



SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188
Syrgasvägen 4
553 02 Jönköping

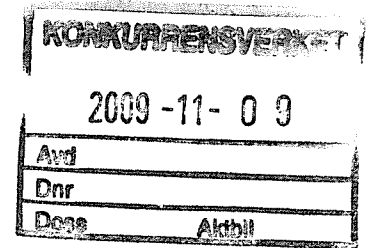
Ombud: Advokaten Viktoria Edelman
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Tekniska kontoret
Jönköpings kommun
551 89 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tekniska kontoret i Jönköpings kommun (kommunen) inbjöd den 5 juni 2009 till anbudsgivning avseende generalentreprenad vid om- och tillbyggnad av Åsen 1:30, Transport- och Trafiktekniskt Centrum. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter (AFC) anges bl.a. följande. För entreprenaden gäller Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 04, med de ändringar och tillägg som följer av dessa AFC. Förenklad upphandling kommer att tillämpas. Upphandling sker genom att byggherren träffar avtal om åtta delentreprenader, bl.a. DE 3. RE entreprenad för rörinstallationer. Anbudsgivare ska

Dok.Id 59601

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Ö Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00
E-post: lansrattenijonkoping@dom.se
www.lansrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

lämna anbud i enlighet med anbudsformulär. Det anbud med lägsta pris kommer att antas. Underentreprenör ska enligt avsnitt AFC.632 till den blivande generalentreprenören (GE) ställa säkerhet för sitt åtagande enligt AB 04 i form av bankgaranti. Säkerhet ska vara utställd att gälla till förmån för GE samt i den utsträckning säkerheten inte behöver tas i anspråk av denne till förmån för byggherren. – Kommunen antog Västgötarör AB som leverantör i fråga om delentreprenaden DE 3. RE entreprenad för rörinstallationer.

Bravida Sverige AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom en ny utvärdering varvid bolagets anbud ska tas upp till prövning. Bolaget anför i huvudsak följande. Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att bolagets anbud är det anbud som har lägst anbudssumma. Kommunen har dock betecknat bolagets anbud som "ej komplett". Bolagets anbud har förkastats, eftersom bolaget i sitt anbud angett att säkerhet för entreprenaden kommer att utgöras av en moderbolagsgaranti. Bolaget har lämnat anbud på det anbudsformulär som kommunen tillhandahållit. I anbudsformuläret anges under rubriken "Säkerhet" att "Säkerhet för entreprenaden kommer att utgöras av" och därefter har anbudsgivaren möjlighet att på underliggande streckade rad fylla i uppgift om säkerhet. En säkerhet i form av en moderbolagsgaranti är likvärdig med en säkerhet i form av en banksäkerhet eller försäkring. Eftersom bolaget har möjlighet att erbjuda säkerhet i form av en moderbolagsgaranti kan kostnaderna för säkerheten minskas och bolaget på så sätt erbjuda konkurrenskraftiga anbud med lägre pris. Anbudsformuläret innehåller en uttrycklig begäran att anbudsgivaren ska ange vilken säkerhet som kommer att erjudas, vilket rimligen innebär att anbudsgivaren har haft en möjlighet att välja vilken form av säkerhet som skulle erjudas. Det hade inte varit nödvändigt att i anbudsformuläret lämna uppgift om säkerhet om kommunen avsett att endast en sorts säkerhet var möjlig. Bolaget har lämnat sitt anbud i enlighet med anbudsformu-

läret och inte utelämnat några uppgifter. Bolagets anbud är således komplett och borde därför ha tagits upp till prövning. Kommunens förfarande att förkasta bolagets anbud är således felaktigt. Bolagets anbud hade, om kommunen tagit upp anbudet till prövning, antagits eftersom anbudet är det som erbjuder det lägsta priset. Bolaget kan som en följd av kommunens felaktiga handlande lida skada till följd av utebliven vinst eftersom bolaget inte har tilldelats kontraktet. Kommunen har genom sitt förfarande brutit mot principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU om att upphandlande myndigheter ska genomföra upphandlingar på ett öppet sätt och att upphandlingar ska vara förutsebara.

Länsrätten har förordnat att upphandlingen, såvitt avser delentreprenaden DE 3. RE entreprenad för rörinstallationer, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kommunen bestrider bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Bolagets anbud har diskvalificerats då det inte är komplett enligt förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget med kompletteringar torde i sig vara ostridiga mellan parterna. Det är tillika ostridigt att bolaget har i sitt anbud lämnat en moderbolagsgaranti. I förfrågningsunderlaget anges att kommunen av underentreprenör till den blivande generalentreprenören ska kräva säkerhet för sitt åtagande i form av bankgaranti. Då det i förfrågningsunderlaget stadgas krav på en bankgaranti och bolagets anbud inte innehåller en sådan ska anbudet diskvalificeras. En bankgaranti utgör en stark och trygg säkerhet för åtaganden såsom avtal. Ett av skälen för att det har krävts en bankgaranti är att kommunen inte ska behöva utreda kreditvärdigheten hos någon avtalspart eller förmågan att genomföra åtaganden. En moderbolagsgaranti garanterar inte genomförandet av åtgärden och är inte likvärdig i säkerhet med en bankgaranti. Moderbolagsgarantin är avhängig av moderbolagets ekonomi, vilket förutsätter en granskning och bedömning av moderbolagets ekonomi. För kommunen har det

varit väsentligt att det finns en säkerhet som tryggar genomförandet och en moderbolagsgaranti utgör inte en sådan säkerhet. En bankgaranti medför en kostnad för den som tecknar garantin till skillnad från en moderbolagsgaranti. Det innebär således att övriga anbudsgivare som har erbjudit en bankgaranti får en högre kostnad än den som lämnat en moderbolagsgaranti. Det har inte funnits någon möjlighet till alternativa säkerheter. Såvida länsrätten finner att det har förelegat någon otydlighet avseende förfrågningsunderlaget kan detta vara skäl för att göra om upphandlingen men inte utvärderingen. Såvida en anbudsgivare utifrån förfrågningsunderlag inte kan förutsäga hur anbudsformulär och kompletteringar till förfrågningsunderlag ska beaktas och utvärderas av den upphandlande myndigheten har leverantörer inte behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt med den förutsägbarhet som stadgas i 1 kap. 9 § LOU. Om så är fallet ska upphandlingen göras om.

Bolaget har därefter anfört i huvudsak följande. Det skulle inte vara förenligt med principen om minst ingripande åtgärd att förordna att upphandlingen ska göras om. En ny anbudsutvärdering i vilken bolagets anbud tas upp till prövning är under förutvarande omständigheter en tillräcklig åtgärd för att tillse att LOU följs. Uppgifterna i förfrågningsunderlaget och i anbudsformuläret är inte förenliga med varandra, då anbudsformuläret är formulerat så att anbudsgivaren har att ange vilken typ av säkerhet denne avser att lämna. Anbudsformuläret utgör en del av förfrågningsunderlaget och är specifikt utformat för den aktuella delentreprenaden. Bolaget har inte haft skäl att med anledning av det som anges i AFC ifrågasätta det som framgår av formuläret. Koncernen Bravida hade under verksamhetsåret 2008 en omsättning på 10,5 miljarder kronor och årets resultat var 324 miljoner kronor. För bolaget är den aktuella entreprenaden inte något stort projekt. Den aktuella garantin ska utställas i enlighet med AB 04 och utgöra tio procent av anbudssumman vilket är ca 720 000 kronor. Under dessa förhållanden får den upphandlande myndigheten en fullt tillräcklig säker-

het i form av en moderbolagsgaranti. Att bolaget har haft en lägre kostnad för utställandet av garantin än övriga anbudsgivare har inte någon påverkan på frågan om säkerheten ska godtas eller inte. I enlighet med vad som anges i anbudsformuläret har alla anbudsgivare haft att välja typ av säkerhet. Att bolaget kan ställa en tillräcklig säkerhet i form av en moderbolagsgaranti innebär inte annat än att bolaget kan lämna ett mer fördelaktigt anbud. Eftersom bolagets anbud var det som innehöll lägst pris kan bolaget lida skada på grund av kommunens beslut att i strid med LOU förkasta anbudet. Bolagets anbud är komplett och borde ha tagits upp till utvärdering. Rättelse ska därför ske på så sätt att ny utvärdering ska göras i vilken bolagets anbud ska upptas till utvärdering.

Kommunen har därefter tillagt i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget har det uttryckligen ställts ett ska-krav på att en bankgaranti ska lämnas. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets tydlighet är det långsökt att hävda att det inte är förenligt med anbudsformuläret. Det torde inte råda någon tvekan om vad som efterfrågats enligt förfrågningsunderlaget. En moderbolagsgaranti är inte likvärdig med en bankgaranti. Övriga anbudsgivare har lämnat en bankgaranti. Det kan inte uteslutas att flera av dessa anbudsgivare skulle ha lämnat moderbolagsgarantier eller andra säkerheter såvida kravet på en bankgaranti inte hade uppställts. Det skulle sannolikt ha inneburit att även deras anbud hade blivit mer fördelaktiga. Ett acceptande av en moderbolagsgaranti skulle i sådant fall innebära en snedvriden konkurrens.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande

de principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Länsrätten gör följande bedömning.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Det är den upphandlande myndigheten som identifierar sitt behov inför en upphandling. Den upphandlande myndigheten kan sedan utifrån detta behov utforma de krav som ska gälla förutsatt att principerna i LOU inte överträds. Vid utvärderingen av anbud får den upphandlande myndigheten inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets ska-krav. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav får således inte antas. Den upphandlande myndigheten skulle i sådant fall kunna anses bryta mot principen om likabehandling av anbudsgivare.

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga bl.a. om det visas att den upphandlande myndigheten inte har iakttagit principen om proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven i förfrågningsunderlaget måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

Det aktuella ska-kravet anges under punkten AFC.632 Säkerhet till generalentreprenören i förfrågningsunderlaget och innefattar följande. Under-

entreprenör ska till den blivande generalentreprenören ställa säkerhet för sitt åtagande enligt AB 04 i form av bankgaranti. Säkerhet ska vara utställd att gälla till förmån för GE samt i den utsträckning säkerheten inte behöver tas i anspråk av denne, till förmån för byggherren.

Det aktuella ska-kravet avser således att underentreprenören ska ställa säkerhet för sitt åtagande i form av en bankgaranti. Det framgår av utredningen att det ifrågavarande ska-kravet motiveras av att en bankgaranti utgör en stark och trygg säkerhet och att kommunen inte ska behöva utreda kreditvärdigheten hos någon avtalspart. Länsrätten anser inte att kravet i fråga är oproportionerligt eller att det strider mot någon annan grundläggande princip enligt 1 kap. 9 § LOU. Kravet går till synes inte utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen och leverantörerna har getts lika förutsättningar. Anbudsformuläret hade en streckad rad för ifyllande av närmare uppgifter om den säkerhet i form av bankgaranti som krävdes enligt AFC.632. Förfrågningsunderlaget ger inte stöd för den tolkning som bolaget har gjort. I målet är ostridigt att bolaget i sitt anbud har ställt säkerhet i form av en moderbolagsgaranti. Bolagets anbud har således inte uppfyllt ett av kommunen uppställt ska-krav och ansökan om överprövning ska därför avslås. Länsrättens interimistiska beslut ska inte längre gälla.

Det antecknas att länsrätten denna dag i mål 2001-09 efter begäran om överprövning av NVS Installations AB:s har beslutat att upphandlingen, såvitt avser delentreprenaden DE 3. RE entreprenad för rörinstallationer, ska göras om.

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


Lena Schön-Barkestam

