

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-06-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11672-08
Rotel 551

SÖKANDE

Martela AB, 556417-9116

Ombud:

1. Advokat Per Rönström
2. Jur. kand. Christofer Morales

Adress till 1-2:

Advokatfirma Lindhs DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPART

Upplands-Bro kommun
196 81 Kungsängen

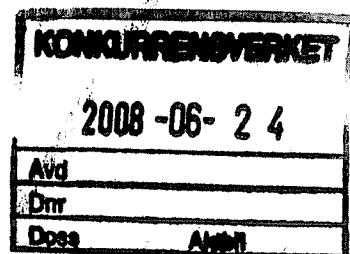
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut från den 5 juni 2008 upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Upplands-Bro kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende leverans och montering av stolar till Ekhammarskolans aula. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut avsänt från kommunen den 26 maj 2008 beslutade kommunen att anta annat anbud än anbud från Martela AB (Martela).

YRKANDEN M.M.

Martela ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att icke komplett anbud förkastas, vilket leder till att Martela tilldelas kontraktet, alternativt att en ny utvärdering sker där Martela tilldelas kontraktet. Som grund för sin talan anför Martela bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget som låg till grund för kommunens upphandling uppställer ett antal skall-krav. Enligt förfrågningsunderlaget (punkten 2.12) skall anbudspriset ”anges som ett totalpris för uppdraget, dvs. omfatta samtliga kostnader för leverans och montering av stolar enligt kravspecifikation”. Av kravspecifikationen (punkten 3.5) framgår att anbudspriset skall anges i svenska kronor och vara angivet exklusive moms samt att i priset skall “samtliga kostnader för leverans och montering ingå”.

Vid en granskning av den vinnande anbudsgivarens anbud framgår att denna har angivit att beställaren ska tillhandahålla truck vid avlastning och intransport. Den vinnande anbudsgivaren har genom sitt förbehåll, att kommunen ska tillhandahålla visst hjälpmedel vid leveransen av stolarna, frångått villkoren i förfrågningsunderlaget, dvs. att anbudsgivaren ska svara för leverans och montage. Vidare kan noteras att den vinnande anbudsgivaren i sitt anbud varken angivit någon uppskattad prisuppgift för tillhandahållandet av truck eller någon förklaring att den vinnande anbudsgivaren kommer att betala en sådan kostnad. Genom att utelämna aktuella uppgifter

har den vinnande anbudsgivaren inte avgivit ett anbud som innehåller pris på samtliga kostnader för leverans och montering.

I förfrågningsunderlaget (punkten 3.4) anges följande. Utrustningen skall levereras och monteras. Utrustningen skall vara färdig att använda senast den 15 oktober 2008. I anbudet skall en garanterad leveranstid anges, dvs. garanterad tid i dagar, från erhållen beställning till leverans. Den vinnande anbudsgivaren har i sitt anbud endast angivit att leveranstiden är ca 10-12 arbetsveckor. Någon garanterad tid angiven i dagar har således inte lämnats.

I förfrågningsunderlaget (punkten 4.4) anges följande. Betalning av fakturerad och godkänd leverans sker 30 dagar efter fakturans ankomst till köparen. Som fakturadatum räknas den dag fakturan ankommer köparen. Den vinnande anbudsgivaren har i sitt anbud angivit följande betalningsvillkor. ”Enligt gemensam upprättad betalningsplan mot gällande bankgaranti”. Vad den vinnande anbudsgivaren avser med det uppställda betalningsvillkoret framstår inte som helt klart. En tolkning är att en betalningsplan ska upprättas mellan den vinnande anbudsgivaren och kommunen samt att kommunens betalning till den vinnande anbudsgivaren ska säkerställas genom en bankgaranti. En annan och mer sannolik tolkning är att en betalningsplan ska upprättas mellan den vinnande anbudsgivaren och kommunen, vilken innebär att kommunen ska erlägga betalning, eller i vart fall betalning av viss del av anbudspriset, i förväg, dvs. före den tidpunkt då leveransen är godkänd, samt att den omtalade bankgarantin ska ställas till kommunens förmån i syfte att säkra kommunens kreditrisk mot den vinnande anbudsgivaren. Av förfrågningsunderlaget (punkten 4.4) kan inte någon annan slutsats följa än att kommunen ska ha en kredittid om 30 dagar efter att leveransen godkänts samt att fakturan för det utförda arbetet har ankommit till kommunen. Oavsett hur den vinnande anbudsgivarens uppställda betalningsvillkor ska tolkas, avviker detta från det av kommunens uppställda villkor avseende betalning. Den vinnande anbudsgivaren har

genom sitt uppställda betalningsvillkor inte accepterat kommunens uppställda krav på när betalning för godkänd leverans ska ske.

I förfrågningsunderlaget (punkten 3.1) anges beträffande stolarnas stoppning bl.a. att "sits utföres med brandklassad kallskum CMHR 45 kg volymvikt/kubik" samt att "rygg utföres med brandklassad kallskum CMHR 40 kg volymvikt/kubik". I den vinnande anbudsgivarens anbud anges "sits och rygg helt överklädd med kallskum CMHR fabrikat Eurofoam 55 kg/m³". Den vinnande anbudsgivarens anbud uppfyller således inte kommunens uppställda krav på kallskummets densitet i stolarnas stoppning.

Av det ovan anförda framgår att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller flera av förfrågningsunderlagets uppställda skall-krav. Den vinnande anbudsgivaren skulle som en följd av detta ha uteslutits under kvalificeringsfasen vid anbudsprövningen. Kommunen har trots detta utvärderat den vinnande anbudsgivarens anbud samt tilldelat företaget det aktuella kontraktet. Kommunen har till följd av sitt förfarande handlat i strid mot 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen. Kommunens agerande innebär även att kommunen inte har utnyttjat de konkurrensmöjligheter som finns.

Upphandlingen omfattade 430 stolar och skulle vid Martelas leverans ha transporterats på ca 40 stycken lastpallar. Någon lastkaj finns inte vid den aktuella skolan, medförande att avlastning måste ske från lastbil med truck ner på marken. Därifrån får godset föras till byggnaden och, då truck inte kan nyttjas inom skolbyggnaden, för hand eller på mindre pallastare föras till den avsedda monteringsplatsen i aulan. Baserat på dessa praktiska förutsättningar uppgår den vinnande anbudsgivarens utelämnade kostnader i detta avseende till i vart fall 5 000 kr. I denna kostnad inkluderas framkörningsavgift för truck, personalkostnader avseende förandet av truck (motsvarande en halv arbetsdag) samt intransportkostnader från avlastningsplats till aula (motsvarande två personer en halvdag). Vad som nu angetts förut-

sätter dessutom att lastbilarna med stolar ankommer till avlastningsplatsen inom några timmar, varvid i annat fall kostnaderna skulle bli högre.

För det fall den vinnande anbudsgivarens uppställda betalningsvillkor ska tolkas på så sätt att kommunen ska säkerställa sin betalning till den vinnande anbudsgivaren genom en bankgaranti kommer utfärdandet av en sådan bankgaranti att medföra ytterligare kostnader för kommunen. Den vinnande anbudsgivaren har i sitt anbud varken angivit någon kostnadsuppgift eller någon förbindelse att svara för kommunens kostnader hänförlig till en sådan bankgaranti. Kommunens kostnad för en sådan bankgaranti uppskattas uppgå till ca tre procent av den vinnande anbudsgivarens lämnade anbud inklusive mervärdesskatt, eller ca 37 000 kr.

Martela har till skillnad från den vinnande anbudsgivaren, i sitt anbud angivit samtliga kostnader för leverans och montering av aktuella stolar. Av Kommunens anbudsutvärdering framgår att prisskillnaden mellan den vinnande anbudsgivarens och Martelas anbud är ca 3 000 kr. Kommunen har vid sin anbudsutvärdering inte beaktat att den vinnande anbudsgivaren har utelämnat kostnader avseende tillhandahållande av truck och intransport samt tillhandhållandet av bankgaranti. Detta har resulterat i att Martelas anbud framstått som väsentligen högre än vad det skulle ha gjort om anbudet hade behandlats enligt likabehandlingsprincipen. Kommunen har således inte nollställt de aktuella anbudet på ett korrekt sätt. Vid en korrekt genomförd nollställning av de aktuella anbudet skulle Martela AB:s anbud utgöra det anbud med det sammanlagda lägsta priset, och detta även om enbart kostnaderna för truck och inlastning beaktas.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget angavs ett antal skall-krav beträffande stolarnas utformning samt föreskrevs ett antal kommersiella villkor. Flera av de inlämnade anbudet erbjöd fler än en stolsmodell med varierande pris beroende på erbjudna stolarnas kvalitet. Ett antal av de erbjudna stolarna uppfyllde inte

ställda skall-krav beträffande teknisk utformning. Martela erbjöd exempelvis tre olika stolstyper och ingen av dessa stolar uppfyllde det i förfrågningsunderlaget ställda kraven beträffande tjocklek på dynor. Skrivningen ”Sittstjocklek ca 12 cm” avsåg dynans tjocklek och är en fråga om sittkomfort, vilket framgår av sammanhanget. Kommunen har vid prövningen av anbud utgått från den tekniska beskrivning som anbudsgivarna lämnat i sina anbud och ingen anbudsgivare har valt att ställa frågor beträffande detta tekniska krav under anbudstiden. Det har inte varit möjligt att tolka Martelas anbud på annat sätt än att detta krav inte uppfylls.

I den vinnande anbudsgivarens anbud fanns formuleringar som kommunen fann anledning att kontrollera för nollställning av anbudet. Det gällde huvudsakligen ”truck vid avlastning och intransport tillhandahålls av beställaren” skulle innebära en kostnad för kommunen. Vid begäran om förtydligande bekräftades att den vinnande anbudsgivaren med sin skrivning avsåg en hjälp med beställning av truck, vilket skulle underlätta i den logistiska processen med leveransen. Det av den vinnande anbudsgivaren angivna anbudspriset var således ett totalpris inkluderande hela leveransen samt montering. Som en följd av överprövningen har kommunen även begärt en skriftlig bekräftelse på detta förtydligande.

Den vinnande anbudsgivarens skrivning om betalningsvillkor har av kommunen inte uppfattats som en reservation. Kontroll hos anbudsgivaren har även givit vid handen att denne med sin skrivning i anbudet inte avsett att de av kommunen angivna betalningsvillkoren ska frångås.

Det har inte heller funnits anledning att ifrågasätta att den av den vinnande anbudsgivaren angivna leveranstiden om 10-12 veckor är en garanterad leveranstid om maximalt 12 veckor eftersom leveranstiden uppfyller förfrågningsunderlagets krav på att stolarna ska vara monterade och möjliga att använda senast den 15 oktober 2008.

Det i förfrågningsunderlaget framställda kravet på kallskummets densitet i stolarnas stoppning måste i sammanhanget ses som ett minimikrav. Den av den vinnande anbudsgivarens erbjudna stolens densitet utgör ett mervärde och innebär en högre sittkomfort, vilket intygas genom utlåtande från en teknisk konsult.

Martela anför därefter bl.a. följande. Det bestrids att deras anbud frångår något skall-krav. Förfrågningsunderlaget innehåller inte något specifikt krav avseende tjockleken på själva stolsdynan. Den aktuella skrivningen om ”sitsjocklek ca 12 cm” och ”ryggjocklek ca 7 cm” kan inte tolkas på annat sätt än att det är den totala tjockleken på sits och stolsrygg, inkluderat stomme, stoppning och tyg som ska uppgå till ca 12 respektive 7 cm.

Vidare ifrågasätts den vinnande anbudsgivarens formulering och uppställning i anbudet av tillhandahållande av truck eftersom skrivningen angående trucken strukturmässigt borde ha återfunnits i samband med prisuppgifterna för leverans och montage om kostnaderna varit inkluderade i detta pris. Martela har även i samband med att den vinnande anbudsgivaren tilldelades det aktuella kontraktet varit i kontakt med den ansvarige tjänstemannen på kommunen och påtalat den aktuella skrivningen angående tillhandahållande av truck. Tjänstemannen återkom då efter en timmes betänketid och uppgav att trucken *kan* vara inkluderad i priset även om kommunen ombesörjer tillhandahållandet. Vad kommunen anfört beträffande den påstådda begäran av förtydligande och bekräftelse av att truck- och intransportkostnader är inkluderade i den vinnande anbudsgivarens anbud är således, mot bakgrund av de ovan nämnda omständigheterna, uppenbart en efterhandskonstruktion.

Länsrätten har i beslut den 5 juni 2008 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket samma lag anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § samma lag anges bl.a. 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.

Utredningen i målet

I punkten 3.1 "Omfattning" i kommunens förfrågningsunderlag till den aktuella upphandlingen anges bl.a. följande:

Sits utföres med brandklassad kallskum CMHR 45 kg volymvikt/kubik och tygklädd runt om. Sittstjocklek ca 12 cm. Rygg utföres med brandklassad kallskum CMHR 40 kg volymvikt/kubik och tygklädd runt om. Ryggstjocklek ca 7 cm.

I punkten 3.4 "Leveranstid" i samma förfrågningsunderlag anges bl.a. följande:

I anbudet skall garanterad leveranstid anges. D.v.s. garanterad tid i dagar från erhållen beställning till leverans.

I punkten 3.5 "Pris" i samma förfrågningsunderlag anges bl.a. följande:

I priset skall samtliga kostnader för leverans och montering ingå.

I punkten 4.4 "Betalningsvillkor" i samma förfrågningsunderlag anges bl.a. följande:

Betalning för fakturerad och godkänd leverans sker 30 dagar efter fakturans ankomst till köparen. Expeditions-, order-, fakturerings- eller andra avgifter accepteras ej.

Av fax från den vinnande anbudsgivaren till kommunen den 5 juni 2008 framgår bl.a. följande:

Den vinnande anbudsgivaren bad i sitt anbud att få administrativ hjälp med beställning av en truck för avlastning av gods och detta ska naturligtvis inte innebära en kostnad för kommunen. Anbudspriset är en total kostnad för kommunen avseende hela åtagandet.

Av utlåtande utfärdat den 12 juni 2008 av Erik Westerlund, teaterteknisk konsult, framgår bl.a. följande:

Stolssitsen för den vinnande anbudsgivarens stol (Ilmo) består av kvalitet CMHR. Densiteten är 55 kg/m³. Detta utförande med en något högre densitet än det krav kommunen ställt (45 kg/m³) ger en kvalitetsökning i form av en högre sittkomfort och ökad livslängd. En lägre densitet innebär dessutom att stoldynan över åren kan upplevas bli mer "nedsutten".

Länsrättens bedömning

Länsrättens prövning utifrån LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten åsidosatt kraven på likvärdighet och icke-diskriminering eller inte respekterat principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Den upphandlande myndigheten ska i förfrågningsunderlaget ange tydligt vilka krav som måste uppfyllas för att ett anbud ska kunna antas. De krav som ställs i kvalificeringsfasen är inte möjliga att uppfylla i lägre eller högre grad utan är av den art att de endast kan uppfyllas helt eller inte alls, därav benämningen skall-krav. Uppfyller ett anbud inte ett eller flera skallkrav ska anbudet förkastas. För det fall en upphandlande myndighet skulle ta upp ett anbud till prövning som inte uppfyller ett eller flera skallkrav skulle detta innebära en särbehandling av anbudsgivarna.

Regeringsrätten har i rättfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Pris

Martela har anfört att den vinnande anbudsgivaren inte har uppfyllt kommunens krav avseende att ett anbudspris ska omfatta samtliga kostnader för leverans och montering genom att varken ange någon uppskattad prisuppgift för tillhandahållande av truck eller någon förklaring om att den vinnande anbudsgivaren kommer att betala en sådan kostnad. Kommunen har anfört att det genom begäran om förtydligande bekräftats att den vinnande anbudsgivaren med skrivningen i sitt anbud endast avsåg en hjälp med beställning av truck, vilket skulle underlätta i den logistiska processen med leveransen. I skriftligt intyg som ingivits till länsrätten bekräftar den vinnande anbudsgivaren att dess anbudspris är en total kostnad för kommunen avseende hela åtagandet. Länsrätten anser därmed att det inte är visat att den vinnande anbudsgivaren inte har uppfyllt kravet på att anbudspriset ska anges som ett totalpris för uppdraget.

Leveranstid

Martela har vidare anfört att den vinnande anbudsgivaren inte har lämnat någon garanterad leveranstid angiven i dagar. Länsrätten finner att den vinnande anbudsgivarens angivna leveranstid om ca 10-12 veckor får anses utgöra en garanterad leveranstid om maximalt 12 veckor från erhållen beställning till leverans. Då denna leveranstid uppfyller förfrågningsunderlagets krav på att stolarna ska vara monterade och möjliga att använda senast den 15 oktober 2008 anser länsrätten att kommunen har haft fog för att godta den vinnande anbudsgivarens uppgift om leveranstid, trots att denna angivits i veckor och inte i dagar.

Betalningsvillkor

Martela har även anfört att den vinnande anbudsgivaren, genom att i sitt anbud som betalningsvillkor uppge ”enligt gemensam upprättad betalningsplan mot gällande bankgaranti”, inte har accepterat kommunens uppställda krav på när betalning för godkänd leverans ska ske. Kommunen har uppgett att den vinnande anbudsgivarens skrivning om betalningsvillkor inte har uppfattats som en reservation samt att det vid kontroll med anbudsgivaren även visat sig att denne med sin skrivning i anbudet inte avsett att de av kommunen angivna betalningsvillkoren ska frångås. Länsrätten finner ingen anledning att betvivla dessa uppgifter varför den vinnande anbudsgivaren får anses ha uppfyllt kommunen betalningsvillkor.

Omfattning

Martela har vidare anfört att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller kommunens uppställda krav på kallskummets densitet i stolarnas stoppning. Kommunen har anfört att kravet på kallskummets densitet i sitsen och ryggen på 45 respektive 40 kg/m³ är minimikrav och att den av den vinnande anbudsgivarens erbjudna stolens densitet på 55 kg/m³ utgör ett mervärde och innebär en högre sittkomfort. Kommunen har även bifogat ett utlåtande av en teaterteknisk konsult, av vilket framgår att kallskum med en något högre densitet ger en kvalitetsökning i form av en högre sittkomfort och ökad livslängd. Mot bakgrund av detta, samt med beaktande av hur kommunens kravspecifikation är utformad, finner länsrätten att den vinnande anbudsgivarens anbud uppfyller även detta krav.

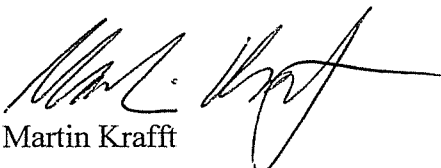
Martela har slutligen anfört att kommunen inte har nollställt de aktuella anbuden på ett korrekt sätt. Mot bakgrund av att den vinnande anbudsgivarens anbud enligt länsrättens mening inte innebär några oredovisade kostnader är en nollställning av anbuden innan anbudsutvärderingen inte nödvändig.

Efter en samlad bedömning av vad Martela har anfört och vad som i övrigt framkommit i målet finner länsrätten således att den vinnande anbudsgivaren uppfyllt alla av kommunen uppställda skall-krav och att kommunen därmed har haft fog för att låta den vinnande anbudsgivaren gå vidare till anbudsutvärderingen.

Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att den vinnande anbudsgivaren har erbjudit ett lägre pris än Martela. Mot bakgrund av detta och då huruvida Martela uppfyller samtliga skall-krav eller ej inte påverkar upphandlingens resultat har länsrätten inte beaktat vad kommunen anfört om att Martelas anbud inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda kravet beträffande tjocklek på dynor.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att Martela inte har visat att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU som medfört att Martela lidit eller kan komma att lida skada. Martelas ansökan om överprövning ska därför avslås och det interimistiska beslutet upphävas.

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


Martin Krafft
länsrättsfiskal

Föredragande har varit Elin Karlsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

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 var till 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 nå 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.

