



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-10-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3554-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

BancTec AB, 556455-0373
Box 90210
120 23 Stockholm

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lena Salomonsson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Västmanlands läns landsting, 232100-0172
Upphandlingsenheten
721 89 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2011-10-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLANDRAT BESLUT

Västmanlands läns landstings beslut den 29 juni 2011 att avbryta upphandlingen avseende av skanningstjänster, LVU110011.

SAKEN

Överprövning av beslut att avbryta en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar Västmanlands läns landstings beslut den 29 juni 2011 att avbryta upphandlingen avseende skanningstjänster, LVU110011.

BAKGRUND

Genom tilldelningsbeslut den 13 juni 2011 tilldelades BancTec AB (nedan bolaget) kontraktet avseende skanningstjänster för Landstinget i Västmanland (nedan landstinget) och dess bolag. Anbudet från Aditro Financial Management AB (Aditro) och Recall Sweden AB (Recall) beaktades inte då de inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Den 22 juni 2011 ansökte Recall hos förvaltningsrätten om överprövning av tilldelningsbeslutet (mål nr 3272-11). I beslut den 29 juni 2011 har landstinget avbrutit upphandlingen med motiveringen att det obligatoriska kravet på referensuppdrag i punkt 2.10 i förfrågningsunderlaget var så otydligt utformat att likabehandlingsprincipen har åsidosatts redan under annonseringen. Det finns sannolikt leverantörer som mot bakgrund av den strängare tolkningen av kravet avstått från att lämna anbud. Dessutom hänvisades i beslutet till att tre av fyra anbudsgivare, avseende transportoptionen i punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget, lämnat anbud på olika former av vidarebefordring/eftersändning av post istället för på biltransport så som avsetts. Även detta förhållande ansågs vara hänförligt till otydligheter i underlaget.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva landstingets avbrytandebeslut och förordna att landstinget ska slutföra upphandlingen i enlighet med det tidigare fattade tilldelningsbeslutet.

Landstinget bestrider bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget

Bolaget anför bland annat följande. Landstinget saknar sakliga skäl för avbrytandet av upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och har medfört skada för bolaget.

Referenskravet

Landstinget påstår i avbrytandebeslutet att kravet i avsnitt 2.10 avseende referensuppdragens omfattning skulle vara otydligt då det inte framgår att omfattningen ska vara 50 000 fakturor per referens *per år* eller 50 000 fakturor per referens *totalt* obegränsat i tiden. Detta skäl är felaktigt och utgör inte sakliga skäl att för avbrytande av upphandlingen.

I nära anslutning till punkt 2.10 i kravspecifikationen finns tre tabeller som anbudsgivarna ska fylla i för vart och ett av referensuppdragen. På sista raden i varje tabell anges klart och tydligt att landstinget med "omfattning" avser antal skannade fakturor per år. Vidare anges i kravspecifikationen att referensuppdragen ska vara av "jämförbar omfattning". Med hänsyn till att det uppdrag som upphandlingen avser omfattar ca 110 000 fakturor per år (dvs. minst totalt ca 220 000 fakturor och ca 440 000 fakturor som mest) framgår att minimigränsen på 50 000 fakturor tar sikte på den årliga volymen av referensuppdragen. Ett lägre ställt krav omfattandes endast 50 000 fakturor totalt i ett referensuppdrag, skulle uppenbart sakna relevans i förhållande till landstingets behov och upphandlingsföremålet. Kravet skulle i så fall avse referensuppdrag motsvarande ca 4,5 procent av landstingets behov och kan inte anses vara av "jämförbar omfattning." Ett krav på minst 50 000 fakturor per år innebär att jämföra uppdrag motsvarande minst 50 procent av landstingets ungefärliga behov. Andra jämförbara upphandlingar under 2010 och 2011 visar att kraven på referensuppdragens omfattning avser den årliga volymen av fakturor eller att referensuppdragens omfattning ska vara jämförbara, eller motsvara omfattningen av det upphandlade uppdraget. Recall var anbudsgivare i samtliga dessa upphandlingar och är således väl medvetet om innebörden av denna typ av krav och hur kravet typiskt sett utformas. Härvid hänvisas till upphandlingar som företagits av Gotlands kommun med flera upphandlande myndigheter.

Även om det skulle föreligga någon grad av osäkerhet på grund av att orden "per år" har fallit bort på ett ställe i förfrågningsunderlaget, är otydligheten av ringa betydelse och har inte påverkat konkurrensen i upphandlingen. Då den strängare tolkningen av förfrågningsunderlaget var den som landstinget avsåg med kravet, är det inte sannolikt att otydligheten har fått potentiella anbudsgivare att avstå från att lämna anbud. Endast om det hade förhållit sig tvärtom, att det lägre kravet var det som avsågs, hade otydligheten kunnat förmå potentiella anbudsgivare att avstå från att lämna anbud och det hade varit befogat att tala om en otydlighet i förfrågningsunderlaget av väsentlig betydelse. Vidare är det ett obefogat antagande att leverantörer av dessa tjänster skulle avstå från att lämna anbud på grund av eventuella oklarheter i detta hänseende. Oklarheter kan ju klarläggas under anbudstiden innan anbud lämnas. Vidare är det i princip samma aktörer som lämnar anbud på upphandlingar av skanningtjänster. I förevarande fall är det dessutom bara Recall som har "missuppfattat" kravet och då endast med avseende på en av sina referenser. Med hänsyn till hur kravställningen typiskt sett ser ut i denna typ av upphandlingar beror Recalls misstag därför snarare på bristande noggrannhet än en genuin missuppfattning. Boleget hänvisar till RÅ 2002 ref. 50 till stöd för att mindre brister och otydligheter är acceptabla, om förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart men inte optimalt.

Kravet på transporter

Landstinget hävdar i avbrytandebeslutet att kravet avseende transportoptionen är otydligt och att det är dessa "otydligheter" som har föranlett vissa anbudsgivare att lämna alternativa anbud baserade på vidarebefordring/eftersändning av post istället för på biltransporter såsom landstinget avser. Kravet på biltransporter är dock kristallklart. Det anges klart och tydligt att leverantören ska "hämta box med fakturor" hos landstinget och transportera dessa till leverantören för skanning. Vidare framgår att hela eller delar av "transportuppdraget" kan komma att utföras av landstinget

och att landstinget vid avtalstecknandet meddelar vem som ska utföra detta. Av punkt 3 och 5.1 i "Mall för upphandlingskontrakt" framgår det att leverantören får anlita underleverantör för utförande av "transport" och att boxen ska hämtas och att pris ska anges med "SEK/transport". Det framgår vidare av de frågor och svar som varit under upphandlingen (t.ex. fråga/svar nr 8 i Frågor och svar daterat den 12 april 2011) varför landstinget har valt att fakturorna ska hämtas hos landstinget istället för att ha automatisk vidareändring eller att fakturaadressen ändras till leverantörens adress.

Landstinget

Landstinget har till stöd för sin talan bland annat anfört följande. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget innebär att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten åsidosatts. Felen, som påverkat den konkurrensuppsökande fasen, är så allvarliga att landstinget saknar möjlighet att inom ramen för gällande rätt avsluta upphandlingen genom att tilldela någon av anbudsgivarna kontrakt.

Referenskravet

Recall uppfattade referenskravet som att omfattningen om 50 000 fakturor hänför sig till den totala omfattningen av fakturor per referens obegränsat i tid istället för, som landstinget avsett, till total omfattning per referens och år. Landstinget har kunnat konstatera att båda tolkningarna ligger för handen. Landstinget delar inte bolagets uppfattning att det framgår av skrivningen "jämförbar omfattning" att minimigränsen tar sikte på den årliga volymen i referensuppdragen. Även 50 000 fakturor per år är väl lågt för att kunna anses vara av jämförbar omfattning, då uppdragets omfattning är ca 110 000 fakturor årligen. Då otydligheten medför en dubbeltydighet avseende ett obligatoriskt krav är utrymmet för att dess betydelse endast skulle behöva "framgå" mot bakgrund av andra omständigheter mycket begränsat. Så som kravet de facto är formulerat skulle Recalls anbud rätte-

ligen inte ha förkastats på den grunden. Av detta följer att kraven på lika-behandling, förutsebarhet och transparens inte kan upprätthållas vid upphandlingens nuvarande utformning vilket är till men för andra potentiella anbudsgivare med omfattning i paritet med Recall. Landstinget delar heller inte bolagets uppfattning att det förhållande att tre av fyra anbudsgivare redovisat referensuppdrag med omfattning om 50 000 fakturor eller mer per år nödvändigtvis utgör ett uttryck för hur den nedre gränsen för kravets omfattning verkligen uppfattats utan detta avspeglar snarare anbudsgivarnas ställning på marknaden.

Kravet på transporter

Tre av fyra anbudsgivare har, avseende transportoptionen i punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget, lämnat anbud på olika former av vidarebefordring/eftersändning av post istället för på biltransport så som avsetts. Även detta förhållande är hänförligt till otydligheter i underlaget. I motsats till vad som anförts i ansökan om överprövning har även bolaget initialt lämnat anbud på eftersändning. Först efter förtydligande, vars tillåtlighet kan ifrågasättas, har bolaget lämnat anbud på efterfrågad transport. Det faktum att ordet "biltransport" inte nämnts någonstans i underlaget samt innehållet i lämnade anbud gör att formuleringen av transportoptionen framstår som tillräckligt otydlig för att även den utgöra ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestäm-

melse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Ur handlingarna i målet

Avsnitt 2.10 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse.

Till anbudet skall bifogas en förteckning över tre (3) referenser avseende liknande uppdrag som leverantören haft, dvs. uppdrag som innefattat jämförbara tjänster av jämförbar omfattning, minst 50 000 fakturor per referens. Referensuppdragen får inte vara äldre än fem (5) år.

Avsnitt 1.3 i förfrågningsunderlaget har, i aktuellt hänseende, följande lydelse.

Leverantören åtar sig att utföra följande leveranser/transporter:

Se även kravspecifikation under punkt 3.1

(1)**Hämta box med fakturor:** Transport/leverans från landstingets box-adresser till leverantören alla vardagar. Med detta menas hämtning av box med fakturor för skanning till leverantörer.

I *Frågor och svar – upphandling avseende Skanningtjänster* anges bland annat följande.

Med anledning av inkomna frågor vill Landstinget Västmanland göra följande förtydligande av förfrågningsunderlaget med bilagor.

Fråga 8) Enligt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget kan leverantören som option hämta materialet för skanning ur LTVs postbox. Vad är anledningen till att LTV inte ordnar med automatisk vidareändring av fakturorna till leverantörens boxadress eller ändrar faktureringsadressen till en box hos leverantören?

Svar 8) Pga svårigheter att få alla leverantörer att ändra faktureringsadress, så beslöt landstinget år 2006 att alla leverantörsfakturor ska skickas till en box-adress i Västerås.

Vägledande avgöranden

Av RÅ 2009 ref. 43 framgår att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling under förutsättning att beslutet är grundat på sakligt godtagbara skäl och inte är godtyckligt. Någon tydlig praxis för vad som är sakligt godtagbara skäl har inte utkristalliserats. I förevarande mål har otydligheter i förfrågningsunderlaget som påverkat den konkurrensuppsökande fasen anförts som skäl för avbrytandet.

I målet är frågan således om de otydligheter som förfrågningsunderlaget innehållit varit sådana att sakligt godtagbara skäl för avbrytande förelagat. EU-domstolen har i mål C-244/02 *Kauppatalo Hansel* uttalat att en upphandlande myndighet, som påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris, har möjlighet att avbryta förfarandet utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuderna, inser att den med hänsyn till anbudsinfordran, på grund av fel som begåtts vid förhandsbedömningen, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En förutsättning för avbrytande är att myndigheten, vid beslutet, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling. Andra skäl som godtagits i praxis är att den upphandlande myndighetens budget för tjänsten i fråga skulle komma att överskridas eller då de ekonomiska förutsättningarna förändras (RÅ 2009 ref. 43 respektive Kammarrättens i Jönköping dom den 2 april 2006 mål nr 347-06). Sakliga skäl har även ansetts föreligga då det efter kvalificeringsfasen endast återstod ett anbud att ta ställning till (RÅ 2008 ref. 35).

Vad avser otydligheter i förfrågningsunderlaget som grund för ett avbrytande kan antecknas Kammarrättens i Stockholm avgörande den 12 april 2011, mål nr 6093-10. I målet hade ett skall-krav avseende angivande av rabatter uppfattats olika av alla de tre anbudsgivarna, vilket gjorde att den upphandlande myndigheten riskerade att inte kunna göra en objektiv och

korrekt prisjämförelse. Utformningen av förfrågningsunderlaget medförde enligt Kammarrätten med stor sannolikhet att kommunerna inte kunde säkerställa att anbudet med lägsta pris kunde antas. Skälen för avbrytandet ansågs därför vara sakligt godtagbara.

Kammarrätten i Stockholm har vidare den 21 december 2004 i mål nr 4828-04 funnit att sakliga skäl för avbrytande förelegat när endast ett anbud uppfyllt de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och då det vid en översyn av förfrågningsunderlaget har framkommit att detta innehåller ytterligare punkter som troligtvis inte uppfyller LOUs krav på affärsmässighet och att det därför finns risk för en ny begäran om överprövning efter ett förnyat tilldelningsbeslut. Kammarrätten i Stockholm har vidare i beslut den 6 november 2008 i mål nr 4451-08 funnit att de brister den upphandlande myndigheten anfört som grund för ett beslut om att avbryta en upphandling framstår som ”brister av förhållandevis enkel art.” Kammarrätten påpekade även att den upphandlande myndigheten borde ha gjort en ny utvärdering med förnyad referenstagning och att tid funnits för detta. Sakliga skäl för att avbryta upphandlingen ansågs inte föreligga.

Avslutningsvis kan nämnas RÅ 2005 ref 47, även om målet inte gäller ett beslut om avbrytande av en upphandling. I målet hade den upphandlande myndigheten brustit i upphandlingsförfarandet då ett bolag uteslutits. Avseende vilken åtgärd enligt LOU som skulle vidtas uttalade HFD att man hade att välja på att upphandlingen skulle rättas eller göras om. Då bristen som konstaterats inte kunde anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras ansåg HFD att det var därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättades.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har yrkat att förvaltningsrätten ska upphäva avbrytandebeslutet och förordna att landstinget ska slutföra upphandlingen i enlighet med det tidigare fattade tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en talan i ett sådant mål som det förevarande emellertid inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras. Vad förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är således om landstinget har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 29 juni 2011 att avbryta den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att, såsom referenskravet i förfrågningsunderlaget är formulerat, det vid en semantisk tolkning av kravet ligger klart närmast till hands att tolka det så som att referensuppdragen ska vara av omfattningen 50 000 fakturor per referens obegränsat i tiden. De omständigheter bolaget anfört är inte sådana att den strängare tolkningen framgår med någon tydlighet. Recall hade således fog för sin tolkning.

Däremot konstaterar förvaltningsrätten att det med hänsyn till otydlighetens art inte är sannolikt att den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen har påverkats. Det ter sig snarare som att otydligheten skulle kunna leda till fler anbudsgivare än vad ett korrekt utformat referenskrav skulle ha inneburit.

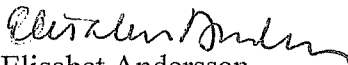
Landstinget har anfört att transportoptionen i punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget varit otydligt, vilket inneburit att tre av fyra anbudsgivare lämnat anbud på olika former av vidarebefordring/eftersändning, istället för på biltransport så som avsetts.

Som transportoptionen är formulerad framgår tydligt att fakturorna ska hämtas från landstingets postadresser och transporteras till leverantören. Något utrymme för att tolka skrivelsen som att eftersändning av fakturorna

skulle vara tillåten finns knappast, då detta inte innebär att fakturorna hämtas från landstingets postadresser. Vidare framgår tydligt av ”Frågor och svar”, frågor och svar 8-9, att fakturorna ska hämtas i landstingets post-box i Västerås samt skälen till varför detta förfarande valts. Förvaltningsrätten finner inte att några otydligheter i förfrågningsunderlaget kan anses föreligga i denna del. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till vad som anförts att transportoptionens utformning inte innebär sakligt godtagbara skäl för avbrytande av upphandlingen.

Landstinget har anført att felaktigheterna medför att det inte finns någon möjlighet att, utan att bryta mot de i LOU uppställda grundläggande principerna, avsluta upphandlingen. Någon argumentation avseende varför felaktigheterna inte kan avhjälpas inom ramarna för en ny utvärdering och/eller exempelvis kompletteringar har emellertid inte anförts eller i övrigt framkommit i målet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att landstinget inte har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)


Elisabet Andersson
rådman

Målet har föredragits av Erik Edström

