



SÖKANDE

Vägverkets Produktion Trafikteknik, 202100-0639
Exportgatan 81 A
422 46 Hisings Backa

Ombud: Jur.kand. Peter Thors
c/o Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

1. Arboga kommun
2. Kungsörs kommun
3. Köpings kommun

Ställföreträdare: Jan Eriksson, inköpssamordnare
c/o Västra Mälardalens kommunalförbund
Kungsörs kommun
736 85 Kungsör

SAKEN

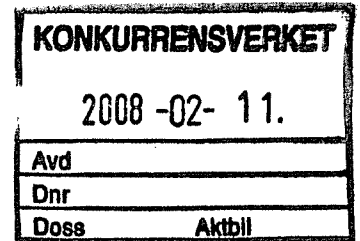
Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

YRKANDEN M.M.

Arboga, Kungsör och Köpings kommuner har genomfört en förenklad upphandling avseende system för automatisk gatljusstyrning, Dnr 2007/62-317, och därvid beslutat att tilldela Mälarenergi Elnät AB kontraktet.

Vägverkets Produktion Trafikteknik, nedan kallat Vägverket, har i en till länsrätten den 21 december 2007 inkommen skrivelse begärt överprövning av upphandlingen och yrkat att den skall avbrytas.

Enligt ett tilldelningsbeslut den 18 januari 2008 har kommunerna beslutat att teckna avtal med Mälarenergi Elnät AB om upphandling av ett automatiskt system för gatljusstämning för perioden den 1 maj 2008 – 31 december 2013, med



möjlighet för beställaren att förlänga avtalet maximalt 24 månader. Vid anbudstidens utgång den 20 december 2007 hade två anbud inkommit.

Länsrätten har den 25 januari 2008 på framställan av Vägverket beslutat att kommunerna, i avvaktan på att länsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar, inte får avsluta upphandlingen.

GRUNDER M.M.

Vägverket har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande.

Kommunerna har otillbörligt gynnat vissa leverantörer, och samtidigt missgynnat Vägverket, genom att i förväg översända anbudsinbjudan till dessa leverantörer och inte till Vägverket. Enligt kommunerna har annonsen publicerats i Allegos databas den 29 november 2007. Enligt uppgift inhämtad från Allego var dock publiceringsdatum för annonsen den 30 november 2007. Vissa utvalda entreprenörer har dock redan (senast) den 29 november erhållit en särskild anbudsinbjudan avseende upphandlingen. Detta har förstås inneburi att dessa anbudsgivare har erhållit en fördel jämfört med sådana leverantörer som endast kan förlita sig på annonsering av upphandlingen.

Det pågår för närvarande i Regeringsrätten en prövning av kommunernas avbrytande av en offentlig upphandling, vilken avbröts av kommunerna genom beslut den 4 juni 2007 och som avser samma sak som nu är föremål för prövning. Om den nu aktuella upphandlingen avslutas genom ett upphandlingskontrakt blir prövningen av kommunernas tidigare beslut meningslös. Den nya upphandlingen bör inte få avslutas innan frågan om avbrytandet av den förra upphandlingen är slutligt avgjord. Även om den nya upphandlingen i stora delar avser samma sak så har också stora förändringar skett i förfrågningsunderlaget jämfört med den tidigare upphandlingen. I många fall har dessa förändringar givit upphov till oklarheter. Oklarheterna och otydligheterna i förfrågningsunderlaget kan inte redas ut i

sådan tid att det är möjligt att inkomma med ett genomarbetat anbud på den korta tid som står till förfogande.

En grundläggande förutsättning för att ett upphandlingskontrakt skall föreligga är att fråga är om ett ömsesidigt förpliktande avtal. För den nu aktuella upphandlingen brister det dock i denna förutsättning. Såväl anbudsgivarens som kommunernas bundenhet vid avtalet kan ifrågasättas. I punkt 1.2 i de Administrativa föreskrifterna anges till exempel att syftet är att teckna ramavtal med en leverantör. Även i punkt 1.4 anges att fråga är om ett ramavtal. I punkt 1.5 anges dock att kvantitetsuppgifterna på intet sätt är bindande. Eftersom kommunernas syfte uppenbarligen är att avtalet endast skall vara bindande för entreprenören och inte för kommunerna är det inte fråga om ett ömsesidigt förpliktande avtal. En genomgång av förfrågningsunderlaget visar att angivna priser inte är bindande för anbudsgivaren. Enligt punkt 3.12 i Administrativa föreskrifter är anbudsgivaren endast bunden av sina anbudspriser under det första året. Därefter kan priserna ändras ”efter förhandling”. Eftersom det är fråga om en (minst) femårig avtalstid kan förutsättas att en mycket stor del av arbetena – om överenskommelser kan träffas om nya priser – kommer att utföras under år 2-5, när lämnade prisuppgifter inte gäller. Hur kommunerna kommer att utvärdera de okända priserna under år 2-5 framgår inte. Det är inte förenligt med LOU att utvärdera angivna priser som inte är bindande för anbudsgivaren. Förfrågningsunderlaget är vidare så otydligt avseende såväl omfattning av åtagandet som utvärdering av anbuderna att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om förutsebarhet och transparens. Punkt 1.1 är otydlig avseende vilket arbete som skall utföras. I andra stycket anges att det som alternativ till att installera utrustningen i befintliga elskåp även ”kan” ingå att installera utrustningen i eget elskåp. Trots att detta endast anges som ett möjligt alternativ anges dock att avsikten är att all tändutrustning skall sitta i egna skåp vid avtalsperiodens slut. Vad anbudsgivaren egentligen skall räkna med – installation i befintliga skåp eller nya elskåp – är oklart. Förfrågningsunderlaget brister i denna del i förutsebarhet och transparens. Denna oklarhet har också betydelse för frågan hur anbuderna kommer att utvärderas. Enligt 2.9 i de administrativa föreskrifterna, bilaga 2, viktas ”kvalitets- och miljöarbete” till 10 procent. Hur anbu-

den kommer att värderas framgår inte tydligt av förfrågningsunderlaget. Inte heller framgår hur poängsättningen kommer att göras. Upphandlingen strider även i den del som avser service och underhållsavtal mot principerna om förutsebarhet och transparens eftersom förfrågningsunderlaget inte innehåller några krav eller önskemål från kommunerna på innehållet i ett sådant serviceavtal. Enligt 3.11 i Allmänna föreskrifter, bilaga 2, ingår utvärdering av serviceavtal. Därmed får antas att kommunerna avser att kostnaderna för serviceavtal ingår i beräkningen av "anbudspris". Det är dock inte möjligt för en anbudsgivare att förutse hur kommunerna kommer att beräkna kostnaden för serviceavtalet vid utvärderingen av kriteriet "pris". Eftersom kommunen inte angivit vad anbudsgivarna skall räkna med kommer anbuden inte bli jämförbara.

Vägverket har i övrigt anfört bl.a. följande. Utvärderingskriteriet "tidigare erfarenheter och referenser" tillmätts omotiverat stor vikt. Enligt punkt 2.9 i de administrativa föreskrifterna, bilaga 2, viktas kriteriet "tidigare erfarenheter/referenser" till hela 30 procent. Den stora vikt som läggs på detta subjektiva kriterium är omotiverad och torde vanligtvis inte förekomma utom vid upphandlingar av mer avancerade konsultuppdrag eller liknande. I punkt 3.3 i Administrativa föreskrifter anges att kommunen kommer värdera tidigare erfarenheter av de leverantörer som är kända av kommunerna. Detta öppnar i praktiken upp möjligheter för den upphandlande enheten att välja fritt bland anbudsgivarna. Det är inte affärsmässigt att lägga så stor vikt vid detta kriterium i denna typ av upphandling.

Västra Mälardalens Kommunalförbund avstyrker Vägverkets begäran om överprövning och anför bl.a. följande. Upphandlingen annonserades i Allegos databas den 29 november 2007, enligt 6 kap. 2 a § LOU. Upphandlingen annonserades även i Opic:s databas några dagar senare. Vägverket har efter en begäran via e-post den 4 december 2007, fått handlingarna nästföljande dag, den 5 december. Detta visar att Vägverket trots allt har uppmärksammat annonseringen i Allego eller Opic. Vägverket påstår även i det sammanhanget att anbudstiden varit för kort, för deras del endast åtta dagar, vilket således är inkorrekt. En anbudstid på 21 dagar synes fullt tillräcklig med tanke på den tidigare upphandlingen, vilken

också flertalet leverantörer haft kännedom om. Vägverket hävdar att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet och transparens vad avser serviceavtalets utvärdering och innehåll. I förfrågningsunderlaget punkt 3.10 framgår avseende service, att det hos leverantören skall finns en kontaktperson tillgänglig för att svara på frågor och lösa eventuella problem under avtalsperioden. Vidare efterfrågas leverantörens inställelsetid och reservdelshållning. Av det förtydligande som gjorts av förfrågningsunderlaget framgår vad avtalet skulle kunna innehålla, som exempelvis beredskapsnivå, inställelsetid, ersättningar för serviceuppdrag och resor m.m. samt stationeringsort för servicepersonal. Vid utvärderingen kommer ett uppskattat antal arbetstimmar per år och ett antal resor från stationeringsorten till KAK-kommunerna att beaktas.

DOMSKÄL

I 7 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det är LOU:s lydelse före den 1 januari 2008 som är tillämplig i målet.

Vägverket har anfört att det pågår en prövning i Regeringsrätten av en upphandling som kommunerna genom beslut den 4 juni 2007 avbrutit och som avser samma sak som skall prövas i nu aktuell upphandling. Vägverket har vidare anfört att den prövningen skulle bli meningslös om den nu aktuella upphandlingen avslutas genom ett upphandlingskontrakt och att den nya upphandlingen inte bör få avslutas innan frågan om avbrytandet av den förra upphandlingen är slutligt avgjord. Länsrätten konstaterar att rätten inte är förhindrad att pröva upphandlingen eftersom den avser en ny upphandling och således inte avser samma sak som den som är föremål för Regeringsrättens prövning. För övrigt har Regeringsrätten numera beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet avseende den avbrutna upphandlingen (Regeringsrättens beslut den 24 januari 2008, mål nr 7090-07).

Länsrätten finner således att det inte föreligger något hinder för länsrätten att pröva frågan i sak.

Begreppet leverantör i LOU skall tolkas vidsträckt och omfattar enligt länsrättens bedömning anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller ansöka om att få lämna anbud, men av olika skäl avstått härifrån.

Länsrätten finner att Vägverket, oaktat Vägverket inte lämnat något anbud, kan ses som leverantör i LOU:s mening och därför har talerätt. En förutsättning för att länsrätten i ett mål om överprövning enligt 7 kap. LOU skall kunna besluta att upphandlingen skall rättas eller göras om är att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada.

Vägverket har anfört att kommunerna otillbörligt har gynnat vissa leverantörer, och samtidigt missgynnat Vägverket, genom att i förväg översända anbudsinvitan till dessa leverantörer och inte till Vägverket. Av 6 kap. 2 a § LOU framgår att upphandlande enhet vid förenklad upphandling skall begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Med det förstnämnda menas enligt förarbetena till LOU (prop. 1999/2000:128 s. 26) att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Vidare uttalas att det i allmänhet inte bör anses vara tillräckligt att en upphandlande enhet annonserar på sin egen hemsida. Länsrätten finner att det inte framkommit annat än att kommunernas annonsering i Allegos databas uppfyller kravet i LOU på allmänt tillgänglig. Fråga uppkommer härefter om anbudsgivare, enligt 6 kap. 5 a § LOU, getts skälig tid att lämna anbud. I bestämmelsen anges vidare att tiden aldrig får vara kortare än tio dagar. Det framgår att kommunerna har annonserat den aktuella upphandlingen senast den 30 november 2007 på Allegos databas. Anbudet skulle vara inlämnade senast den 20 december 2007. Vad som är skälig tid måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, där faktorer som upphandlingens storlek och karaktär har betydelse. Vidare måste beaktas att upphandlingen enligt 1 kap. 4 § LOU skall göras med utnyttjan-

de av de konkurrensmöjligheter som finns. Om inte anbudsgivare ges skälig tid att utforma sina anbud uppnås inte effektiv konkurrens.

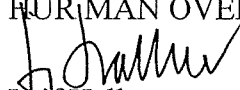
Vägverket har anfört att anbudstiden varit för kort för att, med hänsyn till de oklarheter som enligt Vägverket finns i förfrågningsunderlaget, kunna lämna ett genomarbetat anbud. Länsrätten konstaterar att leverantörerna har haft åtminstone 20 dagar på sig att inkomma med anbud. Två andra leverantörer har inkommit med anbud. Ifrågavarande upphandling har tidigare varit utannonserad och anbudsprövad med bl.a. Vägverket som anbudsgivare. Även om förändringar har skett i förfrågningsunderlaget har förfarandet rimligen bort underlätta för Vägverket att lämna anbud i tid. Att beakta i sammanhanget är rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 där det framgår att leverantörer enligt LOU har att räkna med, utifrån de skiftande förhållanden som förekommer inom det ekonomiska livet, att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller inte är optimalt utformade samt att LOU medger att ett otydligt anbud på initiativ av upphandlande enhet får förtydligas eller kompletteras (6 kap. 8 § andra stycket). Länsrätten finner vid en samlad bedömning att anbudstiden för aktuell upphandling inte kan anses oskälig. Genom att inte sända in ens ett anbud med förbehåll har Vägverket försatt sig i den situationen att en förhandling inte kan bli aktuell. Med hänsyn härtill kan Vägverket inte anses ha visat att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada på sådant sätt som avses i 7 kap. 2 § LOU. Vägverkets begäran om överprövning skall därmed avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Vägverkets Produktion Trafiktekniiks begäran om överprövning.

I och med detta beslut upphör länsrättens interimistiska beslut den 25 januari 2008 att gälla.

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


Leif Hallner
rådman
ks