

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009 -11- 11
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1050-09
Rotel 6

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
Margretorpsvägen
260 92 Förslöv

Ombud: Johan K. Nilsson
Peab Sverige AB
Box 808
169 28 Solna

MOTPART

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

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

SAKEN

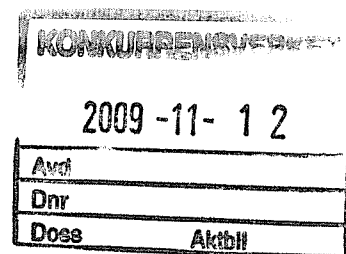
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten beslutar att Specialfastigheter Sverige AB:s upphandling av byggentreprenad för uppförande av en kriminalvårdsansläggning i Östersund ska göras om.

Länsrätten avslår Specialfastigheter Sverige AB:s yrkande om att målet ska vilandeförklaras.

Länsrätten avslår Peab Sverige AB:s yrkande om att länsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket och förelägga Specialfastigheter Sverige AB att lämna ut vissa handlingar.



Dok.Id 86456

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

YRKANDEN M.M.

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 ska dels inhämta yttrande från 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 ha 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 Specialfas-

tigheter 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 byggtreprenader, 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. Om Specialfastigheters påstående om motsatsen skulle 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 ifrågaså 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 konkurrensutsättning 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 byggentreprenaden 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 byggentreprenad 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. – Peab åberopar Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 november 2009 i mål nr 773-09 och Konkurrensverkets yttrande som inhämtats i det målet.

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 själva 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 (jfr NJA 1979 s. 602). – Förfarandet att skaffa sig samarbetspartner inför en anbudsgivning är inte unikt för Specialfastigheter och är en nödvändighet för ett fastighetsbolag utan egen byggorganisa-

tion som önskar lämna anbud i en upphandling. – Avtal om att lämna anbud i en offentlig upphandling ska inte jämföras med en offentlig upphandling, dels för att den egentliga upphandlingen sker i ett senare steg, dels för att avtalet är avhängigt av att man tilldelas kontrakt i den egentliga, konkurrensutsatta upphandlingen. 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 huvudregeln kan en upphandling inte överprövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Civilrättsligt har Specialfastigheter ingått ett avtal med NCC och i den meningen är ”upphandlingen” avslutad. 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. – Angående handläggningen yrkar Specialfastigheter att målet ska vilandeförklaras i avvaktan på att Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 november 2009 i mål nr 773-09 vinner laga kraft.

Av Konkurrensverkets yttrande den 3 juni 2009 till kammarrätten i ovan angivet mål (nr 773-09) framgår bl.a. följande. Specialfastigheter har uppgivit sig inte förfoga över egna resurser för att kalkylera eller genomföra byggtreprenader. För att kunna delta i Kriminalvårdens upphandling tog därför Specialfastigheter in anbud från ett antal byggtreprenörer. I anbud daterat den 12 mars 2008 riktat till Specialfastigheter erbjöd sig visst före-

tag att mot angiven ersättning utföra markarbeten för Kriminalvårdsanstalten Haparanda. I anbud daterat den 12 mars 2008 riktat till Specialfastigheter erbjöd sig visst annat företag att mot angiven ersättning utföra byggarbeten för samma anstalt. Specialfastigheter träffade därefter avtal med dessa företag avseende uppförandet av den i målet aktuella kriminalvårdsanläggningen. Specialfastigheter stod som ensam anbudsgivare i det anbud som gavs in i Kriminalvårdens upphandling. – Konkurrensverkets slutsats är att Specialfastigheter hade skyldighet att upphandla de i målet aktuella bygg- och anläggningsentreprenaderna med iakttagande av regelverket i LOU. Något undantag från denna skyldighet eller några skäl för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte framkommit i målet.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 2 § LOU framgår, att 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.

Länsrättens bedömning

Målet har tidigare vilandeförklarats i avvaktan på att Kammarrätten i Jönköping skulle avgöra sitt mål nr 773-09 mellan Peab och Specialfastigheter angående liknande frågeställning som den som ska prövas i detta mål.

Kammarrätten har avgjort målet genom dom den 4 november 2009.

Specialfastigheter har nu yrkat att länsrätten ska vilandeförklara målet i avvaktan på att kammarrättens dom vinner laga kraft. Skäl att ytterligare avvakta med att avgöra detta mål föreligger inte.

I målet är ostridigt att Specialfastigheter är ett sådant offentligt styrt organ som vid upphandling har att tillämpa LOU, att NCC på Specialfastigheters uppdrag ska uppföra en kriminalvårdsanläggning i Östersund, att Special-

fastigheter inte tillämpat LOU innan avtal träffades med NCC och att aktuell entreprenads värde överstiger det tröskelvärde för byggentreprenader som följer av 3 kap. 1 § LOU.

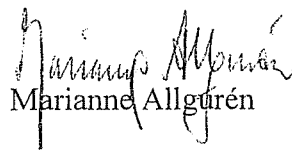
Förhållandena är sådana att Specialfastigheter varit skyldigt att upphandla aktuell entreprenad med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Inget av de undantag som anges i LOU från denna skyldighet är tillämpligt.

Peab har genom Specialfastigheters felaktiga agerande uteslutits från möjligheten att lämna anbud i en offentlig upphandling, och får därmed anses ha lidit skada.

Det avtal som Specialfastigheter ingått med NCC har tillkommit utan ett förfarande enligt LOU. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr RÅ 2005 ref. 10). I målet har inte framkommit annat än att ifrågavarande byggentreprenad inte slutförts.

Av det anförda följer att Specialfastigheter ska göra om upphandlingen av aktuell byggentreprenad. Vid sådant förhållande saknas anledning att på talan av Peab inhämta yttrande från Konkurrensverket och att förelägga Specialfastigheter att lämna ut vissa handlingar.

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


Marianne Allguren

Föredragande har varit Magnus Wickström.



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.