

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

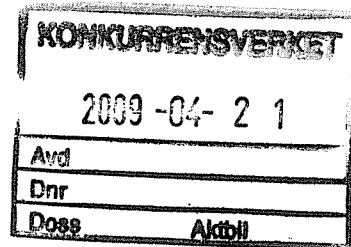
DOM
2009-04-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6798-09
Rotel 552

SÖKANDE

Nacka Express AB, 556471-0019

Ombud:
Leif Nilsson
Nacka Express
Box 4134
131 04 Nacka



MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Nacka Express AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 418989

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

Nacka kommun genomför en upphandling avseende leverans och hämtning av sand-, grus- och krossmaterial för Nacka kommun, ärendenummer TN 2009/50. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i 4 kap. LOU. Enligt tilldelningsbeslut av den 24 mars 2009 beslutade Nacka kommun att anta ett annat anbud än anbudet från Nacka Express AB.

YRKANDEN M.M.

Nacka Express AB (Nacka Express) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att hänsyn och bedömning tas till de tre avhämtningsplatser de angivit. I andra hand yrkar Nacka Express att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Grund för rättelse föreligger då Nacka kommun vid sin bedömning borde ha tagit hänsyn till de tre avhämtningsplatser bolaget angivit. Dessa är centralt belägna vid gränsen till Nacka kommun. Av erfarenhet från tidigare upphandlingar har bolaget god kännedom om att stor del av respektive upphandling avser av Nacka kommun egen avhämtningsplats, med egna eller inhyrda fordon, från närmast belägna avhämtningsplats. Vid bedömningen av bolagets anbud har inte hänsyn tagits till var avhämtningsplatserna är belägna. Här borde hänsyn ha tagits till avsevärt kortare körsträckor, vilket skulle innebära tidsvinst samt minskad åtgång av drivmedel. Detta skulle vara bättre för miljön på alla sätt. Bolaget bedömer vidare att hänsyn inte har tagits till att deras priser vid leveranser med bolagets egna fordon gäller oavsett storlek på lass eller antal ton. Detta i de fall Nacka kommun gör beställningar för leverans. Även vid leveranser är det av stor betydelse för miljön med korta

körsträckor från respektive avhämtningsplats. Det råder oklarhet kring hur bolagets anbud har bedömts. Det finns skäl att utgå från att bolagets anbud har bedömts på ett felaktigt sätt.

I andra hand ska upphandlingen göras om då den inte utförts med iakttagande av verkliga förhållanden och övriga krav. Vidare råder oklarhet kring hur bolagets anbud har bedömts. Ny upphandling bör ha en annan utformning där hänsyn tas till avhämtningsplatser, lasstorlekar m.m. vid bedömning av anbudet.

Nacka kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det framgår tydligt av kommunens förfrågningsunderlag vilka kriterier som gäller för val av leverantör. De krav som kommunen ställt i uteslutning steg 1 och kvalificering steg 2 uppfylls av vinnande anbudsgivare. Här ska observeras att kommunen endast bett anbudsgivarna att de ska beskriva respektive redovisa sin tekniska kapacitet och kompetens för uppdraget, miljöpåverkan och miljöprogram samt referenser. Detta har vinnande leverantör gjort. Det angivna kravet på rating är också uppfyllt. Blankett SKV 4820 har bifogats anbudet enligt anvisningarna. Dessa kriterier är uteslutnings- och kvalificeringskriterier och inte ett utvärderingskriterium steg 3. Utvärderingen är lägsta pris.

Länsrätten beslutade den 3 april 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 12 kap. 1 § samma lag anges bland annat följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 2 § samma lag 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.

Utredningen i målet

Av punkt 5.0, Kriterier för antagande av anbud, i till anbudsförfrågan tillhörande administrativa föreskrifter framgår följande angående anbudsutvärderingen:

Anbudsprövning sker i tre steg: Uteslutning, kvalificering och anbudsutvärdering. Vid utvärdering av anbud, kommer samtliga nedan angivna omständigheter och förhållanden att prövas. Anbud som är det totalekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga nedan angivna omständigheter kommer att antas.

I punkt 5.2, Kvalificeringsfas, steg 2, i samma föreskrifter anges följande.

Uppfyllande av ställda krav:

Nedan begärda handlingar skall bifogas samt övriga efterfrågade uppgifter besvaras i anbudet.

- Anbudsgivare skall uppfylla **minst rating 3** enligt Upplysningscentralens soliditets-/likviditetsbedömning eller motsvarande uppgifter från likvärdigt företag. Ratingintyget får **ej vara äldre än 3 månader** räknat från sista anbudsdag och **bifogas anbudet**. Koncern eller bankgaranti accepteras. Utländska anbudsgivare kan uppfylla motsvarande krav enligt sitt lands regler. Nystartade företag kan inkomma med ett ändamålsenligt intyg från bank eller verifiera sin ekonomiska ställning på annat sätt.
- Anbudsgivare skall beskriva sitt företags tekniska kapacitet och kompetens för uppdraget.
- Förteckning över referenskunder med namn och telefonnummer skall bifogas anbudet.
- *Anbudsgivares miljöpåverkan och miljöprogram, enligt bilagan avseende klimatanpassning skall redovisas i anbudet.*

Endast anbudsgivare som klarar kvalificeringsfasen går vidare i anbudstävlan.

Av punkt 5.4, Anbudsvärdering, steg 3, framgår vidare följande.

Anbudsvärderingen omfattar följande moment och bedöms mot ställda krav. Begärda uppgifter enligt kvalificeringsfasen skall visa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att genomföra uppdraget.

Pris 100 poäng

Kommunen kommer att anta den anbudsgivare som uppfyller ovanstående kriterier och lämnat lägsta pris.

Kvot-modell tillämpas, vilket innebär att den leverantör som lämnat lägst anbud erhåller maximal poäng. Leverantörer som lämnar högre anbud erhåller reduktion av antalet poäng med kvoten mellan det lägsta anbudet och det egna lämnade anbudet. Samtliga leverantörer erhåller poäng.

I den till förfrågningsunderlaget tillhörande kravspecifikationen framkommer följande avseende angivande av pris:

Priser **skall** anges i form av nettopris kronor/ton exkl. moms. På angiven plats i respektive bilaga:

- Leverans / Avhämtat. Utvärderas.
- Ange var avhämtning av material kan ske.
- Ej frekventa produkter. Utvärderas ej.

I uppdraget ingående skatter såsom grustäktsskatt, miljöskatt etc. redovisas i anbudet. Priserna skall vara fasta under första avtalsåret.

Nacka kommun har i tilldelningsbeslut ställt till Nacka Express, angett att kommunen ”med beaktande av samtliga affärsmässigt betingade omständigheter” funnit att förmånligare anbud inkommit från annan anbudsgivare.

I yttrande till länsrätten den 14 april 2009 har Nacka kommun angivit att utvärderingen är lägsta pris.

Länsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Nacka Express har i sin ansökan om överprövning bl.a. anfört att det råder oklarheter kring hur bolagets anbud har bedömts. Vidare anförs att upphandlingen inte utförts med iakttagande av verkliga förhållanden och övriga krav.

Länsrätten anser att det av de administrativa föreskrifterna inte klart framgår vad som egentligen kommer att utvärderas. Lokutionerna i punkt 5.0, att det ”anbud som är det totalekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga nedan angivna omständigheter kommer att antas”, och i punkt 5.4, att anbudsutvärderingen ”omfattar följande moment och bedöms mot ställda krav”, talar för att det är något mer än pris som kommer att bedömas. Formuleringen ”Leverans / Avhämtat. Utvärderas” i kravspecifikationen förstärker detta intryck. Att det i punkt 5.4 i de administrativa föreskrifterna även anges att ”kommunen kommer att anta den anbudsgivare som uppfyller ovanstående kriterier och lämnat lägsta pris” talar dock för att det endast är pris som kommer att utvärderas. Oklarheten avseende utvärderingen bekräftas enligt länsrättens mening av att det i tilldelningsbeslutet till Nacka Express anges att kommunen vid utvärderingen av anbudet beaktat ”samtliga affärsmässigt betingade omständigheter”, samtidigt som kommunen i sitt yttrande till länsrätten angivit att utvärderingskriteriet varit ”lägsta pris”.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Brister i utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller kan således endast godtas under förutsättning att någon av de i LOU grundläggande principerna inte åsidosätts.

I förevarande fall har det, utifrån vad som angivits i anbudsförfrågan med tillhörande anbudsföreskrifter, inte varit möjligt för anbudsgivare att förutse hur deras anbud skulle komma att utvärderas. Detta strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Den aktuella bristen är därför inte sådan att den kan godtas med hänvisning till Regeringsrättens praxis.

Ytterligare en förutsättning för åtgärder enligt LOU är att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Av förarbetena till LOU framgår att syftet med bestämmelsen är att en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna ska kunna angripas på ett så tidigt stadium att det blir möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommit (prop. 1992/93:88 s 101). Detta innebär att den som ansöker om överprövning inte behöver visa att de faktiskt skulle ha vunnit upphandlingen för att domstol ska kunna pröva en upphandling. Det är således tillräckligt att i ansökan om överprövning visa att fel förekommit som kan ha påverkat utgången i upphandlingen. Mot bakgrund härav finner länsrätten att det står klart att Nacka Express lidit eller kan komma att lida skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Förutsättningar för åtgärder enligt LOU föreligger därmed.

När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Regeringsrätten i RÅ 2005 ref. 47 uttalat att prövande domstol har att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. I förevarande upphandling hänför sig bristen till utformningen av utvärderingsmodellen, vilket är att räkna till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Vid sådant fall föreligger inte möjlighet till rättelse utan upphandlingen ska göras om.

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



Annika Falkenborn
Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Johan Rick



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.

