

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN **DOM**
2010 -01- 13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3888-09

KOMMUNALFÖRBUNDET	
2010 -01- 14	
Avg	
Dnr	
Dom	ANS

SÖKANDE

Tjällmo Grävmaskiner AB, 556337-3652
Länsvägen 154
530 94 Tjällmo

MOTPART

Kommunalförbundet ITSAM
Box 1
590 40 Kisa

SAKEN

Överprövning enlig lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att Itsam får avsluta upphandlingen ”Schaktning och förläggning av kanalisation, tryckning samt håltagning daterad 2009-10-18” först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen sker med beaktande av det anbud som lämnats av Tjällmo Grävmaskiner.

Dok.Id 89443

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

YRKANDEN M. M.

Kommunalförbundet Itsam (Itsam) genomför en upphandling av schaktning och förläggning av kanalisation, tryckning samt håltagning (2009-10-18).

Itsam fattade den 15 november 2009 tilldelningsbeslut. Vid anbudstidens utgång hade fem anbud kommit in. Itsam beslutade anta Kanonaden AB som leverantör för samtliga delar av upphandlingen.

Tjällmo Grävmaskiner AB (nedan Tjällmo Grävmaskiner) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen ska göras om/avslutas först sedan rättelse gjorts. Yrkandet har även framställts intermistiskt.

Länsrätten har den 24 november 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tjällmo Grävmaskiner anför i huvudsak följande.

Tjällmo Grävmaskiner anses inte ha kvalificerat sig, eftersom krav enligt 2.2 "Referenser" samt 4.4 "Betaltvillkor", inte är uppfyllda. – Vad gäller 2.2 "Referenser", anges i upphandlingen att tre tidigare uppdrag med hänvisning till referensperson (namn, e-postadress och telefonnummer), inte ansetts vara uppfyllda. Tjällmo Grävmaskiner har angett tre tidigare uppdrag med hänvisning till referenspersoner, men utlämnat e-postadress till en av personerna. Det beror på att denne höll på att byta arbetsgivare, vilket indirekt framgår av anbudsformuläret. Det fanns däremot både ett telefonnummer och ett mobilnummer angivet till referensperso-

nen. Det innebär att den upphandlande myndigheten utan svårighet hade kunnat komma i kontakt med denne. I stället för att använda sig av e-post, hade den upphandlande myndigheten kunnat lämna meddelande via SMS. Tjällmo Grävmaskiner anser för övrigt att skullkravet avser uppgivande av referensperson och på vilket sätt denne kan kontaktas. – Vad gäller 4.4 "Betaltningvillkor" ska betalning enligt upphandlingen ske 30 dagar efter ankomststämplad faktura. Tjällmo Grävmaskiner har i anbudsformuläret under punkten 4 angett att bolaget accepterar betaltningvillkoren enligt punkterna 4.1 - 4.14 i förfrågningsunderlaget. Tjällmo Grävmaskiner har visserligen i följebrevet, av ren misskrivning, angett att anbudet förutsätter betaltningvillkor 30 dagar netto, vilket kan tolkas som en motstridig uppgift. I detta fall är det dock en ren felskrivning, vilket även den upphandlande myndighet borde ha insett. – Tjällmo Grävmaskiner anser med hänsyn härtill att upphandlingen har skett i strid med LOU och att detta har medfört att bolaget lidit skada.

Itsam anför i huvudsak följande.

I kravspecifikationen, avsnitt 2.1. "Prövning av anbudsgivare" anges följande: "Upphandlande myndighet kommer att pröva om anbudsgivare uppfyller krav enligt avsnitt 2.2 innan utvärdering av anbud sker". I avsnitt 2.2 "Leverantörsupplysningar" anges följande: "Leverantören ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag med resultat som kan styrkas genom referenser och

– tre tidigare uppdrag (från olika företag) med hänvisning till referensperson (namn, e-postadress och telefonnummer) skall redovisas i anbudet.

Till anbudet ska fogas kopia av

– aktuellt registreringsbevis från Bolagsverket

– kopia av gällande försäkringsbrev enligt punkt 4.7."

Under avsnitt 3 "*Utvärderingskriterier*" anges följande: "Innan anbud utvärderas kommer en prövning/kvalificering av anbudsgivare att genomföras enligt avsnitt 2. Anbud kommer därefter att utvärderas i dess helhet. Avtal kommer att tecknas med den eller de anbudsgivare som uppfyller angivna krav och som lämnat anbud som är mest fördelaktigt med hänsyn till följande rangordnade kriterier.

1. Pris
2. Starttid efter beställning

Viktning av kriterier och utvärderingsgrunder sker enligt följande. Pris viktas till 2.0 och anbud med lägst pris kommer att få totalt 10 poäng (5 x 2.0). Poäng beräknas för övriga anbud med hänsyn till procentuell skillnad mot det anbud som har lägst pris. Starttid efter beställning viktas till 1.0 och poäng ges mellan 0 och 5 poäng.

Kraven från den upphandlande myndighetens sida är helt i linje med de EG-rättsliga principerna i 1 kap 9 § LOU. Kraven är inte oproportionerliga. Utvärderingen är inte godtycklig, utan samtliga leverantörer är behandlade lika och på ett icke diskriminerande sätt.

Om anbudsgivaren angett att personen saknade e-postadress beroende på byte av arbetsgivare, hade den upphandlande myndigheten, trots avsaknad av e-postadress, bedömt skullkravet enligt 2.2 som uppfyllt. Den upphandlande myndighetens tolkning av det lämnade anbudet är inte att referensen är i färd med att byta arbetsgivare, utan är anställd av SM Tele. Det som framgår är att referenten haft tidigare anställning vid Telia och Skanova, men inte att arbetsgivarbyte pågår vid tidpunkten för avlämnande av anbud, såsom anförs av Tjällmo Grävmaskiner.

Under avsnitt 4.4 "*Betalningsvillkor*" anges följande: "Efter utförd och godkänd besiktning av varje avrop äger Leverantören rätt att löpande fakturera för utförda och av Beställaren godkända arbeten. Betalning sker 30

dagar efter ankomststämplad faktura, ställd till Beställaren. Faktura till Beställaren ska innehålla namn, leveransadress, beställningsnummer, referens och uppfyllda myndighetskrav på faktura. Faktureringsavgift eller andra inte överenskomna tillägg godkänns inte. Dröjsmålsränta utbetalas enligt räntelagen.

Itsam gör med hänsyn till bestämmelserna i 9 kap 8 § LOU följande bedömning. Anbudsgivaren har lämnat en försättssida med följande ordalydelse.

”Anbudet förutsätter att:

- Beställaren tillhandahåller slangar, slangkopplingar, fiberkabel och brunnar
- Betalningsvillkor 30 dagar netto”

Förutsättningen om betalningsvillkor strider mot krav enligt avsnitt 4.4 ”*Betalningsvillkor*”.

Försättssidan är daterad den 6 november 2009 (samma dag som lämnat anbudsformulär). Försättsidan är i original undertecknad av anbudsgivarens kontaktperson.

Anbudsgivarens skrivning ”Anbudet förutsätter att” (särskilt markerat med fetstil), har inte givit den upphandlande myndigheten något utrymme för feltolkning, eller möjlighet att bedöma det som en felskrivning. Den upphandlande myndigheten har istället bedömt det som att betalningsvillkoret är en förutsättning för anbudets giltighet på samma sätt som att mervärdesskatt tillkommer på avlämnade priser och att beställaren tillhandahåller slangar, slangkopplingar, fiberkabel och brunnar. Bestämmelsen om komplettering i 9 kap 8 § LOU var därför inte tillämplig med risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Tjällmo Grävmaskiner gör bl.a. följande invändningar.

2.2. Referenser

Bolaget uppfattar inte informationen inom parentes som skallkrav, utan som exempel på information som erfordras. Att begära såväl e-postadress som telefonnummer samt att avsaknad av e-postadress ska diskvalificera referent, om denna kan nås via telefon/mobiltelefon, är inte rimligt.

4. Allmänna villkor

Tjällmo Grävmaskiner har accepterat de allmänna villkoren i anbudsformuläret. Att bolaget av ren misskrivning i följebrev angett att anbudet förutsätter betalningsvillkor 30 dagar, borde upphandlaren ha insett.

Övrigt

Vid genomgång av det vinnande anbudet har bolaget kunnat konstatera följande brister:

- Sid 1 "Om företaget" saknas postadress, trots att detta ska framgå.
- Under punkten 5.5. "Ansvarig arbetsledare" saknas uppgift om telefonnummer till ombud och ansvarig arbetsledare, trots att detta ska framgå.

Dessa brister borde innebära att denne leverantör inte har kvalificerat sig för vidare utvärdering. Tjällmo Grävmaskiner anser därför att utvärderingen är felaktig och följaktligen strider mot LOU.

Itsam anför slutligen bl.a. följande.

5.5 Ansvarig arbetsledare

Anbudsgivare eller dennes leverantör ska ange följande uppgifter:

- Anbudsgivarens/Leverantörens ombud.
- Ansvarig arbetsledare

I och med att kravspecifikationens punkt 5.5, ej som skall-krav, kräver att namn och telefonnummer skall anges, har den upphandlande myndigheten

med stöd av principen om ömsesidigt erkännande, ansett att antagen anbudsgivare uppfyller ställda krav enligt kravspecifikationens punkt 5.5.
– Beträffande Kanonadens försättssida och avsaknad av postadress var det inget skall-krav enligt kravspecifikationen. Uppgiften finns i och för sig med i en av den upphandlande enhetens efterfrågade bilagor. Så även om detta inte var ett skall-krav, fanns uppgiften med i anbudshandlingarna.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtex m.m.

Av 1 kap 9 § LOU framgår 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.

9 kap 8 § LOU får en upphandlande myndighet 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. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas 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. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Kammarrätten i Jönköping har i en dom gällande överprövning enligt LOU den 25 september 2009, mål nr 2467-09, ifråga om anbudsgivarens förutsättningar att företa kompletteringar eller liknande uttalat bl.a. följande. ”Det står klart att ett anbud, som helt saknar vissa uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlagets angivna skall-krav, inte kan kompletteras

med dessa efter anbudstidens utgång utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.”

Länsrätten gör följande bedömning.

Av utredningen framgår att Tjällmo Grävmaskiner i enlighet med vad som efterfrågats i förfrågningsunderlagets skall-krav (punkten 2.2), i sitt anbud uppgett tre tidigare uppdrag med hänvisning till referenspersoner. Genom uppgifterna i anbudet har samtliga referenspersoner kunnat identifieras och nås. Länsrätten finner inte att den omständigheten att en av referenspersonerna angetts utan uppgift om e-postadress, är av beskaffenhet att Tjällmo Grävmaskiner, utan att först beredas tillfälle till förklaring eller tillrättläggande, borde ha uteslutits från utvärdering av ingivna anbud.

Tjällmo Grävmaskiner har i sitt anbud angett att bolaget godkänner betalningsvillkoren enligt punkterna 4.1 – 4.14 i förfrågningsunderlaget, men i strid mot detta angett att anbudet förutsätter betalningsvillkor 30 dagar netto. Med hänsyn till att divergerande uppgifter föreligger i anbudet, borde den upphandlande myndigheten, utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, ha kunnat vända sig till bolaget med begäran om klarläggande i nu aktuellt hänseende. Eftersom någon sådan begäran inte har lämnats, finner länsrätten inte heller att den av den upphandlande myndigheten nu åberopade grunden kan anses tillräcklig för att utesluta anbudsgivaren från kvalificering.

Länsrätten finner med hänsyn till ovan anförda att Itsam brutit mot LOU och gemenskapsrätten. Tjällmo Grävmaskiner får anses ha visat att bristerna är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap 2 § LOU föreligger därför. Länsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. De brister som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens

konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadiet i förfarandet, då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Vidare ska beaktas att Tjällmo Grävmaskiner inte gjort sannolikt att konstaterade brister medför skäl att göra om upphandlingen. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas (se RÅ 2005 ref 47). Denna rättelse ska bestå i att utvärderingen sker med beaktande av det anbud som Tjällmo Grävmaskiner lämnat.

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


Tommy Svensson

Föredragande har varit Richard Rydberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

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.