

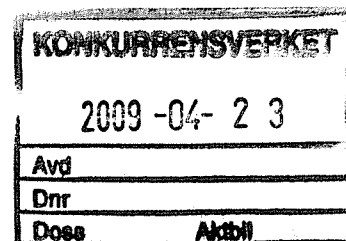
**LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN**

Magnus Wickström

BESLUT
2009 -04- 2 2
Meddelat i LinköpingMål nr
1050-09 E
Rotel 6**SÖKANDE**Peab Sverige AB, 556099-9202
260 92 FörslövOmbud: Bolagsjurist Johan K. Nilsson
Peab Sverige AB
Box 808
169 28 Solna**MOTPART**Specialfastigheter Sverige AB, 556537-5945
Box 632
581 07 LinköpingOmbud: Ulf Setterud
Setterud Entreprenadjuridik AB
Stora Torget 7
582 19 Linköping**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU
Nu fråga om interimistisk åtgärd

Kriminalvården har genomfört en offentlig upphandling avseende hyra av nyuppförda lokaler – kriminalvårdsanläggning i Östersund – och antagit det anbud som lämnats av Specialfastigheter Sverige AB (Specialfastigheter).

Peab Sverige AB (Peab) ansöker om överprövning gentemot Specialfastigheter och yrkar att länsrätten ska besluta att Specialfastigheters upphandling av ett NCC-bolag för att utföra en byggentreprenad avseende uppförande av kriminalvårdsanläggningen i Östersund ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av reglerna i LOU. Vidare yrkar Peab att länsrätten genom interimistiskt beslut ska förordna att Specialfastigheters beslut att genomföra upphandlingen tills vidare inte får verkställas. Till sist yrkar Peab att länsrätten ska dels inhämta yttrande från



Dok.Id 76843

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

Konkurrensverkets upphandlingsavdelning, dels förelägga Specialfastigheter att utge kopior av Specialfastigheters samtliga avtal med NCC avseende nu aktuell kriminalvårdsanläggning. Till stöd för sin talan anför Peab bl.a. följande. Nu aktuellt mål avser inte Kriminalvårdens upphandling utan Specialfastigheters efterföljande upphandling av en byggentreprenad avseende uppförande av en kriminalvårdsanläggning i Östersund. – Specialfastigheter utgör ett offentligt styrt organ och omfattas således av bestämmelserna om upphandling i LOU. Specialfastigheter torde innan det lämnade anbud till Kriminalvården har träffat någon form av överenskommelse om samarbete med ett NCC-bolag. Därefter har denna överenskommelse ersatts av eller utvidgats till att avse byggentreprenadkontrakt, genom vilket NCC-bolaget har upphandlats för utförandet av byggentreprenaden. Peab saknar kunskap om när och hur Specialfastigheter ingick byggentreprenadkontrakt med NCC-bolaget. Det finns två alternativ. Antingen ingick parterna byggentreprenadkontrakt innan Specialfastigheter tilldelades Kriminalvårdens kontrakt avseende hyreskontrakt. I sådant fall bör byggentreprenadkontraktet ha varit villkorat av att Specialfastigheter tilldelades Kriminalvårdens kontrakt. Alternativt träffades byggentreprenadkontrakt efter det att Specialfastigheter tilldelades Kriminalvårdens kontrakt. Att ett byggentreprenadkontrakt träffats med ett NCC-bolag har under hand vitsordats av Specialfastigheter. – Specialfastigheters upphandling av NCC-bolaget avsåg en byggentreprenad som skulle utföras enligt krav som uppställts av Specialfastigheter. Entreprenaden avser ett värde som torde uppgå till åtminstone omkring 800 000 000 kr och överstiger således vida tillämpligt tröskelvärde. Reglerna om upphandling över tröskelvärdet ska därför tillämpas på byggentreprenadkontraktet. – I LOU anges ett antal undantag från upphandlande myndigheters skyldighet att tillämpa LOU. Inget av de i LOU uppräknade undantagen är emellertid tillämpligt avseende nu aktuella byggentreprenadkontrakt. Det finns enligt LOU:s ordalydelse och de EG-rättsliga reglerna inget utrymme för att göra avsteg från nämnda regelverk. I och med att Specialfastigheter är en upphandlande

myndighet ska dess upphandlingar genomföras i enlighet med LOU och de EG-rättsliga reglerna. – Det bör särskilt uppmärksammas att Specialfastigheter inte hänvisat till någon regel i LOU eller i gällande EG-direktiv som innebär att Specialfastigheters upphandling skulle vara undantagen nämnda regler och att anledningen till detta är att undantagsregler saknas. Specialfastigheters direktupphandling har således uppenbarligen genomförts i strid med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens. Oaktat att Specialfastigheter inte ens hänvisat till någon undantagsregel vill Peab påpeka att den part som gör gällande att en undantagsregel är tillämplig har bevisbördan för att så är fallet. Av Regeringsrättens praxis framgår att undantag från gällande regelverk inte medges. – Det bör vidare noteras att en förutsättning för att leverantörer ska kunna konkurrera om ett upphandlingskontrakt är att de får kännedom om möjligheten att delta i upphandlingen i fråga. Det är mot denna bakgrund som upphandlande myndigheter enligt 7 kap. LOU är skyldiga att annonsera sina upphandlingar. Eftersom värdet av aktuell tjänst vida överstiger tröskelvärdet skulle upphandlingen rätteligen ha annonserats i Europeiska unionens officiella tidning och därigenom skulle samtliga leverantörer inom Europeiska gemenskapen ha fått tillgång till information om upphandlingen. En reell och verklig konkurrenssituation hade då uppnåtts. Annonsering har inte skett på föreskrivet sätt. Specialfastigheter har inte heller på annat sätt annonserat upphandlingen utan endast kontaktat en eller möjligen ett fåtal leverantörer och exklusivt inbjudit denne/dessa att lämna anbud i upphandlingen. Genom att underlåta att annonsera i enlighet med LOU:s bestämmelser har Specialfastigheter brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering. – Det är fråga om en upphandling som med mycket god marginal omfattas av EG-direktivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster). Om Sverige inte tillser att direktivet efterlevs kan EG-kommissionen komma att välja att föra fördragsbrottstalan mot Sverige. Det är således av vikt för Sverige

att tillse att direktivet följs och att förfaranden som utgör otillåten direktupphandling beivras. – Det bestrids att det var nödvändigt för Specialfastigheter att agera på sätt som skett. Specialfastigheter har kunnat genomföra en upphandling i enlighet med gällande regelverk. Skulle Specialfastigheters påstående om motsatsen vara riktigt, vilket inte ens gjorts antagligt, blir slutsatsen av detta dessutom inte att Specialfastigheter haft rätt att nonchalera regelverket. Vid en eventuell konflikt mellan den upphandlande myndighetens egna mål och gällande upphandlingsregler får målen ifrågasåta således ge vika oberoende av hur affärsmässiga de än kan anses vara. Syftet med upphandlingsreglerna är framför allt att konkurrensen på marknaden ska utnyttjas. Detta syfte kan aldrig uppnås om statliga bolag skulle tillåtas att bortse från gällande regelverk när de anser detta lämpligt för att uppnå sina egna mål. – Peab har genom Specialfastigheters agerande helt uteslutits från möjligheten att lämna anbud, och därmed från att över huvud taget delta i upphandlingen. I egenskap av (potentiell) leverantör lider Peab skada om upphandlingen inte görs om med iakttagande av reglerna i LOU. Specialfastigheter har genom sitt agerande uteslutit inte bara Peab utan även andra leverantörer från möjligheten att lämna anbud som skulle kunna innehålla mer konkurrenskraftiga villkor än de villkor som Specialfastigheter utan konkurrenssättning förhandlat sig till av NCC-bolaget. – Genom att utan föregående upphandling med iakttagande av reglerna i LOU besluta teckna avtal med ett NCC-bolag avseende byggtreprenaden har Specialfastigheter gjort sig skyldigt till en otillåten direktupphandling. Det är i rättspraxis fastslaget att en förvaltningsdomstol kan besluta att en sådan upphandling ska göras om. – Peab vet inte vad Specialfastigheter menar med att avtalet är ”fullbordat”. Om Specialfastigheter menar något annat än att det finns ett avtal mellan Specialfastigheter och NCC enligt vilket NCC ska utföra nu aktuell byggtreprenad så bestrids detta. Peab kan således rent allmänt vitsorda att avtalet är bindande men saknar kunskap om under vilka eventuella förutsättningar bundenhet ej föreligger. Att avtalet är civilrättsligt bindande påverkar dock inte Peabs rätt till överprövning. – Av

praxis följer att det, trots att en upphandlande enhet träffat avtal utan ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU, kan saknas skäl att få målet prövat om tiden för utförandet av de tjänster som rätteligen skulle ha upphandlats för länge sedan passerats. – I 16 kap. 2 § LOU anges att rätten under vissa förutsättningar omedelbart får besluta att upphandlingen inte får avslutas. Däremot anges inte uttryckligen att rätten får inhibera verkställigheten av ett avtal om upphandling. Eftersom en otillåten direktupphandling enligt bl.a. rättsfallet RÅ 2005 ref. 10 i visst avseende aldrig anses avslutad går det, med enbart beaktande av ordalydelsen i 16 kap. 2 § andra stycket, att ha uppfattningen att det saknas förutsättningar för att meddela ett interimistiskt beslut enligt vilket en otillåten direktupphandling inte får avslutas. Vidare går det med enbart beaktande av ordalydelsen i 16 kap. 2 § andra stycket LOU att ha uppfattningen att regeln inte ger stöd för att inhibera verkställigheten av ett beslut att genomföra en otillåten direktupphandling. – I den mån det inte skulle vara möjligt att inhibera verkställigheten av ett beslut om otillåten direktupphandling kan den part som riskerar att lida skada av en sådan upphandling drabbas av rättsförlust, om tiden för utförandet av de tjänster som rätteligen skulle ha upphandlats enligt LOU passeras under tiden för målets handläggning. Motsvarande risk löper inte den part som överklagar en upphandling som inte utgör en otillåten direktupphandling. Redan till följd av detta framstår en ordning enligt vilket det inte går att inhibera verkställigheten av ett beslut om otillåten direktupphandling som orimlig. Det kan ifrågasättas varför en upphandlande myndighet som nonchalerar LOU skulle kunna undgå att regelbrott beivras när motsvarande inte gäller en upphandlande myndighet som försöker följa regelverket. – Till detta kommer att det av artikel 2 i EG-direktivet 89/665 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, följer att medlemsstaterna ska se till att införa regler som innefattar behörighet att ”så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för

att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställigheten av den upphandlande myndighetens beslut". Enligt 28 § förvaltningsprocesslagen framgår vidare att domstol som har att pröva besvär kan inhibera överklagade beslut m.m. – I den mån länsrätten inte anser att 16 kap. 2 § LOU ger utrymme för att bifalla yrkandet om interimistiskt beslut åberopas således såväl ovan angiven EG-regel som 28 § förvaltningsprocesslagen. Det bör noteras att EG-regeln har direkt effekt och ska tillämpas av svensk domstol eftersom den är tydlig, ovillkorlig och ger den enskilde rätten att få ett felaktigt upphandlingsbeslut inhiberat.

Specialfastigheter bestrider bifall till Peabs yrkanden samt anför bl.a. följande. Det avtal mellan Specialfastigheter och NCC som Peab vill får prövat gäller en överenskommelse om att lämna anbud till Kriminalvården avseende ett hyreskontrakt för en ny kriminalvårdsanläggning i Östersund. Hyreskontraktet förutsätter att hyresvärden (Specialfastigheter) låter uppföra en ny kriminalvårdsanläggning. Avtalet mellan Specialfastigheter och NCC avser själv byggprojektet. Kriminalvårdens upphandling avslutades den 23 oktober 2008. – Peabs huvudargument tycks vara att LOU inte innehåller något uttryckligt undantag för den avtalssituation som denna prövning avser. Det är dock inte unikt för LOU att den inte räknar upp samtliga situationer där lagen inte ska tillämpas. Det är inte heller unikt att man i rättspraxis förtydligar en lagtext genom att slå fast var gränsen för tillämpningsområdet går. – Länsrätten har tidigare, genom dom den 6 mars 2009 i mål nr 226-09, slagit fast att LOU inte ska tillämpas när en upphandlande myndighet ingår ett samarbetsavtal inför en anbudsgivning. I målet bedömdes en överenskommelse av samma typ som Peab nu begär överprövning av. Eftersom samarbetsavtal om att lämna anbud inte omfattas av LOU har Specialfastigheter inte genomfört en otillåten direktupphandling. – Enligt 16 kap. 2 § LOU får rätten besluta att en upphandling inte får avslutas. Denna regel ska ses tillsammans med bestämmelserna om

tiodagarsfristen för överprövning och huvudregeln om att en upphandling inte kan överprövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Civilrättsligt har Specialfastigheter ingått ett avtal med NCC och i den meningen är ”upphandlingen” avslutad. – Ett inhibitionsbeslut torde förutsätta att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU och dessutom att det finns risk för skada. Med hänvisning till länsrättens tidigare dom föreligger i vart fall inte den första förutsättningen. Det finns inte heller någon fara i dröjsmål eftersom det inte löper någon tiodagarsfrist. Vidare skulle ett inhibitionsbeslut bli verkningslöst i detta sena skede. – Yrkandet om att länsrätten ska förordna att Specialfastigheters avtal inte får ”verkställas” har inget stöd i LOU. Avtalet mellan Specialfastigheter och NCC är fullbordat. Vidare är den egentliga upphandlingen, Kriminalvårdens upphandling av kriminalvårdsanläggning, sedan länge avslutad. Det föreligger i båda dessa fall civilrättsligt bindande avtal. Varken Kriminalvården, Specialfastigheter eller NCC har möjlighet att frångå sina åtaganden under förutsättning att regeringen fattar beslut om att godkänna upphandlingen. Skadan för samtliga inblandade parter skulle bli betydande om ingångna avtal inte skulle kunna fullföljas eller om byggprocessen försenades.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 16 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får 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 1. den upphandlande myndigheten lämnat under rättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 ome-

delbart 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.

Länsrätten ska nu pröva om det finns förutsättningar för att interimistiskt förordna att Specialfastigheters beslut att genomföra upphandlingen tills vidare inte får verkställas. Enligt Peab kan sådant beslut fattas med stöd av bestämmelser i EG-direktiv och förvaltningsprocesslagen, och möjligen även med stöd av bestämmelser i LOU.

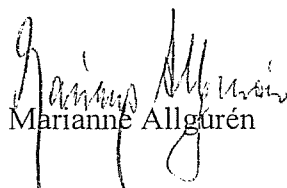
Det som ska prövas i detta mål är om Specialfastigheter har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Om det konstateras att Specialfastigheter brutit mot någon av dessa bestämmelser ska i målet också prövas om felaktigheten medfört att Peab lidit eller kan komma att lida skada. Med hänsyn till omständigheterna i målet förutsätter inte denna prövning att länsrätten fattar ett interimistiskt beslut. Vid sådant förhållande kan Peabs interimistiska yrkande inte bifallas.

Länsrätten kommer senare att ställning till om yttrande ska inhämtas från Konkurrensverket och om Specialfastigheter ska föreläggas att lämna ut vissa handlingar.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Peabs yrkande om att länsrätten interimistiskt ska förordna att Specialfastigheters beslut att genomföra upphandlingen tills vidare inte får verkställas.

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


Marianne Allguren



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.