

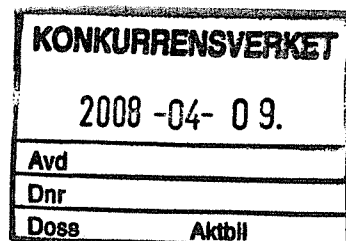


KLAGANDE

Ilexpressen i Visby AB, 556090-0044

Ombud:

Jur. kand. Fredrik Engström
Åkeriföreningen ABC-åkarna
Fagerstagatan 6
163 53 Spånga



MOTPART

Gotlands kommun
621 81 Visby

Ombud:

Kommunjurist Patrik Pettersson
Gotlands kommun
621 81 VISBY

SAKEN

Offentlig upphandling

BAKGRUND

Gotlands kommun (kommunen) har genom förenklad upphandling (dnr 423-01) infortrat anbud avseende flytt av kommunarkiv och landsarkiv till Arkivcentrum Gotland. Anbud lämnades av Visby Flyttningsbyrå AB (Flyttningsbyrån) och Ilexpressen i Visby AB (Ilexpressen). I tilldelningsbeslut den 26 februari 2008 beslutade kommunen att anta anbudet från Flyttningsbyrån.

YRKANDEN M.M.

I ansökan om överprövning yrkar **Ilexpressen** i första hand att länsrätten skall förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts; upphandlingen skall rättas på så vis att Flyttningsbyrån anbud inte befinnes vara kvalificerat och till följd av det bör Ilexpressens anbud antas såsom

Dok.Id 12819

Postadress
Box 1036
621 21 Visby

Besöksadress
Artillerigatan 2 B

Telefon
0498-28 14 80
E-post: lansrattenigotland@dom.se

Telefax
0498-28 14 99

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

varande det enda kvarvarande inkomna och kvalificerade anbudet. I andra hand yrkas att upphandlingen skall göras om i sin helhet. Som grund för sin talan anför Ilexpressen att såväl gällande lag som ställda krav på anbudsgivare på avgörande sätt inte har följts, vilket vållar Ilexpressen skada genom att annan anbudsgivare antagits i tilldelningsbeslutet.

Till utveckling av sin talan **anför Ilexpressen** sammanfattningsvis följande.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skall inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats från och med den 1 januari 2008. Skrivningen i inbjudan till anbudsgivning, daterad den 9 januari 2008, ger intryck av att det är nu nämnd lag som har tillämpats, vilket kommunen också har bekräftat. Detta förhållande är i sig en felaktighet som torde kunna föranleda att upphandlingen får göras om.

Det är osäkert om upphandlingen skall lyda under lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, vilket är mest troligt eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Upphandlingen har inte skett i enlighet med de principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 24 § i båda lagarna, eftersom Ilexpressen men inte Flyttningsbyrån har uppfyllt alla ställda krav.

Flyttningsbyrån kan inte anses uppfylla de krav för ekonomisk och finansiell ställning som fordras för att vara kvalificerad. I de administrativa föreskrifterna punkten 2.3.2 anges att bl.a. årsredovisning skall ges in. Flyttningsbyråns årsredovisning för år 2006 har inte getts in med anbudet. Till en årsredovisning hör också revisionsberättelse och den torde inte heller ha inletts. I dylik berättelse från den 5 oktober 2007 riktade den godkända revisorn allvarlig kritik mot Flyttningsbyrån. Revisorsrapport från den 8 januari 2008 och skrivelse av den 15 januari 2008 från Skattegården Redovisning AB kan inte kompensera för bristen av revisionsberättelse som till-

styrker bl.a. ansvarsfrihet. Av företagsrapport från den 28 januari 2008 framgår att Flyttningsbyrån har rating C och att kredit avrådes.

Enligt de administrativa föreskrifterna punkten 2.3.3 skall två referenser avseende liknande tjänster från de senaste tre åren inges. Flyttningsbyrån registrerades först i januari 2005, vilket torde omöjliggöra tillgodoräknande av referenser från tiden dessförinnan då familjen Janssons åkeriverksamhet låg i faderns företag Tommy Janssons Express AB. Med anledning av det kan varken referensen från Länsmuseet eller från Läkemedelsverket räknas. Tommy Janssons Express AB försattes också under år 2004 i konkurs sedan omfattande ekonomisk brottslighet avslöjats. Företagsledaren dömdes till ett längre fängelsestraff. De nämnda referenserna avser således tjänster som utförts av ett företag som är helt diskvalificerat enligt såväl lag som de administrativa föreskrifterna punkten 2.3.1 sista stycket, eftersom lagföring har skett för allvarliga fel i yrkesutövningen. Rekommendationsbrevet från kommunens beroendeverksamhet avser vidare inte arkivflyttningar utan i stället att flytta och magasinera bohag, vilket inte kan kvalificera för aktuellt uppdrag.

Det framgår av tilldelningsbeslutet att Ilexpressen är kvalificerad anbudsgivare. Det torde således vara ostridigt att Ilexpressen är den anbudsgivare som har det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till att Ilexpressen är det enda företag som har lämnat ett anbud som borde kunna anses kvalificerat och där samtliga krav är uppfyllda. För det fall LOU skall tillämpas har upphandlande enhet inte heller agerat affärsmässigt. Kommunen har därmed inte tillämpat 1 kap. 4 § LOU på ett korrekt sätt och till följd av det borde upphandlingen göras om. Det finns således skäl att utgå från att Ilexpressen kommer att lida skada om upphandlingen fullföljs.

Kommunen bestrider bifall till Ilexpressens yrkande och anför som grund härför att kommunen inte har brutit mot någon bestämmelse i LOU och att Ilexpressen inte har lidit någon skada i lagens mening.

Till utveckling av sin talan **anför kommunen** sammanfattningsvis följande.

Arbetet med upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2008 men annonserades efter. Före årsskiftet bestämdes att upphandlingen skulle genomföras som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Övergångsbestämmelserna till den nya lagen om offentlig upphandling har således tillämpats korrekt. I vart fall bestrids förekomsten av skada eller risk för skada endast på den grunden att bestämmelserna i 6 kap. LOU åberopats i stället för 15 kap. nya lagen om offentlig upphandling, eftersom de båda i allt väsentligt ger uttryck för samma handlingsnorm.

Kravet i förfrågningsunderlaget vad gäller ekonomisk och finansiell ställning skall uppfattas som en icke-uttömmande uppräknning av möjliga bevismedel och inte som ett krav på att samtliga angivna handlingar skall ges in. Flyttningsbyrån har med anbudet varken gett in årsredovisning eller revisionsberättelse häröver. Däremot har revisorsrapport från den 8 januari 2008 och skrivelse av den 15 januari 2008 från Skattegården Redovisning AB getts in, vilka avser påtalade brister i revisionsberättelsen från den 5 oktober 2007 och åtgärdanden av dem. Skatteverket har för övrigt inte anfört någon anmärkning mot Flyttningsbyråns fullgörelse av dess skyldigheter gentemot det allmänna. Med hänsyn till detta och då förfrågningsunderlaget inte har angett någon miniminivå för ekonomisk och finansiell ställning, har anbudet bedömts uppfylla kravet på anbudshandlingar och det har inte funnits fog för att utesluta Flyttningsbyråns anbud.

Referenserna från kommunens beroendeverksamhet och Österleds Fastighets AB är relevanta referenser inom treårsperioden. Även Läns museets

referens som avser bl.a. flytt av ömtåliga föremål kan beaktas. Förfrågningsunderlagets krav på referenser har således uppfyllts.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 11 mars 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbestämmelserna i den lagen skall LOU, dvs. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 447) uttalas att en upphandling får anses påbörjad bl.a. när den upphandlande enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas. Kommunen har angett att det före den 1 januari 2008 bestämdes att den aktuella upphandlingen skulle genomföras som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. På grund härav konstaterar länsrätten att LOU skall tillämpas i förevarande mål.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Om en upphandlande enhet har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att en leverantör (anbudsgivare) har lidit eller kan komma att lida skada skall länsrätten enligt 7 kap. 2 § LOU besluta att den klandrade upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det i 1 kap. 4 § LOU uppställda kravet på affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principen om likabehandling innebär att anbudsgivare och de produkter de har att erbjuda skall behandlas lika. Ett villkor kan inte upprätthållas endast mot vissa leverantörer.

I det aktuella förfrågningsunderlaget under punkten 2.3.2 anges att anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning skall styrkas genom att bankgarantier, årsredovisning, budget och revisorsintyg lämnas. Vidare anges under punkten 2.3.3 bl.a. att anbudsgivaren skall bifoga referenser avseende två andra relevanta uppdrag omfattande liknande tjänst inom de senaste tre åren. Ett anbud som inte uppfyller samtliga s.k. skall-krav får inte antas. En upphandlade enhet måste dock själv inom rimliga bedömningsramar kunna få avgöra huruvida ett kriterium är uppfyllt eller inte.

Ilexpressen har till stöd för sin talan anfört att Flyttningsbyrån inte har bifogat två referenser avseende liknande tjänst från de senaste tre åren. Kommunen har å sin sida gjort gällande att referenserna från kommunens beroendeverksamhet och Österleds Fastighets AB är relevanta referenser inom treårsperioden samt att även referensen från Länsmuseet kan beaktas. Som ovan har nämnts måste en upphandlade enhet till viss del själv kunna få avgöra om ett skall-krav är uppfyllt eller inte. Kommunen har bedömt att såväl referensen från kommunens beroendeverksamhet som referensen från Österleds Fastighets AB avser relevanta uppdrag omfattande liknande tjänst inom den angivna tidsperioden. Länsrätten konstaterar också att båda nu nämnda referenser avser flyttningstjänster. Mot bakgrund av vad som nu har sagts finner länsrätten att Flyttningsbyråns anbud har uppfyllt skallkravet vad gäller referenser i punkten 2.3.3 i förfrågningsunderlaget.

Ilexpressen har även gjort gällande att Flyttningsbyrån inte har uppfyllt skall-kravet beträffande dess finansiella och ekonomiska ställning genom att årsredovisning med tillhörande revisionsberättelse inte har getts in med anbudet. Kommunen har vitsordat detta förhållande men invänt att kravet under punkten 2.3.2. i förfrågningsunderlaget skall uppfattas som en icke-uttömmande uppräkningslista av möjliga bevismedel och inte som ett krav på att samtliga angivna handlingar skall ges in. Enligt länsrättens mening ger avfattningen av punkten 2.3.2 i förfrågningsunderlaget inte utrymme för att tolkas på sätt som kommunen har hävdat. Länsrätten finner därför att Flyttningsbyrån har, genom att inte ha lämnat in sin årsredovisning, brutit i uppfyllandet av ifrågavarande skall-krav.

Genom att anta ett anbud som inte har uppfyllt samtliga skall-krav har kommunen handlat i strid med LOU. Ilexpressen, vars anbud får anses ha uppfyllt samtliga skall-krav, har därigenom lidit eller kan antas komma att lida skada. Det sagda leder länsrätten till slutsatsen att skäl för ingripande enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger. Länsrätten har enligt detta lagrum, oavsett hur yrkandet har utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas. Mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt bör inte vidtas. Med hänsyn till att den aktuella felaktigheten hänför sig till tillämpningen av ett skall-krav finner länsrätten det tillräckligt att vidta rättelse. Rättelsen skall bestå i att kommunen gör en ny utvärdering med bortseende från Flyttningsbyråns anbud och till följd av det antar Ilexpressens anbud, som är det enda kvarvarande anbudet, i den aktuella upphandlingen.

DOMSLUT

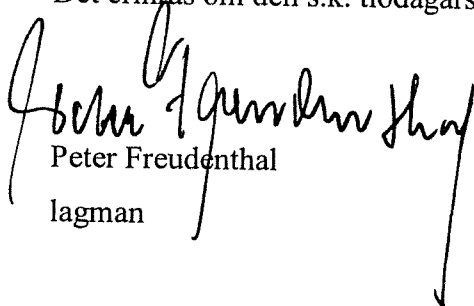
Länsrätten bifaller Ilexpressen i Visby AB:s talan och förordnar att upphandlingen (dnr 423-01) inte får avslutas förrän rättelse av utvärderingen har gjorts i enlighet med vad länsrätten angett ovan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 11 mars 2008.

Denna dom gäller omedelbart.

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

Det erinras om den s.k. tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § tredje stycket 2 p LOU.



Peter Freudenthal
lagman