

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009-03-09

Mål nr
226-09 E
Rotel 8

Lena Stoltz

Meddelad i
Linköping

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
Margretorpsvägen
260 92 Förslöv

Ombud: Johan Nilsson
c/o Peab AB
Box 808
169 28 Solna

MOTPART

Specialfastigheter Sverige AB, 556537-5945
Box 632
581 07 Linköping

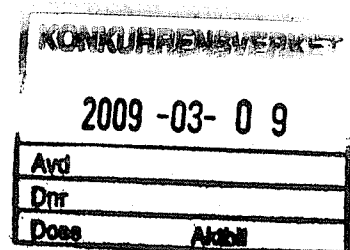
Ombud: Ulf Setterud
c/o Setterud Entreprenadjuridik AB
Stora Torget 7
582 19 Linköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Kriminalvården har genomfört en upphandling avseende hyreskontrakt vid nybyggnation av en kriminalvårdsanläggning i Haparanda. Upphandlingen genomfördes som en selektiv upphandling i två steg enligt bestämmelserna i LOU. Kriminalvården antog det anbud som lämnats av Specialfastigheter Sverige AB ("Specialfastigheter"). Av de anbud som ansågs ha uppfyllt skalkraven hade Specialfastigheter enligt Kriminalvården lämnat det lägsta anbudet.

En anbudsgivare ansökte om överprövning av upphandlingen. Länsrätten fann i dom den 10 oktober 2008 (mål nr 2610-08) att upphandlingen inte stred mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer. Kammarrätten i Jön-



Dok.Id 74339

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

köping och Regeringsrätten har beslutat att inte lämna prövningstillstånd. Länsrättens avgörande står därmed fast.

Peab Sverige AB ("bolaget") ansöker om överprövning av Specialfastigheters avtal med Skanska Sverige AB och Nåiaden Bygg AB om byggtreprenad avseende uppförandet av kriminalvårdsanläggningen i Haparanda. Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av reglerna i LOU. Vidare yrkar bolaget att länsrätten genom interimistiskt beslut förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän något annat har beslutats.

Specialfastigheter avstyrker bifall till bolagets yrkanden.

PARTERNAS ARGUMENTERING

Bolaget har i sin ansökan om överprövning anfört i huvudsak följande. Specialfastigheter är en upphandlande enhet och skyldig att iaktta LOU vid anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader. Av Specialfastigheters anbud framgår att den hyresgrundande investeringen kommer att uppgå till ett belopp som vida överstiger de tröskelvärden som avses i LOU. Reglerna om offentlig upphandling över tröskelvärdet ska således tillämpas på det byggtreprenadkontrakt som Specialfastigheter avser att ingå med Skanska Sverige AB och/eller Nåiden Bygg AB. Specialfastigheter har inte lämnat ett gemensamt anbud med Skanska och Nåiden i Kriminalvårdens upphandling. Specialfastigheter är inte generalentreprenör utan beställare. Lagstiftarens syfte måste antas ha kommit till uttryck i lagtexten. Inget av de i LOU uppräknade undantagen från upphandlande enheters skyldighet att tillämpa LOU är tillämpliga avseende det nu aktuella byggtreprenadkontraktet. LOU innehåller således inte något undantag från skyldigheten att iaktta LOU:s bestämmelser avseende den situationen att en upphandlande enhet ska fullfölja sina åtaganden med anledning av att den upphand-

lande enheten har lämnat anbud och fått tilldelning i en offentlig upphandling. Upphandlingen av byggentreprenaden har inte konkurrensutsatts. Syftet med LOU är att det vid upphandlingar som genomförs av bl.a. offentliga organ som Specialfastigheter ska ske en öppen konkurrensutsättning där leverantörerna behandlas på ett likvärdigt sätt. Så har inte skett. Detta är i strid med såväl den direkta ordalydelsen i LOU som med syftet bakom LOU. Bolaget har genom Specialfastigheters agerande helt uteslutits från möjligheten att lämna anbud och därmed från att överhuvudtaget delta i upphandlingen. Bolaget utför byggentreprenader och är att betrakta som leverantör i den mening som avses i LOU. Bolaget lider i egenskap av (potentiell) leverantör skada och kommer att lida ytterligare skada om upphandlingen inte görs om med iakttagande av reglerna i LOU. Specialfastigheter har genom sitt agerande uteslutet inte bara bolaget utan även andra leverantörer från möjligheten att lämna anbud som skulle kunna innehålla mer konkurrenskraftiga villkor än de villkor som Specialfastigheter har förhandlat sig till med Skanska och/eller Nåiden. Specialfastigheter har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. För att minimera risken för att bolaget drabbas av rättsförlust är det viktigt att länsrätten omedelbart beslutar om inhibition av pågående upphandling.

Specialfastigheter har i yttrande den 6 februari 2009 anfört i huvudsak följande. Specialfastigheter vitsordar att man ska betraktas som en ”upphandlande myndighet” men menar att de överenskommelser som ingåtts med Skanska Sverige AB och Nåiden Bygg AB om innehållet i det anbud avseende hyreskontrakt som Specialfastigheter lämnat till Kriminalvården, inte omfattas av EG:s direktiv om offentlig upphandling eller LOU. Specialfastigheter har tecknat skriftliga avtal med både Skanska och Nåiden om att de båda byggentreprenörerna tillsammans ska uppföra den kriminalvårdsanläggning i Haparanda som Specialfastigheter enligt Kriminalvårdens upphandling därefter ska hyra ut till Kriminalvården. Specialfastigheters avtal med Skanska och Nåiden bör inte betraktas som en upphandling

eftersom avsikten med avtalet enbart är att lämna anbud i en annan upphandling och villkoras av att man tilldelas ett kontrakt i denna upphandling. Peab har inte lidit eller riskerar att lida någon ekonomisk skada på grund av Specialfastigheters agerande. I Kriminalvårdens förfrågningsunderlag förutsattes att anbudsgivaren kunde redovisa en projektorganisation för byggprojektet och att man hade tillräckliga resurser, kompetens och erfarenhet för att genomföra projektet. Specialfastigheter förfogar inte över egna resurser för att kalkylera eller genomföra byggtreprenader och är därför helt beroende av att kunna upphandla byggtreprenader i samband med nybyggnation. Det var alltså helt nödvändigt att redan i anbudsskedet säkerställa att man hade tillgång till erforderlig byggkompetens. Det var också nödvändigt att ha de kommersiella förutsättningarna klara för att kunna offerera en bestämd hyra till Kriminalvården. Under vecka 5 2008 kontaktade Specialfastigheter de byggtreprenadföretag som man bedömde hade erfarenhet och resurser för att kunna genomföra byggprojektet med hänsyn till dess storlek och högt ställda krav på säkerhet. De byggföretag som kontaktades var Skanska, NCC och bolaget (Peab Sverige AB). Efter någon veckas betänketid tackade NCC nej till projektet. Skanska meddelade inledningsvis att man sannolikt skulle kunna medverka, men konstaterade senare att detta av kapacitetsskäl inte var möjligt. Man lämnade dock öppet för att kunna lämna pris på enbart markentreprenad och mur. Bolaget kontaktades genom att Specialfastigheters dåvarande VD ringde till bolagets vice VD. Parterna förde diskussioner om möjligheterna att kunna medverka tillsammans i projektet. Efterhand framkom att bolaget hade avtal om att medverka i anbud om samma byggprojekt med andra fastighetsbolag, men att man ändå kanske skulle kunna lämna ett pris till Specialfastigheter. Bolaget återkom och meddelade att man inte kunde lämna pris under eget firmanamn. Ett partnerskap med bolaget var därmed inte möjligt. Under tiden man väntade på besked från bolaget kontaktade Specialfastigheter ett 10-tal mindre byggtreprenörer per telefon med muntliga förfrågningar om man kunde vara med i upphandlingen och om man

kunde lämna anbud inom den återstående anbudstiden. Vid möte den 8 februari 2008, efter att man erhållit bolagets besked, gjorde Specialfastigheter överenskommelser med Skanska och Nåiden om att gemensamt lämna anbud till Kriminalvården. Avtalen mellan parterna baserades på anbud från Skanska och Nåiden med hänvisning till Kriminalvårdens förfrågningsunderlag och har senare formaliserats i skriftliga avtal. Dessa entreprenadavtal innehåller en fast och en rörlig kontraktssumma, den senare är kopplad till ett incitament där parterna delar 50/50 på ett eventuellt över- eller underskridande av kontraktssumman. Bolagets anbud låg högre än Skanska/Nåidens. Vidare hänvisades till allmänna bestämmelser för totalentreprenad vilket bl.a. ger beställaren längre garantitid. Bolagets anbud innehöll dessutom ett antal svårtolkade ansvarsbegränsningar. Även om bolaget hade lämnat sitt anbud i tid till Specialfastigheter hade de inte kommit i fråga som byggentreprenör eftersom det hade inneburit en högre produktionskostnad med sämre och/eller otydliga avtalsvillkor för Specialfastigheter i jämförelse med den uppgörelse som gjordes med Skanska och Nåiden. Enligt Specialfastigheters avtal med Kriminalvården ska entreprenaden färdigställas senast den 30 november 2010. Vid försening utfaller ett vite om 2 Mkr per förseningsvecka. Skulle Specialfastigheter tvingas göra en ny upphandling skulle detta medföra att byggstarten försenades. Även ett inhibitionsbeslut skulle kunna äventyra projektets tidsplan till skada för Specialfastigheter. Specialfastigheter är avtalsmässigt bundet till både Kriminalvården och de båda byggentreprenörerna. Ett frångående av ingångna avtal skulle sannolikt medföra skadeståndskrav mot Specialfastigheter. En ny upphandling skulle innebära ytterligare ekonomiskt risktagande för Specialfastigheter. Specialfastigheter står som formell anbudsgivare i Kriminalvårdens upphandling, men byggprojektet genomförs av Skanska och Nåiden. Det är i väsentliga delar Skanska/Nåidens anbud som utvärderas av Kriminalvården och därmed har Skanska/Nåidens anbud konkurrensutsatts i den egentliga upphandlingen. Specialfastigheter har inte haft något inflytande över eller insyn i Kriminalvårdens upphandling. Om Spe-

cialfastigheter och andra offentligt styrda organ, i en liknande situation skulle anses vara skyldiga att handla upp sina samarbetsparters genom offentlig upphandling, skulle detta vara diskriminerande för upphandlande myndigheter. Än mer orimligt skulle detta te sig om det skulle förekomma upphandlande myndigheter i mer än ett led. Kriminalvårdens upphandling har varit föremål för länsrättens prövning och de anbud som bl.a. Specialfastigheter och bolaget har medverkat i har behandlats på ett likvärdigt sätt. Förfarandet att skaffa sig en samarbetspartner inför en anbudsgivning i en offentlig upphandling omfattas inte av LOU och Specialfastigheter har inte överträtt LOU:s regler. Skulle länsrätten trots allt anse att förfarandet är att betrakta som en direktupphandling i lagens mening, har den i så fall inte genomförts i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Specialfastigheter har inte haft någon möjlighet att agera på något annat sätt. Man har gjort det som var praktiskt möjligt för att skapa bästa möjliga konkurrenssituation och därmed kunna lämna det bästa anbudet.

Bolaget har i yttrande den 13 februari 2009 anfört i huvudsak följande. Specialfastigheter lämnade ett eget anbud i Kriminalvårdens upphandling. Även om syftet med avtalen med Skanska och Nåiden var att lämna anbud i en annan upphandling betvivlar bolaget att entreprenadkontrakten med Skanska och Nåiden ingicks innan Specialfastigheter lämnade anbud till Kriminalvården. Bolaget har inte träffat samarbetsavtal med andra fastighetsbolag. Specialfastigheter har inte tillhandahållit bolaget något förfrågningsunderlag eller på annat sätt upplyst bolaget om vilka villkor som Specialfastigheter önskade skulle gälla för Specialfastigheters upphandling av byggentreprenadkontrakten. Specialfastigheter kontaktade bolaget i ett mycket sent skede. Bolagets pris förutsatt att allmänna avtalsvillkor avseende totalentreprenader skulle vara tillämpliga medan Skanskas och Nåidens priser förutsatte att allmänna avtalsvillkor avseende utförandentreprenader skulle vara tillämpliga. Allmänna avtalsvillkor avseende totalent-

reprenter innebär större ansvar för entreprenörer och beställaren. Det framgår vidare att Skanska och Nåiden ska ersättas på löpande räkning med viss incitamentskonstruktion medan bolagets pris var fast. Bolagets anbud lämnades således på helt andra förutsättningar än de förutsättningar som låg till grund för Skanskas och Nåidens anbud samt Specialfastigheters avtal med Skanska och Nåiden. Specialfastigheter har inte annonserat på föreskrivet sätt utan har endast kontaktat ett fåtal leverantörer och exklusivt inbjudit dessa att lämna anbud i upphandlingen. Specialfastigheter har genom att underlåta att annonsera upphandlingen i enlighet med LOU:s bestämmelser brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Den av Specialfastigheter genomförda otillåtna direktupphandlingen har genomförts i strid med såväl likabehandlingsprincipen som ickediskrimineringsprincipen och principen om transparens. Sammanfattningsvis kan det inte råda något tvivel om att Specialfastigheters upphandling av aktuella byggentreprenadkontrakt omfattas av LOU och gällande EG-direktiv som inte innehåller någon tillämplig undantagsbestämmelse. Statliga bolag har många fördelar jämfört med privata bolag. För privata bolag finns t.ex. ett ekonomiskt risktagande som helt saknas vad gäller statliga bolag. Vid en eventuell konflikt mellan den upphandlande myndighetens egna mål och gällande upphandlingsregler får målen ifrågasättas. Syftet att konkurrensen på marknaden ska utnyttjas kan aldrig uppnås om statliga bolag skulle tillåtas att bortse från gällande regelverk när de anser detta lämpligt för att uppnå sina egna mål.

Specialfastigheter har i yttrande den 20 februari 2009 anfört i huvudsak följande. Avtalet om anbudsgivning blir inte fullbordat, eller får ett reellt innehåll, förrän kontraktstilldelning avslutats i den upphandling som anbudet avser. Specialfastigheters avtal med Skanska och Nåiden har kunnat realiseras först efter att Specialfastigheters anbud konkurrensutsatts i en offentlig upphandling. Det finns knappt några principiella eller praktiska skäl som talar för att en upphandling ska genomföras som offentlig upp-

handling i mer än en steg. Det hade inte inneburit någon principiell skillnad om avtalen med Skanska och Nåiden hade ingåtts efter att man tilldelats hyreskontraktet i Kriminalvårdens upphandling. Kriminalvården svarar för projekteringen och därmed var det inte aktuellt att avtala om en totalentreprenad med entreprenören. Skulle LOU:s upphandlingsregler vara tillämpliga i fall liknande det som här prövas, skulle det i praktiken utestänga upphandlande myndigheter från att vara med och konkurrera om exempelvis nya byggprojekt. LOU:s regelverk skulle därmed få en konkurrensbegränsande effekt, vilket aldrig varit avsikten med EG:s direktiv eller LOU. I det aktuella fallet hade Kriminalvården fått anta ett mindre gynnsamt anbud än Specialfastigheters.

Bolaget har i yttrande den 25 februari 2009 anfört i huvudsak följande. Det var inte nödvändigt för Specialfastigheter att agera på sätt som Specialfastigheter har agerat. Specialfastigheter hade kunnat genomföra en upphandling i enlighet med gällande regelverk.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 1 kap. 2 § LOU anges att lagen gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.

Med offentlig upphandling avses, enligt 2 kap. 13 § LOU, de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. 12 § LOU stadgas att med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och 1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, 2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Enligt 2 kap. 19 § LOU avses med upphandlande myndighet statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämföras 1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och 2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt 3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Enligt 2 kap. 23 § LOU avses med direktupphandling ett förfarande utan krav på anbud.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I 15 kap. 3 § LOU stadgas att en offentlig upphandling enligt detta kapitel skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten skall vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Specialfastigheter är ett bolag som till 100 procent ägs av svenska staten. I Specialfastigheters anbud till Kriminalvården ingick en projektplan från Skanska innehållande kvalitetsplan, miljöplan och arbetsmiljö för kriminalvårdsanläggningen i Haparanda.

Länsrätten gör följande bedömning.

I målet är ostridigt att Kriminalvårdens upphandling avseende hyreskontrakt vid nybyggnation av kriminalvårdsanläggningen i Haparanda har genomförts med iakttagande av LOU och EG-rätten. Bolaget har anfört att Specialfastigheters avtal med Skanska och Nåiden om byggentreprenad avseende uppförandet av nämnda kriminalvårdsanläggningen inte har genomförts med tillämpning av reglerna i LOU och EG-rätten.

En förutsättning för att Specialfastigheter skulle kunna lämna anbud till Kriminalvården var att de hade erforderliga uppgifter från framtida samarbetspartners. Det var nödvändigt för Specialfastigheter att ha förutsättningarna klara för att bl.a. kunna åsätta en bestämd hyra till Kriminalvården. Specialfastigheters avtal med Skanska och Nåiden har således uppstått utifrån att Specialfastigheter avsåg att lämna anbud i Kriminalvårdens upphandling och villkoras av att man tilldelas ett kontrakt i denna upphandling.

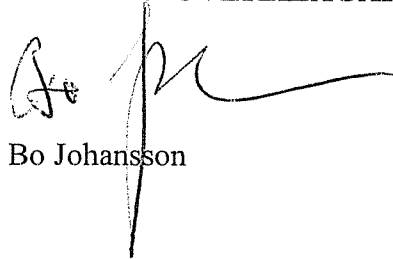
Att avtala med samarbetspartners inför en anbudsgivning är ett förfarande som inte kan anses utgöra en sådan offentlig upphandling som omfattas av reglerna i LOU och EG-rätten. Det saknas därför skäl för att tillämpa LOU i aktuellt fall och Specialfastigheter har inte genomfört en otillåten direktupphandling. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Eftersom länsrätten avgjort målet i sak saknas skäl att fatta ett interimistiskt beslut.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Peab Sverige AB:s ansökan.

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



Bo Johansson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.