Kommunen har därmed handlat i strid med proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

Skaderekvisit och val av ingripande

Bolaget har i målet gjort sannolikt att de skulle ha lämnat ett anbud om inte de ovan konstaterade bristerna i upphandlingen förelegat och därmed får bolaget anses ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada.

Mot bakgrund av att upphandlingens brister har påverkat det konkurrens-
uppsökande skedet ska bolagets ansökan bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

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



Maria Uddenfeldt

Föredragande har varit Charlotte Jonasson.