



**LÄNSRÄTTEN
I VÄSTERBOTTENS LÄN**

Föredraganden Kristin Persson

DOM
2009 -11- 27
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1881-09 E
Kansli 3

SÖKANDE

Pastec Sverige AB, 556481-9372
Box 709, 931 27 Skellefteå

Ombud: Advokat Ulf Djurberg & jur kand Caroline Falconer
Setterwalls Advokatbyrå Stockholm AB
Box 1050, 101 39 Stockholm

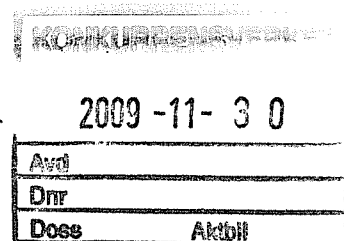
MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

Ombud: Jur kand Hampus Ek
Foyen Advokatfirma
Box 7229, 103 89 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 49492

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: lansrattenivasterbotten@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (kommunen) har upphandlat Bollhall, Kv Guldskrinet, Ny inomhushall. Enligt tilldelningsbesked har Rekab Entreprenad AB tilldelats kontraktet. Upphandlingen har genomförts som öppet förfarande.

Fastec Sverige AB (Bolaget) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att kvalificering och utvärdering görs om samt att anbudet från Rekab Entreprenad AB och OF Bygg KB inte ska kvalificeras.

Länsrätten beslutade den 26 oktober 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Härefter har kommunen beslutat att avbryta upphandlingen.

Bolaget yrkar härvid att kommunens beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

TILLÄMPLIGA 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. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

I ansökan om överprövning anför Bolaget bl.a. följande. Kommunen har i sitt tilldelningsbeslut bortsett från obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget, vilket innebär ett åsidosättande av förfrågningsunderlaget liksom principerna om likabehandling och förutsebarhet. I enlighet med dessa principer skulle anbudet från Rekab och OF inte ha kvalificerats eller utvärderats. Antagandet av annat anbud än Bolagets har därför skett i strid med LOU och har medfört att Bolaget lidit skada. – Umeå kommun meddelade tilldelningsbeslut den 16 oktober 2009. Av detta framgår att Rekab tilldelades avtalet. Av utvärderingsrapporten framgår att Rekab lämnade lägst anbudssumma och erhöll första plats. OF kom på andra plats och Bolaget på tredje plats.

Av utvärderingsrapporten framgår att Rekab har reserverat sig mot tillämpningen av punkt AFD.622 i de administrativa föreskrifterna och mot åtagande avseende sprinklersystem i punkt 3.3 Brandskyddsdokumentationen. I Rekabs anbud anges: ”Beträffande AFD.622 gäller ABT 06 kapitel 6 § 12 utan ändring.” och ”Sprinklerinstallation förutsätts ej erfordras.”. Av utvärderingsrapporten framgår att OF har reserverat sig mot tillämpningen av punkt AFD.622 i administrativa föreskrifterna, mot åtagande avseende sprinklersystem i punkt 3.3. Brandskyddsdokumentationen och även mot åtaganden avseende miljöfarligt avfall i punkterna 4 och 12 i Tekniskt ramprogram och i punkt 11 i PM Geoteknik. I OF:s anbud anges ”Text i AFD.622 angående inestående belopp under garantitiden förutsätts utgå.” och ”Följande ingår ej: Ev sprinkleranläggning – omfattning och behov framgår ej av förfrågningsunderlaget, Kostnader för hantering av eventuella befintliga miljöfarliga material såsom asbest etc.”. Bolaget har inte lämnat några reservationer i sitt anbud. – Att reservationer är tillåtna i upphandlingen framgår av punkt AFB.311. I denna punkt anges: ”Anbudsgiva-

re ansvarar för att anbudet uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav såvida anbudsgivaren inte klart och entydigt i anbudet anger att, och i vilket avseende anbudet avviker från förfrågningsunderlagets krav. Eventuella reservationer i anbud ska vara prissatta.” Följaktligen ska ett anbud som i strid med förfrågningsunderlaget innehåller icke prissatta reservationer inte kvalificeras i upphandlingen och ska således inte beaktas i utvärderingen. – Det är inte en godtagbar ordning att anbudsgivare genom reservationer kan exkludera kostnadsposter och på så sätt få möjlighet att lämna lägre pris än andra anbudsgivare i samma upphandling. – I och med att kommunen har utvärderat Rekabs och OF:s anbud trots att dessa anbud innehåller ett flertal icke prissatta reservationer har kommunen i sin utvärdering kommit att jämföra pris på olika stora åtaganden. – Om kommunen hade handlat i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU och inte kvalificerat anbuden från Rekab och OF skulle Bolaget ha tilldelats avtal eftersom Bolaget då har lämnat det kvalificerade anbud i upphandlingen som har lägst pris. På grund av att kommunen felaktigt har utvärderat Rekabs och OF:s anbud har Bolaget lidit skada.

I ett yttrande den 6 november 2009 anför kommunen bl.a. följande. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet har kommunen beslutat att avbryta den offentliga upphandling varom nu är fråga. – Genom den överprövning som anhängiggjorts av Bolaget har kommunen insett att den leverantör som tilldelats kontraktet reserverat sig mot kommunens krav som intagits i Administrativa föreskrifter kod AFD.622 andra stycket. Kravet har inneburit att tio procent av kontraktssumman inte ska betalas förrän efter garantitidens utgång. Även andra anbudsgivare har reserverat sig mot uppställt krav på ett än mer otvetydigt sätt än vinnande leverantör. Det kan antas att Bolaget som ansökt om överprövning höjt sin anbudssumma på ett icke obetydligt sätt på grund av bestämmelsen om senarelagd betalningstidpunkt med tio procent av kontraktssumman, i jämförelse med vad som normalt gäller enligt ABT 06. Att så skett framgår även av vad Bola-

get gjort gällande i sin ansökan om överprövning. Vid en förnyad granskning av inkomna anbud kan konstateras att samtliga anbud, med undantag för det som lämnats av Bolaget, får anses vara behäftade med icke prissatta reservationer på sätt att deras anbud hur som helst inte hade kunnat antas. Bolagets anbud skulle därmed bli det enda anbud som skulle kunna tas upp till prövning vid en ny anbudsutvärdering. Bolagets anbud överskrider emellertid den budget som anslagits för projektet. Det kan inte uteslutas att detta beror på den regel om senarelagd betalning som införts i AFD.622. Som en följd härav får det hållas för högst sannolikt att delar av leverantörskollektivet avstått från att inge anbud på tillgängligt förfrågningsunderlag. Det konkurrensuppsökande skedet har därmed påverkats på ett otillbörligt sätt. Sammantaget har därför det anbud med lägsta pris inte kunnat väljas ut mot bakgrund av förfrågningsunderlaget. – På ovan angivna skäl finns inte förutsättningar att slutföra upphandlingen, varför kommunen beslutar att avbryta densamma i avsikt att snarast göra om den och då utan det avsteg från ABT 06 6 kapitlet 12 § som kommit att intas i AFD.622.

Bolaget anför bl.a. följande i ett yttrande den 16 november 2009. Det åligger kommunen att visa att Bolagets anbud överskrider den budget som anslagits för projektet. Bolaget noterar dels att skillnaden mellan Rekabs och Bolagets offererade priser (66,8 miljoner kr respektive 69,8 miljoner kr) är ca 4 %, dels att Bolagets åtagande varit större än såväl Rekabs som OF:s åtaganden. I upphandlingen har kommunen erhållit sex anbud. Detta får anses vara en bra konkurrensutsättning på en upphandling avseende byggnationen av en bollhall i Umeå. Det kan inte stämma att fler anbud skulle ha inkommit i upphandlingen om det aktuella kravet i de administrativa föreskrifterna inte fanns. Detta framgår dels av det faktum att flera anbudsgivare reserverat sig mot aktuellt krav, dels av det faktum att det faktiskt var möjligt att reservera sig mot krav under förutsättning att dessa prissattes.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

AFB.15 – Förutsättningar för upphandlingen: Det finns för denna upphandling en begränsad budget. Beställaren förbehåller sig rätten att avbryta upphandlingen om anbudet överstiger budgeten eller de erforderliga besluten om igångsättning inte tas.

AFB.311 – Huvudanbud: Anbudsgivare ansvarar för att anbudet uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav såvida anbudsgivaren inte klart och entydigt anger att, och i vilket avseende, anbudet avviker från förfrågningsunderlagets krav. Eventuella reservationer i anbudet ska vara prissatta.

AFD.622 – Betalningsplan: Anbudsgivare ska efter anfordran överlämna prestationsbunden betalningsplan. Betalningsplanen upprättas enligt de grunder som anges i ABT 06 kap 6 § 12, andra stycket. 10 % av kontraktssumman inestår till tvåårsbesiktning verkställt.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling, under förutsättning att enheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-244/02). Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2005 ref. 62 funnit att ett beslut att avbryta en upphandling är ett beslut som kan överprövas (jfr EG-domstolens avgöranden i mål C-92/00 och C-15/04) och att sådan överprövning görs av allmän förvaltningsdomstol.

Som nämnts ovan är en upphandlande enhet vid avbrytande av en upphandling skyldig att följa grundläggande gemenskapsrättsliga regler. Kommunen har som skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen åberopat bristfällig konkurrens då det vid en ny utvärdering bara skulle komma att

återstå en anbudsgivare, samt att denna anbudsgivare offererat ett pris som överskrider kommunens budget. Regeringsrätten har i ett avgörande den 18 juni 2008 (RÅ 2008 ref 35) anfört att det ännu inte har utbildats någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling. Regeringsrätten menar dock, med hänvisning till EG-domstolens dom i mål C-27/98, att den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår som regel får anses som ett godtagbart skäl. Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (jfr RÅ 2009 ref 43 och där angivna rättsfall). Redan vid angivna förhållanden finner länsrätten att kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen och att kommunen i detta sammanhang ej åsidosatt grundläggande gemenskapsrättsliga regler. Det innebär att Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c)

På länsrättens vägnar

