

LÄNSRÄTTEN I
ÖREBRO LÄN

Jenny Gänge

DOM
2009-04-16
Meddelad i
Örebro

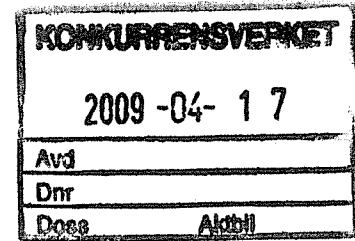
Mål nr
351-09 E
Rotel 9

SÖKANDE

Infra Service Väst AB, 556702-6934
Blästervägen 13
671 41 Arvika

MOTPART

Bergslagens kommunal teknik, 222000-1487
Box 144
713 23 Nora



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU; motpartens upphandling avseende drift och underhåll av gatubelysning inom Hällefors, Lindesbergs, Ljusnarsbergs och Nora kommuner

BAKGRUND

Bergslagens Kommunalteknik har inlett upphandling avseende drift och underhåll av gatubelysning inom Hällefors, Lindesbergs, Ljusnarsbergs och Nora kommun. Upphandlingen har genomförts genom öppen upphandling enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 6 februari 2009 har Bergslagens Kommunalteknik beslutat att anta anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning.

Sedan Infra Service Väst AB ansökt om överprövning av upphandlingen, benämnd "Underhåll av gatubelysning inom Hällefors, Lindesbergs, Ljusnarsbergs och Nora kommun" (dnr 2008 261), har länsrätten den 16 februari 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan rätten dömer i målet eller förordnar på annat sätt.

YRKANDEN M.M.

Infra Service Väst AB (härefter bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten ska besluta att Bergslagens Kom-

Dok.Id 59490

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 63 701 41 Örebro	Drottninggatan 2	019-16 77 50 E-post: lansratteniorebro@dom.se	019-10 37 40	måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-15:00

munalteknik ska vidta rättelse på så sätt att kvalificeringen görs om och det felaktigt godkända anbudet utesluts samt att Bergslagens Kommunalteknik tilldelar bolaget det aktuella uppdraget. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. I bilaga 2 till förfrågningsunderlaget under punkten 2 "Om Miljö-/Kvalitetskrav" framgår vad gäller obligatoriska krav att alla krav i del A måste vara uppfyllda för att anbudet ska behandlas vid utvärderingen. Under punkten 3 "Specifikation Miljö-/Kvalitetskrav" vad avser obligatoriska krav betecknade med (A) framgår följande. Skallkrav består av Miljö- och kvalitetsledning (A), där miljö- och kvalitetsdokumentationsformulär ska fyllas i, samt av Dokumenterade trafiksäkerhetsrutiner (A), där det bl.a. framgår att leverantören ska ha ett strukturerat och dokumenterat trafiksäkerhetsarbete som är öppet för dialog med beställaren. Trafiksäkerhetsarbetet ska vara aktivt under hela avtalsperioden och minst innehålla trafiksäkerhetspolicy och åtgärdsprogram för trafiksäkerhetsarbetet. Där står även att Trafiksäkerhetsarbetet ska följas upp internt minst en gång per år. Som verifiering ska Trafiksäkerhetsdokumentationsformulär (s. 3) fyllas i. Formuläret består av fem frågor som för att uppfylla skallkraven ska fyllas i med ja. I anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning har tre av fem frågor besvarats med ett nej, bl.a. avseende om det finns åtgärdsprogram för trafiksäkerhetsarbetet, och uppfyller således inte ställda skallkrav. Vid kvalificering av anbuderna har man felaktigt antagit anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning trots att detta inte uppfyller ställda skallkrav i Dokumenterade trafiksäkerhetsrutiner (A).

Bergslagens Kommunalteknik (härefter BKT) bestrider Infra Service Väst AB:s yrkanden och hemställer att ansökan om överprövning ska avslås. BKT anför bl.a. följande. Upphandlingen strider inte mot de principer som gäller för offentlig upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Det sätt BKT utformat underlag samt prövat och värderat anbuderna har tvärtemot varit ägnat att garantera att upphandlingen genomförts på ett öppet sätt och enligt principerna för ömsesidigt erkännande och proportionalitet samt att be-

handla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Tre anbud inkom och samtliga anbud kvalificerades efter det att en komplettering begärts av E.ON ES Trafik & Belysning (härefter EON). Utvärderingen, som gjordes med beaktande av lägsta pris, visade att EON lämnat det lägsta anbudspriset. I förfrågningsunderlagets bilaga "Miljö- och Kvalitetskravsformulär" finns ett flertal frågeställningar som ska uppfyllas för att anbudet ska behandlas vid utvärderingen. EON har i nämnda formulär svarat nej på tre frågor som rör trafiksäkerhetsarbete. Samtidigt finns beskrivningar i EON:s anbud om deras kvalitets-, miljö- och arbetsmiljöledningssystem som visar på att uppföljning av trafiksäkerhetsarbetet och den trafiksäkerhetspolicy som finns sker i integrering med övrigt ledningssystem. I texten i bilagan "Miljö- och Kvalitetskravsformulär" står bl.a. att "(...) Dokumenten som styr trafiksäkerhetsarbetet kan ingå i andra typer av styrande dokument som tex. miljöledningsrutiner, kvalitetsrutiner etc. (...)". BKT anser därmed att EON har visat i sitt anbud att det finns ett åtgärdsprogram för trafiksäkerhetsarbete samt rutiner för uppföljning m.m. enligt nämnda frågor. Enligt 9 kap. 8 § LOU kan en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får begära att 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. Vid muntlig förfrågan till anbudsansvarig den 3 februari 2009 bekräftades det återigen att trafiksäkerhetsarbetet inom EON innehåller sådan uppföljning att det bedöms uppfylla kraven för att kallas ett åtgärdsprogram. Anledningen till att EON svarat nej på gällande frågor är att man övertolkat dessa, däribland ordet "åtgärdsprogram". EON har inget "specificerat" åtgärdsprogram utan det finns integrerat i övrigt ledningssystem. Därav begärdes komplettering av sidan 3 i den aktuella bilagan. Kompletteringen inkom den 4 februari 2009. Kvalificeringen av anbud i gällande upphandling har inte utförts felaktigt, varför yrkandet om att

upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts bestrids. Det sätt som upphandlingen har genomförts på har inte inneburit något åsidosättande av de principer som gäller för offentlig upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. De eventuella brister som förekommit i upphandlingen är i vart fall inte av den karaktären att de motiverar ett domstolsingripande. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § 1 stycket LOU föreligger således inte. – Bergslagens Kommunalteknik har till yttrandet bifogat en komplettering av anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning.

Infra Service Väst AB anför i yttrande i huvudsak följande. Den komplettering från EON som krävts av BKT är varken ett förtydligande eller en komplettering utan en ändring av tidigare angivet anbud, då nej har ändrats till ja. Bolaget begärde de kompletta konkurrerande anbuden från BKT den 9 februari 2009 och erhöll dessa dagen efter. Dock saknades nämnda komplettering av anbud. De denna låg till grund för beslut om kvalificering borde handlingen ha varit en bilaga till det kompletta anbudet. I tilldelningsbeslutet finns inte någon notering om att komplettering har begärts av upphandlande myndighet. Utvärdering av anbud, daterad den 28 januari 2009, har felaktigt skett innan Kvalificering av anbud, daterad den 3 februari 2009, och därmed har även anbud som inte varit kvalificerade genomgått utvärdering. I dokumentet Kvalificering av anbud finns ikryssat att miljö/kvalitetskravsformulär (omfattar även trafiksäkerhet) är komplett ifylld och godkänd. Den av BKT begärda kompletteringen av anbud är daterad och diarieförd efter att utvärdering av anbud skulle ha skett. I både förfrågningsunderlag samt i punkt fem i BKT:s utvärderingsrapport står det mycket tydligt hur anbudsprövning och utvärdering ska gå till. Kvalificering ska ske först och därefter utvärdering. I nu aktuellt fall är det tvärtom. I EON:s anbudshandlingar finns inget som kan kallas för åtgärdsprogram för trafiksäkerhetsarbete samt rutiner för uppföljning av detsamma. Ordet trafiksäkerhet finns tex. enbart omnämnt i EON:s trafiksäkerhetspolicy.

DOMSKÄL

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.

9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får 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. LOU.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Som en grundläggande princip för offentliga upphandlingar anges i 1 kap. 9 § LOU att upphandlande myndigheter skall genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Häri ligger en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet samt att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Förfrågningsunderlaget måste vara klart och tydligt samt innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får emellertid anses vara godtagbara under förutsättning att de principer som uppstår LOU och gemenskapsrätten inte åsidosätts (jfr. rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Den upphandlande enheten bestämmer hur upphandlingen skall utformas. Enheten har härvid ett betydande utrymme för en skönsmässig bedömning ifråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för att tilldela ett kontrakt. Förutsättningarna är – i enlighet med vad som följer av gemenskapsrättsliga principer – att kraven är proportionella och har anknytning till det som upphandlas samt att de inte är diskriminerande. När enheten har fastställt de krav och kriterier som den vill tillämpa och sänt ut förfrågningsunderlaget, äger den i princip inte rätt att vid anbudsutvärderingen frångå de ställda kraven eller göra en skönsmässig bedömning. Dessa krav avser både leverantören som sådan och den tjänst eller vara som upphandlas. Anbud som uppfyller samtliga krav går vidare till den slutliga utvärderingen som görs enligt utvärderingsgrunderna angivna i förfrågningsunderlaget. Huvudregeln är att om ett skall-krav skulle visa sig vara icke uppfyllt får anbudet inte antas då ett sådant förfarande skulle strida mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling av anbudsgivare, transparens och förutsebarhet.

Länsrätten gör följande bedömning. Som framgår av det citerade rättsfallet har den upphandlande enheten en exklusiv rätt att bestämma (relevanta) krav som ska ställas upp i förfrågningsunderlaget samt bestämma vilka krav som skall vara uppfyllda (s.k. skallkrav) för att en anbudsgivare ska gå vidare till utvärderingsfasen. När enheten väl har fastställt kraven, i förfrågningsunderlaget, får dessa om de är formulerade som skallkrav inte frångås eller hanteras som börkrav. Utredningen visar att anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning, i de avseenden som påtalats av sökanden i detta mål, inte uppfyllde samtliga skallkrav när anbudet avgavs. En av punkterna gällde strukturerat och dokumenterat trafiksäkerhetsarbete. Detta arbete skulle komma till synes dels genom en trafiksäkerhetspolicy dels ett åtgärdsprogram för trafiksäkerhetsarbetet. Länsrätten konstaterar att det - enligt förfrågningsunderlaget - skulle finnas dokumentation i dessa avseenden. Såvitt utredningen visar brister E.ONs ES Trafik & Belysning an-

bud i påtalat avseende såväl före som efter den begärda kompletteringen. E.ONs ES Trafik & Belysning anbud var därför inte kvalificerat att gå vidare till utvärderingsfasen. Utvärderingen ska därför göras om med uteslutande av nyssnämnda anbud.


Det ankommer på Bergslagens Kommunalteknik att göra om utvärderingen på sätt föreskrivs i denna dom.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning på följande sätt: Bergslagens Kommunalteknik ska göra om utvärderingen varvid ska bortses från anbudet från E.ON ES Trafik & Belysning.

Domen gäller omedelbart. Vid överklagande till Kammarrätten krävs prövningstillstånd, jämför bilagan till domen, för att få sakprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1d)


Oscar Thurén

