

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-10-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18030-09
Enhet 15

SÖKANDE

Norsborgs Eltjänst Aktiebolag, 556391-9454

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Helena Dahlberg
Andersson Gustavsson Advokatbyrå
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

1. Södertälje kommun
151 89 Södertälje

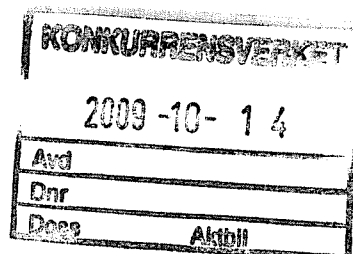
2. Telge AB, 556307-6867
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 462295

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 OCH YRKANDEN M.M.

Södertälje kommun (Södertälje) och Telge AB (Telge) genomför en samordnad upphandling för Telge AB med dess bolag och Södertälje kommun med avsikt att teckna ramavtal med flera aktörer av akuta och planerade elinstallationsarbeten, dnr TI 2009-25.

Södertälje och Telge beslutade den 25 augusti 2009 att avbryta upphandlingen med motiveringen att ett fel i prisutvärderingen hade upptäckts. Vidare angavs det i beslutet att Södertälje och Telge skulle gå ut med en ny upphandling så snart som möjligt.

Länsrätten har den 4 september 2009 interimistiskt förordnat att beslutet om avbrytande av upphandlingen tills vidare inte ska gälla.

Norsborgs Eltjänst Aktiebolag (Norsborg) ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten dels ska upphäva beslutet att avbryta upphandlingen, dels att upphandlingen ska återupptas och slutföras. Till stöd för sin talan anger Norsborg i huvudsak följande. Den 26 augusti 2009 tog Norsborg emot beslutet om att avbryta upphandlingen på grund av att ett fel i prisutvärderingen hade upptäckts. Eftersom grunden till beslutet var otydligt bad Norsborg om ett förtydligande. Per Florentin på Telge Inköp AB som genomför upphandlingen svarade då att de upptäckt ett fel i beräkningsunderlaget då volymerna inte var jämförbara på ett "konsistent" sätt. Inga ytterligare uppgifter har lämnats ut med hänvisning till att sekretess alltjämt gäller för upphandlingen.

Avbrytande av en upphandling är ett undantagsförfarande vid vilket en upphandlande enhet alltjämt måste iaktta grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling. För att en upphandlande enhet ska ha rätt att avbryta upphandlingen krävs sakliga skäl för beslutet och att enheten när den fattar ett sådant beslut iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Kravet på transparens förutsätter att den upp-

handlande enheten redan i förfrågningsunderlaget lämnar upplysningar om det som kan leda till att en upphandling avbryts. I strid mot denna princip har upplysningar inte lämnats om vilka brister i förfrågningsunderlaget som skulle ha medfört att upphandlingen måste göras om.

I fråga om grunden för beslutet är det oklart på vilket sätt den utvärderingsgrund som valts skulle vara felaktig. Helt klart är att det är möjligt att utföra en utvärdering av anbuden enligt den valda modellen. Att utvärderingen hade kunnat utformas på ett annat sätt är en annan fråga. Att nu i efterhand önska använda en annan utvärderingsmodell utgör inte sakligt skäl till att avbryta upphandlingen då Södertälje och Telge redan innan de gick ut med upphandlingen har tagit ställning i den frågan och därvid haft möjlighet att beakta andra alternativa utvärderingsmodeller.

Mot bakgrund av de samtal med Per Florentin som föregick beslutet finns det även skäl att misstänka att grunden till beslutet kan vara att det av någon anledning önskas att Norsborgs anbud inte skulle erhålla så goda prispoäng som det gjorde. Det har efter kontakt med de referenser som Norsborg lämnat framkommit att utvärderingen av anbuden i vart fall har fortgått så långt att dessa referenser har kontaktats. Södertälje och Telge har sammanfattningsvis vare sig visat att det föreligger sådana brister i förfrågningsunderlaget som utgör sakliga skäl för att avbryta upphandlingen, eller att deras agerande uppfyller gällande krav på transparens och förutsägbarhet.

Till stöd för överklagandet har även Åberopats Kammarrättens i Göteborg dom av den 7 november 2006 i mål nr 5375-06.

Södertälje och Telge bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Telge och Södertälje har upptäckt felaktigheter i beräkningsunderlaget, där volymerna inte är jämförbara på ett konsistent sätt, vilket medfört att det inte har gått att genomföra en utvärdering. De fel som upptäckts är följande.

1. Utvärderingsvolymen 2 000 arbetstimmar avseende elektriker är inte i enlighet med prognoserna,
2. i förfrågningsunderlaget och prisbladet har den namngivna nettoprislista, som ska ligga till grund för påslag på nettoprislista, sakens, och
3. det uppskattade antalet kilometer är inte i enlighet med prognoserna.

Norsborg genmäler bl.a. följande. Önskemål om att ange andra volymer för utvärderingskriteriet pris är inte sakligt skäl för att avbryta upphandlingen. Oavsett volymernas storlek så särskiljer de entreprenörerna utifrån de pris som lämnats i respektive anbud. Om volymerna avspeglar hur fördelningen mellan de olika priskategorierna kommer att te sig under avtalsperioden är inte avgörande för frågan om det är möjligt att genomföra en utvärdering. Om denna utvärderingsmodell kan anses vara optimal eller inte för det som upphandlas saknar betydelse och det är en fråga som Södertälje och Telge har att ta ställning till innan de går ut med en upphandling. Det är dessutom oklart om de prognoser som det hänvisas till har utförts före eller efter det att upphandlingen inleddes. Prognoser som ska ligga till grund för en utvärderingsmodell måste givetvis utföras innan upphandlingen ska genomföras. Om en upphandling tillåts avbrytas på så lösa grunder som i det här fallet skulle anbudsgivare inte kunna utgå ifrån att en upphandling i regel kommer att leda till kontrakt. Det finns då en risk för att anbudsgivare i mindre utsträckning lägger ner resurser på att lämna anbud i offentliga upphandlingar, något som skulle motverka en effektiv konkurrens.

Det har inte motiverats på vilket sätt volymerna skulle vara felaktiga, hur de skiljer sig från de prognoser som det hänvisas till eller vilka volymer som istället ska tillämpas. Enligt Norsborg är de angivna volymerna fullt rimliga. Vidare ger den angivna utvärderingsmodellen en fullt normal för-

delning för ett sådant service- och underhållsarbete som upphandlingen avser.

Vad gäller det uppskattat antal kilometer avser denna punkt endast resor utanför Södertälje kommun. Av punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att inom kommungränsen inkluderas milersättningen istället i timpriset. Vidare framgår det av punkten dels att timpriset ska omfatta alla med arbetet förbundna kostnader, dels att utföraren ersätts särskilt för kostnader i samband med resor utanför Södertälje kommun. Under rubriken "Uppdraget" i förfrågningsunderlagets punkt AFA.21, anges att uppdraget avser elinstallationsarbeten i Södertälje kommun. Av punkt AFA.22 anges vidare att objekten finns placerade i Södertälje kommun. Antalet resor utanför kommunen kan därmed förväntas bli begränsat. I utvärderingsmodellen har det också angetts en liten volym sådana resor vilket alltså överensstämmer med det uppdrag som upphandlas.

Avseende grunden att namngiven nettoprislista saknas är det oklart vad som avses. Möjligen har önskemålet varit att alla anbudsgivare ska använda sig av en viss materialleverantör, något som i sig skulle strida mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Oavsett kan avsaknaden av en sådan nettoprislista inte ha påverkat utgången i upphandlingen.

Därutöver är pris bara ett av de många kriterier som ligger till grund för vilket anbud som anses vara "totalekonomiskt mest fördelaktigt". De omständigheter som gjorts gällande av Södertälje och Telge får därför ingen avgörande betydelse för anbudsutvärderingen.

Södertälje och Telge anför därefter i huvudsak följande. I AFA.21 framgår att omfattningen på årsbasis är cirka 10 miljoner kr, vilket inte överensstämmer med de angivna volymerna i prisbladet. Det uppskattade antalet kilometer utanför Södertälje kommun är inte i enlighet med prognoserna då Telge Nät AB har ett flertal anläggningar utanför Södertälje kom-

mun. Den uppskattade volymen om 500 kilometer är därför alldeles för låg. Med anledning av att anbudsgivarna inkommit med olika namngivna prislistor går denna del i utvärderingskriteriet "pris", inte att utvärdera.

Norsborg genmäler följande. I förfrågningsunderlaget har det uttryckligen efterfrågats information om vilken leverantör och prislista som anbudet avser. Det är därmed en självklarhet att anbudsgivarna angett olika prislistor. Varken detta, det som anförts avseende antalet kilometer eller att arbetet som ska utföras inte är av samma omfattning som de poster som ska utvärderas i prisbladet, utgör hinder för en utvärdering. Det framgår dessutom uttryckligen av prisbladet att angiven utvärderingsvolym endast är en förväntad fördelning mellan kostnader som ingår i utvärderingen. Det är fullt möjligt att jämföra och utvärdera anbudsgivarnas priser oavsett om den totala volymen uppgår till 10 miljoner kr eller något annat.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 9 kap. 9 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet skall snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

En sådan underrättelse skall lämnas även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen.

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 ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Norsborg har i målet ansökt om att länsrätten ska upphäva Södertäljes och Telges beslut om att avbryta upphandlingen avseende ramavtal för akuta och planerade elinstallationsarbeten. Frågan i målet är därmed huruvida Södertälje och Telge har haft fog för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

Av EG-domstolens dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00 följer att bestämmelserna om överprövning i LOU ska tillämpas även på beslut om avbrytande av upphandling, jfr RÅ 2005 ref. 62.

Vad gäller ett avbrytande av upphandling har denna företeelse belysts vid ett flertal tillfällen genom avgöranden från EG-domstolen och genom Regeringsrättens tolkningar av dessa avgöranden. Av den befintliga praxisen har det klarlagts att en upphandlande enhet befogenhet att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut av att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Av praxis följer även att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. (Jfr. EG-domstolens dom C-92/00, Regeringsrättens dom av den 4 juni 2009 i mål nr 4239-07 samt RÅ 2008 ref. 35).

Norsborg har i sitt överklagande anfört att Södertälje och Telge inte i tillräcklig utsträckning motiverat sitt beslut att avbryta upphandlingen. Vidare har Norsborg anfört att Södertälje och Telge brutit mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens i det att den angivna grunden för avbrytande inte tagits upp i förfrågningsunderlaget och att

den därmed inte varit känd eller förutsebar för anbudsgivarna. Slutligen har Norsborg anförts att Södertälje och Telge inte förmått visa att de har haft godtagbara sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Frågan om upphandlande myndighets skyldighet att utlämna information om skälen för ett avbrytande och för att göra om en upphandling regleras primärt i 9 kap. 9 § andra stycket LOU. I den skrivelse som den 25 augusti 2009 tillställts samtliga anbudsgivare i den aktuella upphandlingen angavs att upphandlingen avbrutits på grund av att ett fel i prisutvärderingen upptäckts. Vidare informerades om att Södertälje och Telge hade för avsikt att så snart som möjligt gå ut med en ny upphandling. På begäran har detta förtydligats ytterligare av upphandlande myndighet. Länsrätten kan inte finna annat än att Södertälje och Telge därmed uppfyllt de krav på underrättelse som uppställs i 9 kap. 9 § LOU.

Frågan om Södertälje och Telge brutit mot principen om transparens i det att den angivna grunden för avbrytande inte tagits med i förfrågningsunderlaget har prövats i EG-domstolen genom dess avgörande av den 16 oktober 2003 i mål nr C-244/02. I detta avgörande har EG-domstolen konstaterat att en upphandlande enhet som vid utvärdering av inkomna anbud upptäcker att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, och på grund av fel som begåtts vid förhandsbedömningen, inte kan anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har rätt att avbryta upphandlingen under iakttagande av de gemenskapsrättsliga principerna inom offentlig upphandling. Av detta följer, enligt länsrättens mening, att en upphandlande enhets möjlighet att avbryta en upphandling inte kan begränsas till att avse de eventuella avbrytandeklausuler som tagits upp i förfrågningsunderlaget. En annan ordning skulle medföra att den upphandlande enheten i vissa situationer skulle tvingas att genomföra en offentlig upphandling som inte

är den ekonomiskt mest fördelaktiga enbart av det skälet att upphandlande enhet inte tagit in den eventuella avbrytandegrunden i sitt förfrågningsunderlag. Att ställa ett sådant krav skulle även medföra orimliga krav på förutsebarhet på den upphandlande enheten i det att denna skulle tvingas att ta upp alla tänkbara avbrytandesituationer i sitt förfrågningsunderlag.

I det aktuella fallet har Södertälje och Telge avbrutit den ifrågavarande upphandlingen med motiveringen att de i utvärderingsfasen upptäckt att det i förfrågningsunderlaget förekommer brister till följd av felaktigheter vid förhandsbedömningen och utformandet av förfrågningsunderlaget. Dessa brister medför, enligt vad Södertälje och Telge anfört, att de omöjliga kan utföra en rättvisande utvärdering samt att en utvärdering skulle komma att medföra att det ekonomiskt mest fördelaktiga beslutet eventuellt inte kommer att vinna upphandlingen.

Länsrätten finner att de av Södertälje och Telge anförda skälen för avbrytande av upphandlingen är att anse som godtagbara sakliga skäl. Vidare finner länsrätten att det inte är visat i målet att Södertälje och Telge vid genomförandet av avbrytandet skulle ha brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna inom området för offentlig upphandling. Norsborgs ansökan om överprövning ska vid sådant förhållande avslås.

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



Åsa Nilsson

länsrättsfiskal

Föredragande har varit Mattias Berger.



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.