

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

Åsa Holm

DOM
2009 -10- 0 5
Meddelad i
Linköping

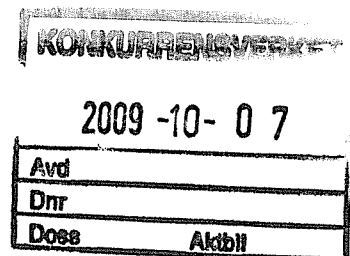
Mål nr
2235-09
Rotel 8

SÖKANDE

Nordic House Construction Aktiebolag, 556483-8968
Box 12037
102 21 Stockholm

Ombud:

Advokat Anna Ulfsson och Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm



MOTPART

Luftfartsverket
601 79 Norrköping

Ombud: Marcus Miettinen

Luftfartsverket
Koncernjuridik
601 79 Norrköping

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, (LUF)

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten förordnar att Luftfartsverkets upphandling "Bullerisoleringsåtgärder Stockholm-Arlanda Airport, dnr LFV 2008-005967 ska göras om.

Länsrättens beslut den 10 juli 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 83912

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

YRKANDE M.M.

Luftfartsverket (nedan LFV) genomför en upphandling av ramavtal gällande bullerisoleringsåtgärder Stockholm Arlanda Airport, dnr LFV 2008-005967. – LFV har i tilldelningsbeslut den 2 juli 2009 antagit annan leverantör än Nordic House Construction Aktiebolag (nedan bolaget).

Länsrätten har den 10 juli 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas och att beslutet härom ska gälla till dess att annat förordnas i målet.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. LFV har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 24 § LUF. I strid med 11 kap. 1 § har LFV, genom att vid anbudsutvärderingen beakta omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen, utvärderat omständigheter hänförliga till anbudsgivarnas tekniska förmåga, kapacitet och referenser. Dessutom har LFV använt sig av ett skalkrav avseende omsättning som är oproportionellt i förhållande till upphandlingens syfte och som drabbar anbudsgivare i form av små och medelstora företag. Bolaget har härigenom lidit eller kan komma att lida skada. – Vilket förfarande som LFV har använt sig av och vilken lag som tillämpats är oklart. I AFB.11 anges att upphandlingsförfarandet är en ”*Öppen upphandling enligt 4 kap. lagen om offentlig upphandling*”. Vidare anges i punkten AFB.51 att ”*anbud kan komma att antas utan föregående förhandling*”. Upplysningen står i strid med LUF eftersom det i öppet förfarande inte får förekomma några förhandlingar. I tilldelningsbeslutet anges vidare att ”*Upphandlingen har genomförts i enlighet med reglerna om förenklad upphandling, lagen om offentlig upphandling (LOU)*”. – LFV har använt sig av fel upphandlingsförfarande. Upphandlingen avser bullerisoleringsåtgärder för vilket administrativa bestämmelser enligt AB 04 gäller. För byggentreprenadkontrakt gäller ett tröskelvärde om 47 778 869 kr.

Tröskelvärden för ett kontrakt ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och i värdet ska, enligt 3 kap. 2 § LUF, förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas. Av de administrativa föreskrifterna framgår att kontraktets längd kan uppgå till totalt fyra år. Värdet per år uppgår enligt LFV till minst 20 MSEK per år, vilket betyder att det totala kontraktsvärdet uppgår till 80 000 000 kr, ett värde som med råge uppfyller det gällande tröskelvärdet om 47 778 869 kr. LFV skulle därmed ha genomfört upphandlingen såsom ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande enligt 4 kap. 1 § LUF. Enligt LFV uppgick anbudstiden till 42 dagar. Denna anbudstid understiger minimitiderna för alla korrekta förfaranden som bolaget skulle ha använt sig av. Minimitiden för öppet förfarande är enligt 8 kap. 2 § LUF, 52 dagar och minimitiden för selektivt och förhandlat förfarande, enligt 8 kap. 3 §, är 59 dagar (37 dagar + 22 dagar). Den anbudstid som bolaget och övriga anbudsgivare fått är således för kort. – Anbuderna ska vara giltiga i 60 dagar efter anbudstidens utgång. Anbudstiden gick ut den 18 maj 2009, vilket betyder att deras giltighet upphörde den 18 juli 2009. Detta får anses vara ostridigt i målet. Därmed omöjliggörs ett förordnande om rättelse.

LFV bestrider bifall till bolagets talan samt yrkar att länsrättens beslut den 10 juli 2009 om att upphandlingen inte får avslutas ska upphävas. LFV anför i huvudsak följande. – LFV har uppskattat kontraktsvärdet vid Stockholm Arlanda Airport till omkring 20 MSEK det första avtalsåret. Till denna summa ska läggas arbeten vid Stockholm Bromma Airport (som ingår i division Stockholm) som ännu inte är inventerade men som i vart fall kan uppskattas till flera miljoner kr. Arbetena under det andra avtalsåret beräknas för båda flygplatserna uppgå till ett något större belopp. – LFV har annonserat upphandlingen som en förenklad upphandling enligt LUF. Av förfrågningsunderlaget, Administrativa föreskrifter avsnitt AFB.11 framgår likaledes att det var fråga om en förenklad upphandling. På grund av ett skrivfel är texten om tillämplig lag ofullständig men det skrivfelet är inte av betydelse för bolaget. Samma skrivfel återfinns i till-

delningsbeslutet. LFV som är en myndighet inom transportsektorn genomför i stort sett undantagslöst upphandlingar enligt LUF. Anbudsgivarna bereddes 42 dagar att svara. Ingen anbudsgivare ställde några frågor under upphandlingen. Däremot sände LFV ut en begäran om kompletterande uppgifter. Några förhandlingar ägde inte rum. – En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller produkt. Vidare har myndigheten ett visst tolkningsföreträde när det gäller att avgöra huruvida en leverantör uppfyller ställda krav eller inte. I och med att bolaget aldrig kan komma i fråga att vinna upphandlingskontraktet då de inte mäktat uppfylla det av LFV absoluta villkoret avseende omsättning kan bolaget inte heller drabbas av någon form av ekonomisk skada. – Leverantören får återöppna andra företags kapaciteter om nödvändigt. Kraven i AFB.51 har uppställts för att LFV vill försäkra sig om att leverantören utan avbrott kan leverera den efterfrågade entreprenaden. LFV har dåliga erfarenheter av att vara en leverantörs mest betydande kund. – LFV har kommit fram till att det totala värdet av arbeten enligt avtalet inte skulle överstiga tröskelvärdet men att det finns ett uppdämt behov av åtgärder just nu. LFV kommer under det första året att låta utföra arbeten för cirka 20 MSEK och troligen i samma storleksordning även under det andra året. Behovet kommer därefter att minska. LFV har inte beräknat att arbetena ska vara av den angivna omfattningen under något tredje eller fjärde år. LFV skulle hamna under tröskelvärdet men var införstådd med att det finns en gräns som gör att anbudstiden skulle bli längre. Anbudstiden gjordes lite längre än nödvändigt efter som det i förenklad upphandling handlar om skälig tid för anbudsberäkning. Anbudsgivarna fick därför 42 dagar istället för 30 dagar.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska 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 3 kap. 1 § LUF framgår bl.a. att denna lag ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, om kontraktet avser varu- eller tjänstekontrakt, eller byggtreprenadkontrakt. – Värdet av kontraktet ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Av Regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår bl.a. att vid upphandling med tillämpning av 3 kap. 1 § första stycket 2 LUF gäller ett tröskelvärde om 47 778 869 kronor (5 150 000 euro).

Av 3 kap. 2 § LUF framgår att värdet av kontrakt som avses i 1 § ska uppskattas till det totala belopp, som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Av 4 kap. 1 § LUF framgår bl.a. att vid upphandling ska öppet, selektivt eller förhandlat förfarande användas.

Av 8 kap. 2 § LUF framgår att vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om

upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 5-8 §§.

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. – Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. – Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 16 kap. 2 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna. – Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Av Administrativa föreskrifter, dokumentbeteckning LFV 2008-005967, framgår bl.a. följande. AFB; Upphandlingsföreskrifter: Lagen om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tillämpas för upphandlingen. AFB.11; Upphandlingsförfarande: Öppen upphandling enligt 4 kap. lagen om offentlig upphandling. AFB.32; Anbudstidens utgång: Anbudena ska ha inkommit senast 2009-05-18. Därefter inkomna anbud får LFV inte utvärdera, utan kommer att förkastas

oberoende av anledning till förseningen. AFB.33; Anbuds giltighetstid: Anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud i 60 dagar efter anbudstidens utgång. AFB.51; Prövning av anbudsgivare: Sker i två steg: 1. Kvalificering av anbudsgivare. 2. Utvärdering av anbud. Anbud som inte uppfyller kraven under AFB.51 och AFB.31 kan komma att förkastas. – Anbud kan komma att antas utan förhandling. Krav som ska uppfyllas av anbudsgivare: Kvalificeringsmomentet är helt inriktat på att bedöma anbudsgivarens kvalifikationer att genomföra uppdraget med ledning av ställda krav. Förfarandet är noga reglerat i LUFS och innebär att företaget antingen är kvalificerat eller inte. Företag som lämnat efterfrågade handlingar och klarar kvalificeringen går vidare till fortsatt prövning av anbud enligt angivna utvärderingskriterier. Ekonomisk och finansiell ställning: Ekonomisk stabilitet. En förutsättning för att leverantören ska kunna upphandlas är att leverantören har ekonomisk stabilitet. A. Krav på resursbas: Omsättningen under de senaste två åren ska uppgå till lägst 30 MSEK/år för den del av verksamheten som avser verksamhet inom föreskriven bransch. AFB.52; Kvalificering av anbudsgivare och anbud: För att kvalificera sig krävs bl.a. att anbudsgivare uppfyller 10 § 1 lagen om offentlig upphandling enligt undertecknad sanningsförsäkran i anbudsformulär. AFB.53; Tecknande av kontrakt: Avtal mellan beställaren och entreprenören som tilldelas kontraktet sluts genom ett upphandlingskontrakt. Med upphandlingskontrakt avses ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LUF och som undertecknas av parterna i två original. AFC.1; Omfattning: Avtal kommer att tecknas fr.o.m. 2009-07-01 – 2012-12-31 med option om förlängning ytterligare ett år.

Länsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har som grund för sin talan angett att LFV brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens och använt sig av fel upphandlingsförfarande och därmed brutit mot 1 kap. 24 § LUF samt att bolaget härmed lidit eller kan komma att lida skada.

I en offentlig upphandling är det kommande avtalet avgörande för värdet av varan och därmed val av upphandlingsförfarande. Det är den upphandlande enheten som genom en uppskattning bestämmer det totala värdet av vad som ska upphandlas, eventuella förlängningsklausuler medräknade. Kontraktets värde i den i målet aktuella upphandlingen ska beräknas på sätt som bolaget gjort gällande, dvs. 80 000 000 kr.

Den i målet aktuella upphandlingen avser byggentreprenadkontrakt. Kontraktets längd kan komma att överstiga fyra år. Enligt bolaget uppgår kontraktsvärdet till totalt 80 000 000 kr och överstiger följaktligen gällande tröskelvärde. Anbudstiden beträffande öppet förfarande enligt LUF ska uppgå till minst 52 dagar från dagen för annonsens inskickande för publicering. Beträffande selektivt och förhandlat förfarande uppgår anbudstiden till minst 59 dagar. Den av LFV tillämpade anbudstiden uppgick till 42 dagar. LFV har därför inte använt rätt upphandlingsförfarande och har därigenom brutit mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LUF.

Bolaget får genom sin ansökan anses ha visat att ovan angivna brist har medfört att bolaget har lidit eller i vart fall kan komma att lida skada. Angivna förhållanden utgör förutsättningar för att enligt 16 kap. 2 § LUF besluta att upphandlingen ska göras om. Skäl att pröva av bolaget i övrigt anförda grunder saknas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109 1d)


Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit Åsa Holm



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 nås 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.