



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**

Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2010-05-03

Meddelad i
Malmö

Mål nr
6243-10 E

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
405 14 Göteborg

Ombud: Håkan Hakeröd
c/o NCC Roads AB
405 14 Göteborg

MOTPART

Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

KONKURRERENSA	
2010-05-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Atb/1

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Höganäs kommun och Helsingborgs stad har gemensamt upphandlat underhållsbeläggningar genom öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut från Helsingborgs stad den 19 mars 2010 skulle kontrakt tecknas med Peab Asfalt AB (Peab). Den 25 mars 2010 meddelade Höganäs kommun NCC Roads AB (NCC) att Helsingborg stad missat att ange att tilldelningsbeskedet även gäller Höganäs kommun. Samma dag skickade Helsingborgs stad ut ett förtydligande av tilldelningsbeslutet till anbudsgivarna.

NCC ansöker om överprövning av Höganäs kommuns upphandling och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om varvid Höganäs kommun ska utvärdera det pris NCC offererat, med avdrag för offererad rabatt. I andra hand yrkar NCC att upphandlingen ska göras om.

Höganäs kommun motsätter sig bifall till yrkandena.

Förvaltningsrätten har den 26 mars 2010 förordnat att Höganäs kommuns upphandling inte får avslutas innan annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Utveckling av parternas talan

NCC:

Helsingborgs stad påbörjade en upphandling av underhållsbeläggningar i kommunen. Under anbudstiden fick de anbudsgivare som hämtat ut förfrågningsunderlag i upphandlingen en kompletterande PM enligt vilken upphandlingen skulle omfatta även Höganäs kommun och att upphandlingen skulle leda till två separata avtal.

Stadsbilderna i Helsingborg och Höganäs skiljer sig avsevärt från varandra. Bland annat i anledning härav och på grund av NCC:s lokalisering av asfaltsverk, depåer och övrig organisation, konstaterade NCC att bolaget hade möjlighet att offerera ett lägre pris till Höganäs kommun än till Helsingborgs stad. NCC offererade vissa priser till Helsingborgs stad, men erbjöd en rabatt om 18 procent på dessa priser till Höganäs kommun. NCC har inte lagt något sidoanbud utan har lämnat två huvudanbud, ett till Helsingborgs stad och ett till Höganäs kommun.

Det pris som Helsingborgs stad haft att utvärdera var således 29 877 106 kr och det pris som Höganäs kommun haft att utvärdera var 24 499 226 kr (29 877 106 kr x 0,82). Ingenstans i de handlingar som ligger till grund för upphandlingarna anges att anbudsgivarna är förbjudna att offerera olika priser till de två kommunerna. Tvärtom anges i en kompletterande PM att en beställning och ett kontrakt upprättas för varje kommun. Om förfråg-

ningsunderlaget hade innehållit en föreskrift om att det inte var tillåtet att offerera olika priser till de två upphandlande myndigheterna skulle det ha stått i strid med den grundläggande principen om proportionalitet.

Endast en utvärdering har gjorts. De priser som därvid utvärderats, avseende NCC:s anbud, är de priser som NCC offererat till Helsingborgs stad. Givetvis skulle två separata utvärderingar rätteligen ha gjorts, varvid Höganäs kommun skulle ha utvärderat de priser som offererats just till Höganäs kommun. Om förfrågningsunderlaget skulle anses innefatta en utvärderingsmodell enligt vilket rabatter inte får lämnas till en av de beställare med vilken avtal ska tecknas, så är detta en utvärderingsmodell som inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Om lägsta pris ska ligga till grund för utvärderingen ska givetvis det anbud som innebär lägst pris för respektive upphandlande myndighet antas.

Utvärderingsmodeller som inte är ägnade att leda till rättvisande resultat är enligt fast rättspraxis inte tillåtna. Höganäs kommun förfarande att inte utvärdera de priser som offererats har inte kunnat förutses av anbudsgivarna och har inget som helst stöd i förfrågningsunderlaget. Förfarandet står således i strid med LOU. Om Höganäs kommun skulle ha utvärderat korrekta priser så skulle NCC:s anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits.

Höganäs kommun:

Höganäs kommun har upphandlat underhållsbeläggningar (asfaltsarbeten) tillsammans med Helsingborgs stad, som skötte hela upphandlingen. Helsingborg och Höganäs har fram till den 1 april 2010 haft avtal på underhållsbeläggningar (asfaltsarbeten) baserade på en tidigare gemensam upphandling. Dessa avtal skulle/ska ersättas av nya baserat på ovanstående upphandling. Helsingborg har redan skrivit avtal med Peab. Helsingborg har gjort själva upphandlingen och även utvärderingsrapport och tilldel-

ningsbesked, men personal från Höganäs har deltagit i anbudsgranskningen och utvärderingen till en del. Höganäs har inte gjort något fel i upphandlingen.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter under punkt AFB.52 anges tydligt hur utvärderingen ska gå till. Det framgår således att anbudsgivarna ska prissätta de arbeten som återfinns i den till förfrågningsunderlaget bifogade á-prislistan där fiktiva mängder/volymer anges, samt att utvärderingen ska ske utifrån priserna på dessa arbeten samt nämnda mängder. I en komplettering/PM av förfrågningsunderlaget den 25 januari 2010 anges tydligt att upphandlingen ska omfatta även Höganäs kommun. Det faktum att upphandlingen ska leda till två separata avtal innebär inte, såsom NCC gör gällande, att det rör sig om två upphandlingar eller att vad som anges i ABF.52 inte ska gälla.

Någon separat utvärdering har inte gjorts för Höganäsdelen, eftersom värdering av pris enligt förfrågningsunderlaget ska göras på i detta angivna fiktiva (beräknade) volymer. Det finns inte angivet någonstans att två utvärderingar ska göras. Det är mycket vanligt att en upphandling har en utvärdering men kan ge flera avtal, beroende på vilka som är med. Vidare anges i AFB 312 att "Sidoanbud värderas ej". Förfrågningsunderlaget och PM:et lämnar inte något juridiskt utrymme till att lämna olika priser till de olika kommunerna eller att göra utvärderingen vara kommun för sig eller på annat sätt än vad som klart angivits i förfrågningsunderlaget. Den beräkning som NCC gjort i sin ansökan om överprövning är dessutom logiskt fel. NCC:s priser avseende kommun har räknats på Helsingborgs fiktiva á-prislistas volymer och ger då en siffra på nästan 25 MSEK. Det totala värde av upphandlingen för Höganäs del ligger endast på nivån 7 MSEK.

Förvaltningsrättens bedömning

I det aktuella ursprungliga förfrågningsunderlaget anges att Helsingborgs kommun är beställare, dvs. upphandlande myndighet. Av en kompletterande PM till förfrågningsunderlaget framgår emellertid att även Höganäs kommun är upphandlande myndighet. Det borde således ha stått klart för anbudsgivarna att förfrågningsunderlaget avser upphandling av underhållsbeläggningar såväl för Helsingborgs stad som för Höganäs kommun.

Såsom NCC gör gällande har förfarandet rättsligt inneburit att två upphandlingar gjorts, en för varje upphandlande myndighet, dock har de gjorts gemensamt. Att det rättsligt rör sig om två upphandlingar innebär inte att två separata utvärderingar måste göras. Den ena upphandlande myndigheten kan mycket väl, på uppdrag av den andra, sköta bägge upphandlingarna i dess helhet, inklusive en gemensam eller skilda utvärderingar. För det fall det finns utrymme att lämna olika anbud för de olika upphandlande myndigheterna, kan det naturligtvis vara nödvändigt att göra två utvärderingar.

I den ovan nämnda PM:n – som varit en av de handlingar som legat till grund för de två upphandlingarna – anges att ”Anbudet skall också gälla för beläggningsarbeten i Höganäs kommun där volymen 2008 och 2009 uppgått till ca 7Mkr/år”. Med denna skrivning bör det ha stått klart för anbudsgivarna att endast ett anbud kommer att utvärderas avseende underhållsbeläggningar som ska utföras av samma anbudsgivare såväl i Helsingborgs stad som i Höganäs kommun. Denna utgångspunkt har således enligt förvaltningsrätten varit tillräckligt transparent, trots att förfarandet i den delen inte genomgående har genomförts på ett så stringent och tydligt sätt som kanske vore önskvärt.

Syftet med gemensamma upphandlingar kan vara olika slag av samverkansvinster, som effektivisering etc. Förvaltningsrätten kan mot denna bakgrund inte finna att förfarandet i de aktuella upphandlingarna – dvs. att

endast ett anbud utvärderas och att detta ska avse tjänster för båda de upphandlande myndigheternas räkning – är oproportionerligt på det sätt NCC gör gällande.

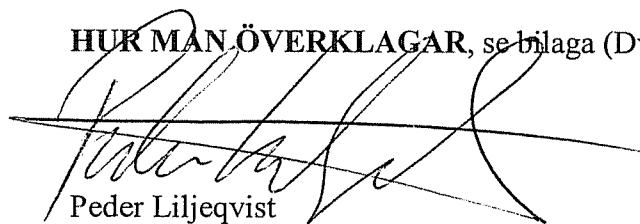
NCC har vidare anfört att en utvärderingsmodell enligt vilket rabatter inte får lämnas till en av beställarna inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Utvärderingsgrunden i de aktuella upphandlingarna är lägsta pris. NCC har haft kännedom det uppskattade värdet av upphandlingarna i Helsingborgs stad respektive Höganäs kommun och har därmed haft möjlighet att vid en prissättning i ett anbud avseende båda kommunerna beakta och kalkylera med att bolaget har möjlighet att utföra arbeten i Höganäs kommun något billigare. NCC har därmed inte visat att det inte skulle ha haft samma förutsättningar som andra anbudsgivare.

Även om upphandlingsförfarandet onekligen haft sina brister i fråga om tydligheten av samordningen mellan kommunerna – något som för övrigt kan sägas också om NCC:s anbud – är omständigheterna sammantaget sådana att NCC:s yrkande om ingripande enligt LOU bör avslås.

Särskild upplysning

Det interimistiska beslutet från den 26 mars 2010 upphör i och med denna dom att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av denna dom inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tidsfristen tre veckor.

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



Peder Liljeqvist

