



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Kristina Augustsson

DOM

2008-11-11
Meddelad i
Vänersborg

Mål nr

2464-08 E

SÖKANDE

Fundator Entreprenad AB, 556692-4899
Exportgatan 47
422 46 Hisings Backa

MOTPART

Ale kommun
Upphandlingsenheten
449 80 Alafors

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

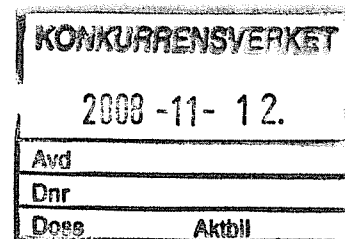
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning av Ale kommuns beslut att avbryta upphandlingen avseende förstärkningsåtgärder inom f.d. Surte glasbruk (F47-0846).

Länsrätten prövar inte yrkandet om interimistiskt förordnande.



Dok.Id 59543

Postadress
Box 1060
462 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00
E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Genom förfrågningsunderlag daterat den 1 juli 2008 erbjöds leverantörer att inkomma med anbud i Ale kommuns upphandling avseende förstärkningsåtgärder inom f.d. Surte glasbruksområde. Fundator Entreprenad AB (nedan Fundator) var en av två anbudsgivare i upphandlingen. Ale kommun beslutade den 1 oktober 2008 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet anfördes att det fanns sådana oklarheter i den tekniska beskrivningen att en korrekt utvärdering inte kunde genomföras. Ale kommun (nedan kommunen) tillkännagav även att kommunen avsåg lägga ut en reviderad anbudsfrågan inom en vecka.

YRKANDEN M. M.

Fundator yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska fortsätta och att anbuden ska utvärderas utifrån de förutsättningar som angavs i upphandlingen. Fundator yrkar även att länsrätten ska förordna att den nya upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten fattat beslut i den avbrutna upphandlingen. Fundator anför bl.a. följande. Det har kommit in två anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget och inget av dem innehåller några reservationer. Bolagets anbud är mest fördelaktigt och borde ha antagits. Det finns inga oklarheter i anbudsunderlaget. Kommunen har begärt bekräftelse på att samtliga kostnader för omhändertagande av förorenade massor ingår i anbudet samt ett förtydligande avseende ingående moment och val av metod för ett antal punkter poster i mängdförteckningen. Bolaget har lämnat begärda uppgifter och upplyst om att kostnaderna för schakt och borttransport ingår samt att bolaget ser stora möjligheter att spara både kostnader och miljö genom att återanvända rena massor eller massor med förorening. Bolagen har inte haft olika förutsättningar och utgångspunkter för hanteringen av de förorenade massorna. Den enda skillnaden, förutom priset, är att de valt olika deponianläggningar för de förorena-

de massorna. Om den upphandlande enheten ansåg att det fanns oklarheter som man ville klargöra borde man ha gjort det i ett upphandlingsförfarande. Att det andra bolaget hade för avsikt att transportera de aktuella förorenade massorna till en deponianläggning i Kumla är ingen anledning till att avbryta upphandlingen. Bolagets anbud grundar sig på anbudshandlingarna och strider inte mot de i handlingarna angivna reglerna av omhändertagande av förorenade massor. Att dra slutsatsen att alla schaktmassor är så förorenade att de inte kan återanvändas strider mot de utredningar som finns med i förfrågningsunderlaget och innebär onödiga kostnader. Kommunen medger att uppgifterna i miljökonsekvensbeskrivningen (nedan MKB: n) ger vid handen att delar av schaktmassorna skulle kunna återanvändas på ett eller annat sätt. Provtagningarna och analyserna som är gjorda i MKB: n berör till största delen arbetsområdet medan huvudstudierapporten (nedan EBH), som kommunen tycks ha grundat sina slutsatser på, till största delen berör det övriga industriområdet som ligger utanför arbetsområdet. Det hjälper inte att handlingen är upprättad vid en senare tidpunkt om proven är tagna på fel ställe det vill säga utanför arbetsområdet. Att det andra bolagets anbud är högre än vad budgeten tillåter saknar relevans eftersom bolagets anbud ligger inom budgetramen. Det andra bolagets anbud är felräknat med cirka 2,6 miljoner. Anbudssumman ska vara 18,3 miljoner och utgör tillfredställande konkurrens. Bolagets anbud uppfyller alla villkor och ryms inom kommunens budget för entreprenaden.

Kommunen anser att Fundators ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Efter att ha sett stora prisskillnader i de offererade priserna misstänkte man att anbudsgivarna tolkat förfrågningsunderlaget på olika sätt. Anbudsgivarna tillställdes därför likalydande brev där man begärde bl.a. en bekräftelse på att samtliga kostnader för omhändertagandet av förorenade massor ingick i anbudet samt ett förtydligande avseende ingående moment och metodval för ett antal poster i den prissatta mängdförteckningen. Av de erhållna svaren framkom att anbudsgivarna hade olika ut-

gångspunkter vad gällde frågan om hantering av förorenade schaktmassor. Fundator hade räknat med att 75 procent av de förorenade schaktmassorna skulle kunna återanvändas och att 25 procent skulle köras till Borås deponi. Det andra bolaget avsåg troligen att transportera alla de förorenade massorna till en deponianläggning i Kumla. Av mängdförteckningen (nedan MF) och miljökontrollprogrammet (nedan MKP) framgår att man förutsätter att de förorenade schaktmassorna ska bortfraktas till lämplig deponianläggning. I MKB:n finns dock uppgifter som ger vid handen att delar av de aktuella schaktmassorna skulle kunna användas på ett eller annat sätt. Även om man kan tycka att anbudsgivarna borde ha utgått från de nyare beskederna som finns i MF och MKP kan inte bortses från att förfrågningsunderlaget med sina bilagor innehåller uppgifter som kan leda till helt olika utgångspunkter vid beräkningen av pris i upphandlingen. Länsstyrelsen, som är tillsynsmyndighet när det gäller de aktuella frågorna, har tydligt uttalat att det inte är möjligt att återanvända någon del av de aktuella schaktmassorna utan att de måste omhändertas av deponianläggning vilket föranlett skrivningarna i MF och MKB. Förfrågningsunderlaget borde ha varit tydligare och skrivningarna i MKB:n som indikerande att det skulle vara möjligt att återanvända en del av schaktmassorna borde ha skrivits bort. Regeringsrätten fastställde i mål 7679-06 att bristande konkurrens och för högt offererat pris utgjorde sakliga skäl för att avbryta en upphandling. Det andra bolagets anbud överstiger den budget som fastställts för entreprenaden. I förutsättningar för upphandlingen anges att upphandlingen genomförs under förutsättning att entreprenaden ryms inom planerad budget. Därtill kommer att Fundators anbud bygger på att förorenade massor ska omhändertas på ett sätt som inte är tillåtet, vilket innebär att anbudet inte kan antas. Om något av anbuderna ändå skulle kunna antas så föreligger det, med endast ett anbud att pröva, ingen tillfredställande konkurrens i upphandlingen. Man har således haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU 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.

Av 16 kap. 2 § samma lag 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av EG-domstolens dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00 följer att ett beslut att avbryta en påbörjad upphandling kan överprövas och i förekommande fall ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet strider mot gemenskapsrättsliga principer om offentlig upphandling eller de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt. I RÅ 2005 ref. 62 uttalade Regeringsrätten att nyss nämnda överprövning ska ske i förvaltningsdomstol.

Utredningen

Punkt AFB.15 stycke 3 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse.

”Upphandlingen genomförs under förutsättning att entreprenaden rymms inom planerad budget.”

Punkt 3.2 i MKP:n, daterad den 30 maj 2008, som ingår i förfrågningsmaterialet har bl.a. följande lydelse. ”Som framgår av mängdbeskrivningen ut-

förs merparten schakt i vatten. Massorna flyttas relativt omgående från schaktområdet till en omlastningsplats i avvaktan på transport till mottagningsanläggning.”

Punkt 3.3 i MKP:n har bl.a. följande lydelse. ”I entreprenaden ingår att svara för att schaktmassorna omhändertas vid lämplig mottagningsanläggning. Detta innebär att entreprenaden åläggs svara för att eventuella krav för mottagningsanläggningen på kompletterande miljöanalyser genomförs. Vidare att lösa borttransporten av massor vilket i praktiken kan ske genom antingen sjö- eller landtransport. ”

Punkt 2.3.4 i MKB: n, daterad den 9 juli 2004, som ingår i förfrågningsmaterialet har bl.a. följande lydelse. ”Miljötekniska undersökningar har utförts i flera omgångar inom området i syfte att klargöra föroreningsgraden i mark och sediment. Totalt har 22 jordprov från mark inom den aktuella strandlinjen analyserats vid ackrediterat laboratorium. Analysresultaten visar att området generellt är kontaminerat av arsenik, kadmium, koppar, nickel och bly samt av cancerogena PAH. I cirka 75 procent av provpunkterna låg uppmätta halter inom intervallet mellan Naturvårdsverkets generella riktvärde för känslig, KM, respektive mindre känslig, MKM, markanvändning. I övriga sex punkter var halterna betydligt högre än det generella riktvärdet för mindre känslig markanvändning. Det har blivit något av en praxis i Sverige att jord med halter över generellt riktvärde för känslig markanvändning är att anse som ”förorenad” och därmed ställs krav på hur massorna ska hanteras och vart de ska omhändertas (återanvändning, återvinning eller i sista hand deponering).”

Punkt 4.2.2. i MKB: n har följande lydelse. ”Schaktmassorna har indelats i fyra klasser beroende på föroreningstyp. De olika klasserna föreslås att hanteras enligt följande tabell:”

| Föreningensnivå | Omhändertagande |
|---|--|
| < generellt riktvärde KM | valfri ”schaktmassetipp” |
| generellt riktvärde KM – MKM | återanvändning i lämpligt projekt (endast i samråd med tillsynsmyn- dighet!) Täckmassor till avslut- ningsarbeten inom deponier (skyddsskikt.) |
| > högre än generellt riktvärde för MKM | Täckmassor till avslutningsarbeten inom deponier (skyddsskikt.) Depo- ni/mottagningsanläggning med till- stånd t.ex. Fläskebo (Renova). |

Länsrätten gör följande bedömning

Länsrätten prövar inte det interimistiska yrkandet särskilt utan företar målet direkt till slutligt avgörande.

Under vissa förutsättningar kan en upphandlande enhet avbryta en upphandling. LOU innehåller inga uttryckliga bestämmelser om vilka förhållanden som krävs för att en upphandling ska få avbrytas. Av den praxis som har utarbetats på området framgår dock att den upphandlande enheten måste ha sakliga godtagbara skäl för sitt beslut och följa de gemenskapsrättsliga principer som finns på upphandlingsområdet.


Någon klar och entydig praxis på vad som utgör sakliga skäl har ännu inte utarbetats. Av Regeringsrättens dom den 18 juni 2008 mål nummer 7679-06 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 februari 2007 mål nummer 2991-06 framgår dock att både budgetöverträdelse samt bristande konkurrens kan utgöra sakliga skäl för att avbryta en upphandling.

Det finns två anbudsgivare i den aktuella upphandlingen. Kommunen har anfört att ett av anbuden överstiger den budget som är fastställt för entreprenaden. Såvitt framgår av utredningen har den anbudsgivare som överstiger budgeten inte vidtagit med någon rättelse eller annan form av ändring av sitt anbud. Länsrätten anser därför inte att Fundators påstående om att den andra anbudsgivaren anbud är felräknat föranleder någon åtgärd. Utredningen i målet visar att kommunen uttryckligen angivit i sitt förfrågningsmaterial att det är en förutsättning för upphandlingen att entreprenaden ryms inom planerad budget. Det innebär att kommunen är förhindrade att anta det anbud som överstiger den fastställda budgeten och det finns därmed endast ett anbud att pröva i upphandlingen. Av Regeringsrättens ovan nämnda dom framgår att omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare kvarstår i regel får anses som ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling.

Kommunen menar dessutom att man är förhindrade att anta även Fundators anbud eftersom det är här sin utgångspunkt i felaktiga uppgifter om hur förorenade schaktmassor ska behandlas. Kommunen menar att Fundators utgångspunkt har sin grund i otydliga uppgifter i förfrågningsmaterialet. Länsrätten delar kommunens bedömning att förfrågningsmaterialet innehåller otydliga och viss mån motstridiga uppgifter om hur de förorenade schaktmassorna ska hanteras.

Mot bakgrund av det anförda anser länsrätten att kommunen har haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Med hänsyn härtill och då det inte har framkommit att kommunen har åsidosatt gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling ska Fundators ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1B)


Claes-Göran Gunnarsson

