

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-10-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18270-09
Enhet 11

SÖKANDE
Kwalitel AB, 556619-7694
Antennvägen 2
135 48 Tyresö

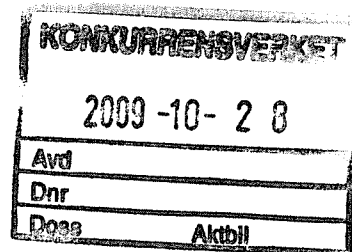
MOTPART
Tyresö kommun
135 81 Tyresö

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Kwalitel AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut som meddelades den 10 september 2009 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 466371

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Tyresö kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av el-arbeten "09-E10 Elarbeten Tyresö". I tilldelningsbeslut den 1 september 2009 beslutade kommunen att teckna kontrakt med andra anbudsgivare än Kwalitel AB (bolaget).

Bolaget har ansökt om överprövning hos länsrätten.

Länsrätten har i beslut den 10 september 2009 förordnat att kommunen tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget anges vilka krav som måste uppfyllas av anbudsgivare för att anbud ska utvärderas. Anbudsgivare 2 och 3 uppfyllde inte ställda krav avseende vissa behörighetshandlingar. Anbudsgivare 2 uppfyllde heller inte ställda krav avseende skatt och sociala avgifter då anbudsgivaren hade ett underskott på skattekontot.

Anbudsgivare 4 har inte upptagits till utvärdering trots att de har bästa pris. Anledningen till detta har angivits vara att priserna i anbudet var ofullständiga. I anbudsformuläret har anbudsgivare 4 angett rabattsatser mellan olika intervall för de olika varugrupperna och hänvisat till bifogat rabattbrev. I rabattbrevet framgår emellertid entreprenörens rabattsatser, dock med en mer detaljerad uppdelning av varugrupper än vad som anges i anbudsfrågan. De av kommunen efterfrågade uppgifterna framgår dock av anbudet, varför beslutet att inte utvärdera anbudsgivare 4 är felaktigt.

Vid utvärdering av anbudsgivare 3 har konstaterats att angivna priser på materiel inte överensstämmer med verkliga priser beräknade på leverantörens prislista med angivna rabattsatser. Kommunen har påtalat felet för anbudsgivaren och infordrat en justering av i anbudet angivna priser. Anbudsgivare 3 har i anbudskomplettering inkommit med justering av samtliga angivna materielpriser. Anbudsgivare 3:s felaktiga priser på material i anbudet samt kommunens begäran om justering av samtliga materialpriser efter anbudstidens utgång och efter anbudsöppning är en åtgärd som inte är i överensstämmelse med LOU:s bestämmelser.

Prisutvärdering har skett med hjälp av modell i två versioner. I den officiella utvärderingen har man utvärderat anbudet med 360 arbetstimmar och i den andra med 400 arbetstimmar och då erhöles olika resultat. Beroende på vilket antal timmar och vilken mängd material man väljer att lägga in i prismodellen kan man påverka valet av företag. En del har fått inkomma med kompletteringar och andra inte.

Kravkontroll, justering av anbud samt utvärdering av anbud har således genomförts på ett sätt som strider mot LOU:s bestämmelser i sådan omfattning att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Den 1 september 2009 meddelades vilka tre anbudsgivare som tilldelats kontrakten och skälen för detta. I upphandlingen inkom totalt nio anbud. Bolaget kom på plats sex i utvärderingen och erhöles därför inget avtal.

Flera anbudsgivare har fått möjlighet att förtydliga vissa handlingar som inte varit tydligt redovisade. Anbudsgivare 2 och 3 har fått förtydliga sitt anbud med behörighetsintyg. Dessa två anbudsgivare har dock i anbudsformuläret kryssat ja i ruta att dessa handlingar har bifogats. Bolaget som i

sitt anbudsformulär lämnat rutan tom om vilken materialprislista som rabatterna gäller har också fått förtydliga sitt anbud. Kommunen bedömer att samtliga anbudsgivare har hanterats på ett sätt som inte har inneburit särbehandling eller konkurrensbegränsning. Hur som helst kan bolaget inte ha lidit skada av att förtydliganden har skett då även de har fått förtydliga sitt anbud.

Anbudsgivare 2 hade ett underskott på skattekontot om 863 kr som var reglerat innan tilldelningsbeslutet fattades. Anbudsgivare 2 har fullgjort sitt åtagande enligt ställda krav på skatter och sociala avgifter. Kravet är inte formulerat så att man måste vara helt fri från underskott på skattekontot. Skattekontot regleras dagligen och det är efter ett antal påminnelser då ärendet går vidare till Kronofogdemyndigheten som underskottet blir en skuld.

Anbudsgivare 4 har i sitt anbud inte lämnat rabattsatser på efterfrågat sätt. Rabattsatser har lämnats med intervall som gör att anbudet inte har utvärderats. Hur som helst kan inte bolaget anses ha lidit skada av att en annan anbudsgivare uteslutits från utvärderingen.

I denna upphandling har kommunen valt att låta anbudsgivarna lämna rabatt på en valfri grossists officiella prislista. Anbudsgivaren skulle i sitt anbud ange vilken prislista som gäller samt vilken rabatt man lämnar på tre olika segment av artiklar. Dessa finns för nedladdning via Internet och uppdateras ca två till fem gånger per år. För att sedan underlätta anbudsgivningen och utvärderingen har anbudsgivarna fått fylla i ett 20-tal prisexempel där den prislista och de rabatter de angivit har tillämpats. Det framgår t.ex. av "Rambeskrivning p B.5" att det bara är fråga om prisexempel. För anbudsgivare 3 stämde inte exemplen med deras lista och rabatt varför de räknade om prisexemplen så att de stämde med de övriga uppgifterna. Inga nya uppgifter har tillförts då de priser som de efter omräkning

angivit stämmer med den rabatt och lista de angivit. Kommunen har i efterhand via stickprov konstaterat att inte heller bolagets prisexempel stämmer mot den angivna listan. Bolaget kan inte heller i detta avseende ha lidit skada. Att en äldre inte aktuell prislista har använts kan eventuellt vara en förklaring till att bolagets och även anbudsgivare 3:s prisexempel inte stämde med grunduppgifterna i anbudet.

När det gäller utvärderingen har bolaget av misstag fått ut en felaktig arbetsversion av prisutvärderingen. Detta informerades bolaget om ett par dagar senare och erhöll då även den korrekta versionen samt förklaring till vilken version som är den rätta. Att den felaktiga modellen innehåller en annan prisutvärderingsberäkning beror på att det är ett inte färdigställt arbetsmaterial. I enlighet med förfrågningsunderlaget ska utvärdering av pris ske genom att timmar viktas mot materiel och övriga delar i procent i förhållande till varandra. Därför justeras de ingående mängderna till dess att procentsatserna på de olika delarna stämmer med vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har inte lidit skada och kan inte komma att lida skada. Bolaget kom på plats sex i utvärderingen och hade ett mycket högt pris. Kommunen anser inte att några fel har begåtts i utvärderingen och de förtydliganden som har tagits in har gjorts på ett tillåtet sätt och även bolaget har fått förtydliga sitt anbud. Om bolagets påståenden skulle vara korrekta så skulle en rättelse vara den rätta åtgärden. Detta skulle betyda att anbudet som placerats sig på plats ett till tre skulle uteslutas ur utvärderingen och att anbudsgivare 4 skulle vara med i utvärderingen. Vid en sådan fiktiv utvärdering skulle bolaget komma på plats fyra i utvärderingen, det vill säga bolaget skulle ändå inte bli bland de tre antagna anbudsgivarna. Slutsatsen är därför att bolaget inte kan komma att lida skada även om kommunen skulle ha begått de felaktigheter som bolaget påstår.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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

Utredningen i målet

I punkt B.21, Upphandlingskrav, i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Föra att anbudet ska utvärderas ska följande krav uppfyllas. Ett anbud måste uteslutas om det har inkommit för sent eller inte lämnats på efterfrågat sätt. Krav A-F måste uppfyllas av alla anbudsgivare.

(A) Anbudsgivaren kommer att uteslutas om anbudsgivaren inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land upphandlingen sker.

(D) Anbudsgivaren ska bevisa att erforderlig behörighet för el-arbeten finns i företaget. Till anbudet bifogas dokumenterad behörighet för el-arbeten.

I punkt B.22, Utvärderingskriterier, i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Tre stycken olika entreprenörer kommer att antas och rangordnas.

Utvärdering av pris, vikt 85 %, görs med ett jämförelsepris som ungefär ska spegla köpta tjänster. Jämförelsepriset innehåller volymmässigt ca 50 procent arbetskostnad, ca 45 procent material och ca 5 procent övriga påslag. Det anbud som har lägst pris får 5 p och övriga anbud i direkt proportion till detta. Till exempel ett anbud som är 20 % högre än lägsta anbud erhåller 4,17 p (=5/1,2). Utvärdering av referenser, tilltänkt arbetsorganisation viktas med 15 %.

I punkt B.5, Material, i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. För material gäller att rabatt ska lämnas på grossistprislista. I anbud ska anges rabattsatser på materialprislistan. Prisexempel ska bifogas på efterfrågade artiklar. Dessa ska vara prissatta med den angivna rabattsatsen.

Av förfrågningsunderlagets anbudsformulär, sidan 3, material, framgår bl.a. att rabattsatser ska anges i procent avseende kabel, armaturer, ljuskällor respektive övrigt.

Av tilldelningsbeslutet daterat den 1 september 2009 framgår bl.a. följande. Vid anbudstidens utgång inkom nio anbud och sju anbud uppfyllde alla ställda krav. Kommunen har beslutat att teckna kontrakt med

1. Anbudsgivare 2
2. Anbudsgivare 7
3. Anbudsgivare 3

då de var de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av tilldelningsbeslutet och sammanställning av utvärdering framgår vidare bl.a. följande. Anbud 4 och anbud 9 uppfyller ej ställda krav. Viktning har skett med pris 85 procent och referenser 15 procent. Summan av poängen anges till följande:

Anbud 2 – 4,94 p

Anbud 7 – 4,81 p

Anbud 3 – 4,65 p

Anbud 1 – 4,34 p

Anbud 6 – 4,29 p

Anbud 5 – 4,20 p (bolaget)

Anbud 8 – 3,91 p

I e-post meddelande den 13 augusti 2009 från kommunen till anbudsgivare 3 anges följande. ”Dom prisexempel som har bifogats anbudet skall enligt text vara med rabatter som angivits och angivna med två decimaler. De flesta av era priser slutar med 00 på decimalerna varför vi tror att ni avrundat prisexemplen. Vi har även kollat ett urval av artiklar mot Elektroskandias senaste lista (från 2009-01-17) och får inte era angivna prisexempel att stämma med den prislista resp. de rabatter ni angivit. Vänligen gå igenom era priser och beräkna exakt med de rabatter som angivits”.

Länsrätten gör följande bedömning

Länsrättens överprövning av ett upphandlingsförfarande 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 i en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten åsidosatt kraven på likabehandling 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.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget riktat anmärkning mot att kommunen upptagit vissa anbud till utvärdering trots att dessa inte uppfyllt

aktuella skall-krav, att kommunen tillåtit justeringar av anbud efter anbudstidens utgång samt att utvärderingen genomförts i strid med LOU.

Underskott på skattekontot

Bolaget har anfört att anbudsgivare 2 inte uppfyllt skall-kravet ”att ha fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt” eftersom anbudsgivare 2 hade ett underskott på skattekontot vid anbudstidens utgång. Enligt länsrättens mening kan aktuellt skall-krav inte tolkas så att anbudsgivaren vid varje tidpunkt måste ha ett saldo på skattekontot lika med eller överskridande noll kronor för att komma i fråga för utvärdering. En sådan tolkning skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Enligt länsrättens mening måste kravet ”fullgjort sina åligganden avseende skatt” i vart fall förutsätta att förfalldagen har passerats. Länsrätten finner därför att kommunen inte har handlat i strid med LOU då den gjort bedömningen att leverantör 2 uppfyller aktuellt skall-krav.

Behörighetshandlingar

Bolaget har även anfört att anbudsgivare 2 och 3 vid anbudstidens utgång inte uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget avseende vissa behörighetshandlingar. Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande enhet tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet (första stycket) samt även begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (andra stycket). Beträffande innebörden av uttrycken ”förtydliga” och ”komplettera” har generaladvokaten Lenz i mål C-87/94 EG-kommissionen ./ Belgien uttalat att termen ”förtydliga” måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Med termen ”komplettera” måste förstås att inkomma med kompletterande uppgifter som inte tidigare varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare

lämnade uppgifter, utan tvärt om att konkretisera dem på ett eller annat sätt. Detta stöds av att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.

Enligt länsrättens uppfattning är skillnaden mellan första och andra styckena i 9 kap. 8 § LOU att det första stycket medger att tidigare fakta ersätts med nya, dock endast om den ursprungliga informationen är felaktig och inte innebär att innehållet i anbudet väsentligen ändras. När det gäller det andra stycket får ett förtydligande eller en komplettering, i enlighet med generaladvokaten Lenz uttalande, inte leda till annat än att redan lämnade uppgifter konkretiseras, d.v.s. inte att tidigare lämnade uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter. Därtill, för att kravet på likabehandling ska upprätthållas, krävs att om en av leverantörerna medges göra förtydliganden eller kompletteringar ska samtliga leverantörer tillåtas detsamma.

Anbudsgivare 2 och 3 har i anbudsformuläret kryssat ja i ruta att dessa handlingar har bifogats. I enlighet med ovanstående resonemang finner länsrätten att en begäran om att anbudsgivarna ska komma in med kopior på behörighetshandlingarna efter anbudstidens utgång är en komplettering till en redan lämnad uppgift och därmed tillåten att begära in enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. En otillåten komplettering hade varit om anbudsgivarna inte hade kryssat ja i rutan och efter anbudstidens utgång skickat in en kopia på behörighetshandlingarna, eftersom handlingarna då inte hade kompletterat en redan tidigare lämnad uppgift (jfr s. 269 f. Lag om offentlig upphandling, - en kommentar, Jan-Erik Falk, Jure 2009). Såvitt framkommit är det endast anbudsgivare 2 och 3 som inte inkommit med behörighetshandlingar trots att det kryssat ja i rutan i anbudsformuläret. Det har således inte framkommit att kommunen särbehandlat någon eller begränsat konkurrensen genom att begära in handlingarna från anbudsgivare 2 och 3. Dessa kompletteringar har därför varit tillåtna i enlighet med 9 kap. 8 § LOU.

Anbudsgivare 4

Bolaget har vidare anfört att anbudsgivare 4 inte borde ha uteslutits från utvärderingen eftersom de av kommunen efterfrågade uppgifterna om rabattsatser framgår av det rabattbrev som bifogats anbudet. Länsrätten konstaterar härvid att en förutsättning för att länsrätten ska kunna ingripa i en upphandling är att kommunens förfarande medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Att kommunen uteslutit en annan anbudsgivare än bolaget från utvärdering kan inte medföra att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Därmed saknas förutsättningar att på grund av att kommunen inte upptagit anbudsgivare 4 till utvärdering ingripa i upphandlingen enligt LOU.

Justering av prisexempel

Bolaget har anfört att anbudsgivare 3 rätteligen borde ha uteslutits från utvärderingen eftersom anbudsgivare 3 efter anbudstidens utgång och på begäran av kommunen tillåtits justera de prisexemplistor som enligt förfrågningsunderlaget skulle vara med i anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att anbudsgivaren ska ange rabattsatser för olika materielgrupper utifrån en grossistprislista och att prisexempel på efterfrågade artiklar med den angivna rabattsatsen ska bifogas. Kommunen har gett anbudsgivare 3 möjlighet att räkna om sina prisexempel eftersom de som ursprungligen bifogats inte stämde med den grossistprislista och de rabattsatser som uppgetts i deras anbud. Mot bakgrund av ovanstående resonemang angående tillämpligheten av första och andra styckena i 9 kap. 8 § LOU är det enligt länsrättens mening här inte fråga om en begäran om förtydligande eller komplettering enligt bestämmelsens andra stycke eftersom kommunen efterfrågar nya priser i prisexemplen.

För att de aktuella justeringarna ska vara tillåtna enligt LOU krävs det därför att de varit tillåtna enligt första stycket i nämnda bestämmelse.

Av kommunens e-postmeddelande framgår det enligt länsrättens uppfattning att man misstänker att anbudsgivare 3 avrundat priserna istället för att ange priserna med två decimaler samt att man även misstänker att anbudsgivare 3 inte använt den senaste versionen av aktuell grossistprislista och att prisexemplen därför inte stämmer överens med de rabattsatser som anbudsgivaren lämnat. Länsrätten finner därför att det varit fråga om sådana uppenbara fel som är tillåtna att åtgärda i enlighet med 9 kap. 8 § första stycket LOU. Därtill kommer att justeringarna avsett prisexemplen och således inte de rabattsatser som enligt förfrågningsunderlaget ska lämnas på olika materielgrupper utifrån aktuella grossistprislistor. Länsrätten finner därför att kommunens begäran om justeringar av prisexemplen varit i enlighet med LOU.

Utvärdering av anbud

Bolaget har slutligen anfört att prisutvärdering har skett med hjälp av modell i två versioner med olika antal timmar och mängd material så att valet av entreprenör har kunnat påverkas. Kommunen har anfört att bolaget av misstag fått ut en felaktig arbetsversion av prisutvärderingen. I enlighet med förfrågningsunderlaget ska utvärdering av pris ske genom att timmar viktas mot materiel och övriga delar i procent i förhållande till varandra. Därför har kommunen justerat de ingående mängderna till dess att procent-satserna på de olika delarna stämmer med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Enligt länsrättens mening har det inte framkommit någon omständighet som ger anledning att anta att kommunen vid utvärderingen skulle ha förfarit på ett sätt som inte överensstämmer med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget eller med LOU:s grundläggande principer. Någon grund för länsrätten att på grund av felaktig utvärdering förordna att upphandlingen ska göras om eller rättas finns därför inte.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att bolaget inte har visat att kommunen brutit mot någon av bestämmelserna eller några av de grundläggande principerna i LOU. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Caroline Holmberg
Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Terese Danielsson.



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 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.

