

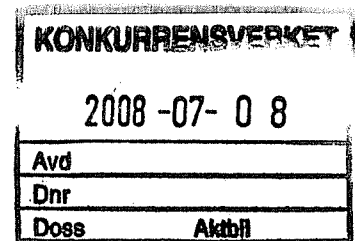


SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929

Ombud:

Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



MOTPART

Tekniska nämnden i Gotlands kommun

Ombud:

Kommunjurist Patrik Pettersson
Ledningskontoret
621 81 Visby

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

BAKGRUND

Tekniska nämnden i Gotlands kommun (nämnden) har infordrat anbud avseende dels nybyggnad av Apotekskajen, dels ombyggnad av Krokiga kajen i Slite hamn. Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling. Anbud lämnades av bl.a. NCC Construction Sverige AB (NCC) och Skanska Sverige AB (Skanska). Efter utvärdering av anbuden fattade nämnden beslut om att anta anbudet från Skanska.

YRKANDEN M.M.

I ansökan yrkar NCC i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts; upphandlingen ska rättas på så sätt att Skanskas anbud förkastas, med följd att NCC:s anbud blir det eko-

nomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed ska antas. I andra hand yrkas att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Som grunder för sin talan anför NCC följande. Skanskas anbud överensstämmer inte med förfrågningsunderlaget och innehåller ett flertal reservationer. Skanska har inte heller redovisat samtliga de handlingar och uppgifter som förfrågningsunderlaget kräver. Detta till trots har anbudet antagits av nämnden. Skanskas anbud skulle rätteligen ha förkastats, vilket skulle ha medfört att NCC:s anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och således det anbud som skulle ha antagits. Nämndens förfarande strider mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för NCC.

Till utveckling av sin talan anför NCC sammanfattningsvis följande. Under punkt AFB.31 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. att anbudsgivaren ska ange de underleverantörer som ska användas i upphandlingen. Skanska har inte uppfyllt detta krav. Skanska har i stället angett att underleverantör för el-arbeten ska anlitas men att sådan underentreprenör ännu inte utsetts. En anbudsgivare kan inte förutse vilka krav som är av underordnad betydelse. För att principerna om förutsebarhet och likabehandling inte ska trädas för när måste samtliga krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag vara uppfyllda för att anbudsgivarens anbud ska kvalificeras till utvärdering. Vidare anges i punkt AFB.312 i de administrativa föreskrifterna att alternativa utföranden ska redovisas, specificeras och verifieras så att jämförelse kan ske med huvudanbudet. Skanska har i sitt anbud angett att bolaget förutsätter dels att det är muddrat och eventuellt sprängt i spontlinjen, dels att arbetet kan fortgå ostört. Dessa reservationer motsvarar avsevärda värden. Av förfrågningsunderlaget framgår inte huruvida muddring och sprängning kan behöva ske. Det är riktigt att muddring till ramfritt djup ska

ske genom sidoentreprenad. Av handlingarna framgår dock inte att muddringsentreprenaden omfattar muddring i spontlinjen. Den nu aktuella entreprenaden är en totalentreprenad som självklart omfattar muddring och/eller sprängning i spontlinjen under muddrat ramfritt djup om så skulle fordras. NCC har därför kalkylerat med dessa kostnader i sitt anbud, vilket har medfört att anbudspriset blivit betydligt högre än vad som annars skulle ha varit fallet. Entreprenadarbetet kommer inte heller att kunna pågå ostört. I hamnen finns pågående verksamhet (AFD.132 – 137 i de administrativa föreskrifterna) och en rad pågående sidoentreprenader (AFA.21 i de administrativa föreskrifterna) som givetvis kommer att störa entreprenaden. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att entreprenadarbetena kommer att få anpassas till den pågående verksamheten. För det fall arbetet hade kunnat fortgå ostört hade NCC kunnat offerera ett avsevärt lägre anbudspris. Det är omöjligt att jämföra ett anbud innehållande reservationer med övriga anbud utan att principerna om förutsebarhet och transparens träds för när. Detta är särskilt fallet när sådana reservationer, som i det nu aktuella fallet, inte är prissatta. NCC:s anbud uppfyller alla krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och är inte orent. De överträdelser av LOU som har förekommit är inte hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen utan har skett vid kvalificeringen av Skanskas anbud. Upphandlingen ska därför rättas. Huruvida nämnden anser sig behöva avbryta upphandlingen eller inte saknar betydelse för bedömningen i förevarande fall. En upphandlade enhet kan inte utan vidare avbryta en upphandling på grund av bristande finansiering; så kan endast ske om anbudet överstiger marknadsmässiga priser. Lagen medger inte ”rättelse att förhandla”.

Nämnden bestrider bifall till NCC:s yrkanden och anför till stöd härför sammanfattningsvis följande. Kravet på att underentreprenör ska anges i anbudet är motiverat av beställarens intresse av att i det för upphandlingen väsentliga föremålet kunna bedöma om entreprenören själv eller genom underentreprenör kan antas klara av sitt åtagande. Det väsentliga föremålet

för denna upphandling är anläggandet av kaj. El-arbetena är av underordnad betydelse. Samtliga anbud har ansetts uppfylla ställda krav på förmågan att utföra kajanläggningen. Även om kravet på angivande av underentreprenörer ska förstås så att samtliga underentreprenörer skulle ha uppgetts vid anbudstillfället, har NCC inte lidit någon skada eftersom bolaget till följd av kravet varken avstått från att lämna anbud eller haft fördyrande åtagande. Av förfrågningsunderlaget (AFD.131 och AFD.361 i de administrativa föreskrifterna, 1.4 i rambeskrivningen samt ritning K14-006) framgår att det genom annan upphandling, sidoentreprenad, blir försörjt med muddring (som kan innefatta sprängning, spettning eller andra metoder för att nå önskat djup) till angivna djup i spontlinjen och att leverantören i den nu aktuella upphandlingen samordnar arbetena. Det ankommer sedan på totalentreprenören att lösa uppgiften att uppföra kajen. Hur spont ska anbringas på ett korrekt sätt är en fråga för totalentreprenören att lösa. Skanskas skrivning i denna del har således inte uppfattats som en reservation. Vad gäller Skanskas skrivning att arbetet förutsätts fortgå ostört framgår det av förfrågningsunderlaget (AFD.133 – 137 i de administrativa föreskrifterna) att arbetena avses kunna pågå ostörda liksom att entreprenören kan samordna sidoentreprenader och i samråd med kommunen planera trafiken i hamnen. Det är därmed upp till entreprenörens förmåga att skaffa sig ostört arbetsläge. Inte heller skrivningen i denna del har därför uppfattats som en reservation mot nämndens villkor. Det har också i förfrågningsunderlaget getts utrymme för anbudsgivare att precisera sina förutsättningar. Förfrågningsunderlaget är utformat så att NCC väl har kunnat göra sig en bild av vad som efterfrågats. Att NCC har gjort vissa fördyrande antaganden om upphandlingsföremålet utan att kontakta nämnden är inte skyddsvärt i lagens mening. NCC har därigenom offererat arbeten som inte efterfrågats och dess anbud torde därför kunna bedömas som orent. – Skanskas anbud är det enda som ryms inom nu tilldelade medel och om antagandet av anbudet var felaktigt, finns det inget annat lämpligt anbud och upphandlingen måste avbrytas. Om det bedöms att NCC har lidit skada på grund av någon felaktighet från näm-

dens sida, är åberopade omständigheter sådana att de hänför sig till den konkurrensuppsökande fasen. Det handlar i så fall om att skola ha kontrakterat underentreprenörer på förhand och redovisa dem eller otydlighet om kalkylförutsättningar i storleksordningen runt 30 miljoner kr eller 30 procent dyrare. Vid sådant förhållande gäller att upphandlingen ska göras om. Ett alternativ vore rättelse att förhandla.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 22 maj 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Inledningsvis konstaterar länsrätten att det i förfrågningsunderlaget, som är daterat den 18 januari 2008, hänvisas till 1992 års lag om offentlig upphandling, LOU (se t.ex. AFB.51). Denna lag ersattes vid årsskiftet 2007/2008 av en ny lag om offentlig upphandling. Den gamla lagen ska dock enligt övergångsbestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före årsskiftet, t.ex. genom att man redan före årsskiftet beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska användas (se prop. 2006/07:128 s. 447). Då så, att döma av skrivningarna i förfrågningsunderlaget, torde ha skett före årsskiftet finner länsrätten att den gamla lagen ska tillämpas. I sammanhanget må noteras att de regler i den gamla lagen som aktualiseras i målet har överförts till den nya lagen, varför frågan om vilken lag som är tillämplig inte har någon reell betydelse för prövning av målet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska enligt samma lagrum behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Om en upphandlande enhet har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att en leverantör (anbudsgivare) har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU besluta att den klandrade upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det i 1 kap. 4 § LOU uppställda kravet på affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

NCC har till stöd för sin ansökan anfört att Skanskas anbud inte har uppfyllt skall-kravet att ange underentreprenörer, närmare bestämt för el-arbeten, samt att Skanskas anbud är orent genom att det förutsätter *dels* att det är muddrat och eventuellt sprängt i spontlinjen *dels* att arbetet kan fortgå ostört och att nämnden brutit mot LOU genom att trots dessa brister anta Skanskas anbud. Nämnden har häremot invänt att el-arbetena är av underordnad betydelse och att Skanskas anbud har uppfyllt ställda krav på förmågan att uppföra kajanläggning samt att angivna förutsättningar i Skanskas anbud inte har uppfattats som reservationer.

I frågan huruvida Skanskas anbud har uppfyllt skall-kravet att ange underentreprenörer gör länsrätten följande bedömning. Under punkten AFB.31 i de administrativa föreskrifterna anges att i innerkuvert märkt "Anbud 1" bl.a. ska anges underentreprenörer. NCC har gjort gällande att detta skallkrav är att förstå så, att anbudsgivaren måste namnge de underentreprenörer som ska anlitas. Nämnden har ifrågasatt om skallkravet kan ges denna tolkning. I vart fall har nämnden invänt att kravet är motiverat utifrån intresset att kunna bedöma om anbudsgivaren själv eller genom underentreprenörer kan antas klara av sitt åtagande att uppföra kajanläggning och att

el-arbetena, som representerar mindre än en procent av upphandlingsföremålet, är av underordnad betydelse i sammanhanget.

Länsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget sägs att underentreprenörer ska "anges". Det sägs inte uttryckligen att underentreprenörer ska namnges eller identifieras genom angivande av organisationsnummer eller personnummer. Skanska har i sitt anbud angett att underentreprenörer kommer att anlitas för två arbetsområden, nämligen spont och pålning samt el. Spont och pålning har angetts skola utföras av Skanska Grundläggning, medan det för el anges att underentreprenör inte är utsedd. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget inte ger ett otvetydigt besked om vilka uppgifter om underentreprenörer som efterfrågas och att Skanska med hänsyn härtill haft fog för att anta att det är tillfyllest att ange att underentreprenörer kommer att anlitas i det två arbetsområdena spont och pålning respektive el. Det sagda leder länsrätten till slutsatsen att nämnden inte haft att förkasta Skanskas anbud på den grund att underentreprenör för el inte namngivits.

I frågan huruvida Skanska har avgett ett orent anbud gör länsrätten följande bedömning. Under rubriken "Förutsättningar" i Skanskas anbud anges det bl.a. att Skanska har förutsatt *dels* att "det är muddrat och eventuellt sprängt i spontlinjen", *dels* "att arbetet kan fortgå ostört".

I fråga om Skanskas första förutsättning gör länsrätten följande överväganden. Av punkt AFD.131 i de administrativa föreskrifterna, punkt 1.4 i rambeskrivningen samt ritning K14-006 framgår att muddring till vissa angivna ramfria djup kommer att utföras i en sidoentreprenad. NCC har gjort gällande att Skanskas bud innehåller en reservation genom att det där anges att det förutsätts att det är muddrat och eventuellt sprängt i spontlinjen. Nämnden har å sin sida invänt att detta inte uppfattats som en reservation eftersom det är just detta som kommer att ombesörjas i sidoentreprenaden. Länsrätten, som finner att i begreppet muddring måste inbegripas grävning, schaktning, spetning och sprängning, allt i den utsträckning sådana meto-

der krävs för att nå bestämda ramfria djup, kan inte finna annat än att Skanska ägt förutsätta att muddring genom sidoentreprenören blir gjord i spontlinjen. Att de ytterligare åtgärder, på än större djup, som behöver vidtas för att anbringa sponten ingår i totalentreprenaden är ostridigt. Länsrätten finner således inte att Skanskas anbud är orent på sätt påståtts.

Vad så gäller Skanskas angivande av att arbetet förutsätts kunna ske ostört gör länsrätten följande bedömning. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter redogörs för vilka andra verksamheter som under entreprenadtiden kommer att pågå i hamnen. Sålunda anges att normal hamnverksamhet ska förekomma, att muddring genom sidoentreprenad ska utföras och att viss trafik förekommer. Det anges också, i AFD.361, att totalentreprenören har att samordna sin entreprenad med sidoentreprenaden och, i AFD.137, att totalentreprenören i samråd med beställaren har att planera arbetet i förhållande till trafiken i området. Skanska har i sitt anbud erbjudit sig att utföra arbetet i överensstämmelse med de administrativa föreskrifterna. Länsrätten finner på grund härav att vad Skanska antecknat i sitt anbud får anses vara en hänvisning till förfrågningsunderlaget och inte utgöra en egentlig reservation.

Sammanfattningsvis finner länsrätten inte skäl bifalla NCC:s talan.

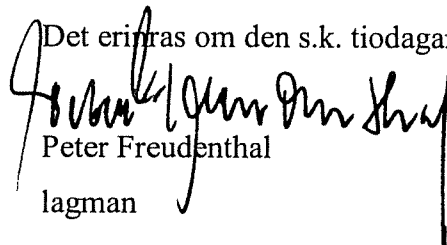
DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Det interimistiska beslutet av den 22 maj 2008 gäller inte längre.

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

Det erinras om den s.k. tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § LOU.


Peter Freudenthal
lagman