

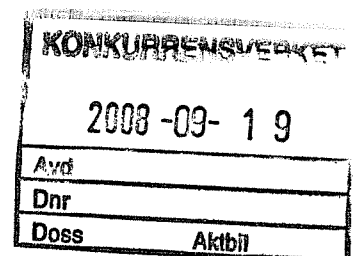


**LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD**

P Lars Ch Nilsson

DOM
2008-09-17
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
863-08 E
Rotel 4



SÖKANDE

Cabling Sverige AB, 556630-8770
Box 1293
164 29 Kista

Ombud: Advokat Anders Waltner
Advokatfirma Lindhs DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPART

Skövde kommun
541 83 Skövde

SAKEN

Begäran om överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Cabling Sverige AB:s framställning om åtgärd enligt LOU och förordnar att Skövde kommuns upphandling av installation av datanät för Komvux Skövde inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om, med bortseende från anbudsgivaren Relacoms anbud.

Länsrätten beslutar att Skövde kommuns beslut den 26 maj 2008 att avbryta upphandlingen skall undanröjas.

Länsrättens interimistiska beslut av den 16 maj 2008 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphävs omedelbart.

Dok.Id 33573

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	0501-676 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: lansrattenimariestad@dom.se		08:30-12:00 13:30-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Cabling Sverige AB har i framställning, som kom in till länsrätten den 16 maj 2008, begärt överprövning enligt LOU avseende Skövde kommuns upphandling av installation av datanät för Komvux Skövde, samt - såsom talan i denna del slutligt bestämts - yrkat att länsrätten skall förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom att icke kompletta anbud från leverantörer förkastas, vilket leder till att sökanden antas som leverantör, alternativt genom att en ny utvärdering sker där sökanden skall tilldelas kontraktet.

Länsrätten har den 16 maj 2008 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Till stöd för framställningen om överprövning har Cabling Sverige AB i huvudsak uppgett och åberopat följande.

GRUNDER

KVALIFICERING AV LEVERANTÖRER - EJ UPPFYLLDA SKALL-KRAV

Förfrågningsunderlaget som låg till grund för Kommunens upphandling uppställer ett antal skall-krav. Enligt förfrågningsunderlaget AFB.31 skall anbud vara uppställt och innehålla uppgifter enligt till Förfrågningsunderlaget fogat formulär. Av formuläret framgår att organisationen skall redovisas. Beträffande redovisning av organisationen framgår av förfrågningsunderlaget följande:

- entreprenör skall i anbud ange namn på ombud, AFD.313
- entreprenör skall i anbud ange namn på projekteringsledare som skall ha dokumenterad och vitsordad erfarenhet av projekteringsledning, AFD.331
- entreprenör skall i anbud ange namn på ansvarig arbetsledare, AFD.332
- entreprenör skall ange namn på kvalitetsansvarig för entreprenaden, AFD.3512

Av kommunens anbudsjämförelse ("Utvärderingen"), framgår att anbud 4, Relacom, inte innehåller en komplett redovisning beträffande organisationen. Detta innebär att ett skall-krav inte är uppfyllt och anbudet skall till följd av detta förkastas.

Av formuläret framgår att timkostnader skall redovisas. Enligt utvärderingen är dock timkostnaderna för anbud 5, NEA, inte redovisade. Detta innebär att ett skall-krav inte är uppfyllt och anbudet skall till följd av detta förkastas.

Enligt formuläret skall certifikat och intyg enligt rambeskrivning anges. Rambeskrivningen utgör en del av förfrågningsunderlaget. Enligt rambeskrivningen, sid. 4 Garantikrav, skall garanti och certifiering omfatta hela kabelsystemet (både koppar och fiber) och skall ges direkt till beställaren av systemleverantören. Av rambeskrivningen, sid. 6 framgår det vidare att certifikat för kontaktdon skall bifogas anbudet. Enligt utvärderingen innehåller inte anbud 3, TDC, en redovisning av certifieringen i enlighet med skall-kraven. Anbudet skall därför förkastas.

Anbud 3, TDC, anbud 4, Relacom samt anbud 5, NEA, skall förkastas då de inte uppfyller alla i Förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven. Utvärdering av dessa anbud skall inte ske. Utvärderingen skall därför omfatta endast de kompletta anbuden. D.v.s. anbud 1, Cygate, anbud 2, Cabling och anbud 6, Eltel. Efter att de kompletta anbuden jämförts och utvärderats enligt de i Förfrågningsunderlaget AFB.52 uppställda kriterierna, skall kontraktet tilldelas sökanden då dennes anbud är det mest ekonomiskt fördelaktiga.

BRISTER VID UTVÄRDERINGEN

Av förfrågningsunderlaget AFB.52 framgår vilka kriterier som skall beaktas och vilken betydelse de skall tillmätas. Sökanden anser att kommunen vid utvärderingen av anbuden inte har tillämpat kriterium C på ett objektivt sätt och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen som föreskrivs i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt kriterium C skall anbuden jämföras och utvärderas utifrån en redovisning av organisation, en redovisning av kvalitets- och miljöledningssystem samt en redovisning av referensanläggningar. Högsta möjliga poäng enligt detta kriterium är 5.

Sökanden har redovisat allt som efterfrågas enligt C-kriteriet och har därmed erhållit 5 poäng. De anbud som inte erhållit maximalt antal poäng för C-kriteriet är anbud 3, TDC, anbud 4, Relacom, samt anbud 5, NEA. Anbud 3, TDC har erhållit lägst antal poäng, 3, då det varken innehöll en redovisning av kvalitets- och miljöledningssystem eller en redovisning av referensanläggningar. Anbud 4, Relacom, har erhållit 4 poäng, trots att det varken innehöll en komplett redovisning av organisation eller en redovisning av referensanläggningar. Detta kom att visa sig vara avgörande för tilldelning av kontraktet. Anbud 5, NEA, har erhållit 4 poäng med motiveringen att endast redovisning av referensanläggningar saknades. Sökanden anser att kommunen åsidosatte likabehandlingsprincipen vid denna poängfördelning. Någon ledning för hur utvärderingen av delkriterierna under C skall ske finns inte i förfrågningsunderlaget.

SAMMANFATTNING

Kommunen har brutit mot 1 kap. 9 § LOU vid kvalificering av leverantörer, på sätt som redovisats ovan. Vid en korrekt kvalificering skall kontraktet tilldelas sökanden.

Kommunen har brutit mot 1 kap. 9 § LOU även vid utvärderingen av anbudet, då i synnerhet mot likabehandlingsprincipen, på sätt som redovisats ovan. Även för det fall kvalificeringen av anbudet anses riktig skall vid en korrekt utvärdering av anbudet kontraktet ändå tilldelas sökanden.

Om avtal sluts mellan Kommunen och Relacom kommer sökanden att lida en skada som en följd av att sökanden inte får ingå kontraktet med kommunen. Sökanden kommer i sådant fall gå miste om intäkter och vinst.

Skövde kommun har i svar som kommit in till länsrätten den 29 maj 2008 uppgett att kommunen avbrutit upphandlingen. Till svaret har bifogats följande skrivelse, daterad den 26 maj 2008, som kommunen tillställt samtliga anbudsgivare.

”Vid djupare analys av förfrågningsunderlaget har vi funnit att det finns motstridiga uppgifter, samt tveksamheter om hur utvärdering av anbud skall utföras. Cabling Sverige AB har dessutom begärt överprövning hos länsrätten av tilldelningsbeslutet angående anbudsutvärderingen. Med anledning av detta har vi beslutat att avbryta upphandlingen. När beslutet från länsrätten har erhållits kommer ett nytt och uppdaterat förfrågningsunderlag att utsändas.”

Cabling Sverige AB har i yttrande till länsrätten den 30 maj 2008 dels vidhållit sin framställning om åtgärd enligt LOU på så sätt att upphandlingen skall få avslutas först efter rättelse, dels yrkat att länsrätten skall ogiltigförklara kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Till stöd för sistnämnda yrkande har åberopats att kommunens beslut inte vilar på saklig grund. Cabling Sverige AB har i yttrandet frånträtt ett i framställningen upptaget andrahandsyrkande att upphandlingen skall göras om. Sökanden har härvid tillagt bland annat följande.

Såsom skäl till beslutet att avbryta upphandlingen har Kommunen angett att förfrågningsunderlaget haft motstridiga uppgifter. Det är emellertid uppenbart att förfrågningsunderlaget i sin utformning är tillräckligt tydligt och inte kan klandras för den uppkomna problematiken och utgången

vid förevarande upphandling. Tre anbudsgivare har lyckats lämna en komplett redovisning vid anbudsgivningen, vilket talar för att förfrågningsunderlaget inte var bristfälligt eller otydligt. Det är följaktligen Kommunens felaktiga agerande genom att inte förkasta anbud som ej uppfyllde de uppställda skall-kraven, samt Kommunens felaktiga utvärdering av anbuden som var bristfälligt, inte förfrågningsunderlaget i sig. Till följd av att förfrågningsunderlaget inte kan anses vara bristfälligt utgör inte detta sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Skövde kommun har i nytt svar till länsrätten uppgett att kommunen vidhåller att sakliga skäl för att avbryta upphandlingen föreligger och att några felaktigheter därvidlag inte begåtts.

Sökanden har fått del av kommunens svar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling har upphört att gälla den 1 januari 2008 (se SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (i det följande benämnd LOU).

Det är i detta mål fråga om en sådan upphandling understigande de i SFS 2008:32 angivna tröskelvärdena, på vilken bestämmelserna i 15 kap. LOU är tillämpliga (förenklad upphandling). Härjämte gäller även - såvitt är av betydelse i detta mål - 1 och 16 kap. LOU.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol (länsrätten) ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 2 § första stycket gäller, såvitt nu kan komma ifråga, att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att 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 beaktas.

Länsrättens bedömning

Länsrätten erinrar inledningsvis om att det sedan den 16 maj 2008 gäller ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen. Eftersom upphandlingen således inte är avslutad har länsrätten att först ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU. Den upphandlande myndighetens hittills verkningslösa beslut att avbryta upphandlingen blir då av intresse först om länsrätten finner att upphandlingen skall fortsätta utan åtgärd eller får fortsätta först sedan rättelse skett.

Förfrågningsunderlagets utformning och innehållet i utvärderingen framgår i för målet relevanta delar av sökandens inledningsvis ovan återgivna framställning. Härtill kan läggas att det poängmässiga resultatet av utvärderingen, som lagts till grund för den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut, ger följande rangordning mellan de utvärderade leverantörerna:

Relacom	23,42 poäng
Cabling	22,56 poäng
Eltel	21,28 poäng
Cygate	20,26 poäng
TDC	19,00 poäng
NEA	16,00 poäng

Sökanden har i målet obestritt gjort gällande att skäl för åtgärd enligt LOU föreligger därigenom att utvärderingen innefattat anbud som inte uppfyllt kvalifikationskraven, s.k. skall-krav, till skada för sökanden.

Skövde kommuns svar i målet kan enligt länsrättens mening inte tolkas på annat sätt än att även kommunen anser att skäl för åtgärd enligt LOU föreligger.

Det aktuella förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav på leverantören och på anbudets innehåll, formulerade som skall-krav. Eftersom urvalet av leverantör skall ske med iakttagande av i förfrågningsunderlaget ställda krav får ofullständiga anbud med brister i skall-kraven inte antas. De är därigenom inte heller kvalificerade för utvärdering. Ett förfarande som strider häremot utgör i allmänhet anledning till åtgärder enligt LOU.

För att vinna bifall till en talan om åtgärd enligt LOU krävs emellertid dels att ett fel förkommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande, dvs. att denne lidit eller kan komma att lida skada. I detta mål utvisar den ovan återgivna rangordningen mellan de utvärderade leverantörerna att sökandens anbud är på andra plats bland sex anbudsgivare. Det kan därför inte med fog göras gällande att någon felaktighet vid utvärderingen av de sämre placerade anbuden medfört skada eller risk för skada för sökanden. Länsrätten kan inte på talan av sökanden i detta mål besluta om åtgärder enligt LOU med dessa felaktigheter som grund och gör därför ingen särskild prövning av sökandens påståenden i denna del.

Bland de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget anges beträffande anbudets form och innehåll att "Anbud skall vara uppställt och innehålla uppgifter enligt bifogat formulär till anbud". I formuläret anges vidare under avsnittet Organisation ett antal skall-krav att lämna uppgifter på olika personer med ansvar inom organisationen. Kraven framstår som motiverade med hänsyn till att de efterfrågade uppgifterna får anses vara ägnade att styrka anbudsgivarens kapacitet att utföra beställarens uppdrag enligt kontraktet. Beträffande den vinnande anbudsgivaren, Relacom, finner länsrätten det genom vad som antecknats i utvärderingsunderlaget visat att anbu-

det brustit bland annat i redovisning av organisation på sätt sökanden påstått i målet. Denna brist har i och för sig föranlett en lägre poäng vid den fortsatta, jämförande utvärderingen av samtliga anbud. Detta är emellertid inte ägnat att reparera en brist i ett skall-krav, avsett att välja ut vilka anbud som är kvalificerade. Länsrätten finner alltså att Relacom inte uppfyller ifrågavarande skall-krav i upphandlingen. Anbudet skulle därför ha förkastats. Detta framstår med hänsyn till kommunens i målet redovisade inställning även som ostridigt. Genom att utvärdera och anta Relacoms anbud har således den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Sökanden har i sin framställning även anfört att utvärderingen, i detta fall av kriterium C, organisation m.m. enligt förfrågningsunderlaget, brustit i objektivitet och likabehandling. Länsrätten noterar härvidlag först att sökandens anbud erhållit maximal poäng vid denna utvärdering. Sökandens eget anbud har således inte särbehandlats eller åsidosatts. Med hänsyn härtill och då enligt vad ovan anförts det vinnande anbudet skulle uteslutas från utvärderingen, kan sökanden inte anses skadelidande, varför den i denna del anförda grunden för ingripande enligt LOU inte kan föranleda någon länsrättens åtgärd.

Sökanden har även i framställningen gjort invändningar mot utvärderingen av innebörd att förfrågningsunderlaget varit otydligt utformat i så måtto att någon ledning för hur utvärderingen av delkriterierna under C skall ske finns inte i förfrågningsunderlaget. Sökanden har senare i yttrande i målet anfört att förfrågningsunderlaget inte varit otydligt eller bristfälligt och får därigenom anses ha avstått från att åberopa detta som grund för åtgärd enligt LOU. Den upphandlande myndigheten får i och för sig genom sitt ställningstagande i målet ha anslutit sig till sökandens först anförda uppfattning. Länsrätten är emellertid i sin bedömning av förutsättningarna för ingripande enligt LOU i princip bunden av de grunder och omständigheter som sökanden åberopat till stöd för sin framställning (jämför bland annat

Kammarrättens i Jönköping beslut den 26 februari 2008 i mål 3831-07, Västtrafik AB ./ Sandarna Transporter AB). Någon officialprövning av upphandlingsförfarandet i dess helhet förekommer således inte.

Sedan länsrätten funnit att det finns skäl för ingripande enligt LOU har rätten att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas (RÅ 2005 ref. 47). Med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. (Regeringsrättens beslut den 11 februari 2008 i mål 2382-06). En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse skall kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Om ett fel däremot är hänförligt till det inledande skedet i en upphandling när den upphandlande myndigheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts (jämför RÅ 1999 ref. 12) att i normalfallet bör domstolen bestämma att upphandlingen skall göras om, eftersom en rättelse i ett enskilt fall lätt kan skapa fel på andra delar av upphandlingen, så att andra leverantörer drabbas negativt av rättens beslut. Ett exempel på när en rättelse kan vara en lämplig åtgärd är när anbudsutvärderingen gjorts på ett felaktigt sätt (Hentze, Sylvén: Offentlig upphandling, 1998, sid. 352).

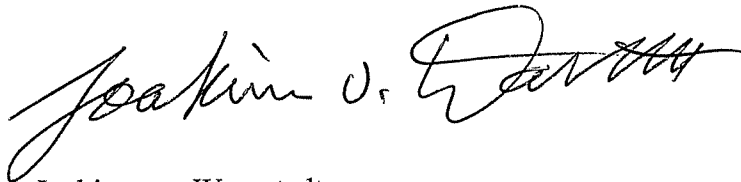
Med ovan angivna förutsättningar finner länsrätten att upphandlingen skall rättas på så sätt att utvärderingen görs om, med bortseende från anbudsgivaren Relacoms anbud, såsom icke kvalificerat för utvärdering.

Eftersom kommunens beslut att avsluta upphandlingen genom att ”avbryta” den har fattats i strid med länsrättens då gällande interimistiska förordnande är kommunens beslut verkningslöst så länge förordnandet består. Beslutet kan dock, då det enligt numera gällande praxis anses utgöra ett beslut enligt LOU, på talan av leverantör prövas av allmän förvaltningsdomstol inom den tiodagarsfrist som följer efter det att det interimistiska beslutet upphävts (16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU). Härvid bör det emellertid även beaktas

att länsrättens dom i förevarande fall utgör ett förbud att avsluta upphandlingen innan rättelse företagits i enlighet med vad som föreskrivits i domen (jämför RÅ 2005 ref. 17). Mot bakgrund härav och då kommunen i målet inte angett några sakliga skäl för beslutet att upphandlingen skall avbrytas och göras om finner länsrätten skäl att även bifalla Cabling Sverige AB:s yrkande att kommunens beslut skall upphävas.

Vid denna utgång i målet skall det interimistiska beslutet av länsrätten upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 d)



Joakim von Warnstedt