

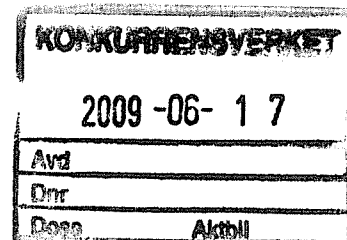
LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-06-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8348-09
Rotel 555

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507
Box 799
191 27 Sollentuna



Ombud: Advokat Tomas Kjellgren och advokat Max Granström
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

ÖVERKLAGAT BESLUT

Kammarkollegiets beslut 2009-04-02
Dnr 93-25-09

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och ogiltigförklarar Kammarkollegiets beslut att avbryta upphandlingen.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kammarkollegiet, tidigare Verva, har genomfört en ramavtalsupphandling avseende telefoner, kommunikationsutrustning och tillbehör, dnr 2008/9. Upphandlingen genomfördes genom ett selektivt förfarande. Kammarkollegiet har i tilldelningsbeslut den 11 mars 2009 meddelat att ramavtal kommer tecknas med bl.a. TDC Sverige AB (TDC), som placerats på plats 1.

På talan av en annan anbudsgivare i denna upphandling (mål nr 5826-09 avseende Dialect AB) förordnade länsrätten den 20 mars 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Kammarkollegiet meddelade i beslut den 2 april 2009 att samtliga leverantörer utom en som erbjudits att teckna ramavtal utesluts från upphandlingen. Med anledning av att endast en leverantör återstår efter uteslutningen har Kammarkollegiet i samma beslut meddelat att upphandlingen avbryts.

TDC yrkar att Kammarkollegiets beslut att avbryta upphandlingen undanröjs och att det slutligt ska förordnas att tilldelningsbeslutet från den 11 mars 2009 ska gälla. Till stöd för sin talan anför TDC bl.a. följande. Upphandlingen är av mycket stor betydelse för TDC och upphandlingens totala värde under ramavtalets löptid beräknas till ca 250 000 000 kronor. Kammarkollegiet har genom avbrytandebeslutet avslutat upphandlingen i strid med länsrättens interimistiska förbud att avsluta upphandlingen. Eftersom TDC vid tidpunkten för anbudsgivningen ansett sig uppfylla miljökraven har ja svarats på frågan om miljökraven är uppfyllda. Miljökraven är i tillräcklig utsträckning uppfyllda. Miljökraven i upphandlingen är inte helt tydliga vad gäller t.ex. hänvisningar till ”undantagen i RoHS direktivet”. Detta kan vara en förklaring till att Kammarkollegiet gjort en annan bedömning huruvida miljökraven är uppfyllda. Kammarkollegiet har inte

begärt någon verifikation eller något förtydligande avseende miljökraven inom ramen för upphandlingen varför det är svårt att närmare bedöma grunderna för Kammarkollegiets ställningstagande. Om TDC eller annan vald ramavtalsleverantör skulle anses uppfylla miljökraven finns åtminstone två leverantörer att tilldela kontrakt i upphandlingen. Någon saklig grund för avbrytandebeslutet kan under sådana omständigheter inte anses föreligga. Miljökraven utgör inte absoluta krav i upphandlingen som varje anbud måste uppfylla för att bli föremål för utvärdering. Miljökraven är istället s.k. bör-krav som poängsätts utifrån varje anbudsgivares kravuppfyllnad. Eftersom miljökraven utgör s.k. bör-krav skulle en korrekt hantering av aktuell situation, för det fall att Kammarkollegiet vidhåller att TDC och andra anbudsgivare inte i tillräcklig mån uppfyller miljökraven, innebära att de poäng som berörda anbudsgivare erhållit avseende ifrågavarande bör-krav justeras nedåt. Om en sådan rättelse skulle ske kommer TDC sannolikt fortfarande att rangordnas som nummer ett bland valda leverantörer. Det är inte korrekt att lägga bristande uppfyllelse av miljökraven till grund för att förkasta ingivna anbud i en sådan uträkning att endast en anbudsgivare finns kvar och sedan till följd härav avbryta upphandlingen. Om Kammarkollegiet avsett att bristande uppfyllelse av miljökraven skulle kunna leda till sådana konsekvenser skulle myndigheten behövt utforma miljökraven som skarpa skall-krav och inte som mjuka bör-krav.

Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Beslutet att avbryta upphandlingen är sakligt grundat och i enlighet med de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att TDC lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för att beslutet att avbryta upphandlingen ska undanröjas eller att fattat tilldelningsbeslut av den 11 mars 2009 åter ska gälla föreligger därför inte. Skulle länsrätten ändå finna att beslutet att avbryta upphand-

lingen skett i strid med LOU, skulle det likväl föreligga skäl att göra en ny utvärdering av samtliga anbud varför det ursprungliga tilldelningsbeslutet under inga omständigheter kan upprätthållas. Det saknas därför lagliga förutsättningar för länsrätten att fastställa ett tilldelningsbeslut på det sätt som TDC begär. Kammarkollegiet uppmärksammades av anbudsgivaren Atea Sverige AB (Atea) att övriga anbudsgivare har erhållit högre poäng på ställda miljökrav trots att samtliga anbudsgivare offererar likadana produkter från identiska tillverkare. Efter kontakter med tillverkarna och sedvanlig verifiering hade Atea konstaterat att miljökraven inte kunde uppfyllas och att samtliga anbudsgivare borde ha kunskap om detta och svarat korrekt och därmed erhållit samma miljöpoäng som Atea. Efter kontakt med tillverkarna har det konstaterats att produkterna inte uppfyller Kammarkollegiets miljökrav och krav på giftfritt. TDC och de övriga uteslutna anbudsgivarna är samtliga erfarna anbudsgivare som är väl förtrodda med de produkter upphandlingen avser och de krav som ställs i miljölagstiftningen. Det framgår bl.a. av TDCs kvalitetsledningssystem. Det kan inte vara första gången som miljöansvariga hos t.ex. TDC ställs inför Kammarkollegiets miljökrav eller liknande krav. Anbudsgivarna har dessutom ett nära samarbete med de tillverkare av de produkter miljökraven rör. Detta framgår tydligt av TDCs anbud. Kammarkollegiet kan därför inte dra någon annan slutsats än att TDC (och övriga uteslutna anbudsgivare) i sina anbud har angett att produkterna uppfyller miljökraven mot bättre vetande i syfte att erhålla högre poäng. Även om miljökraven är bör-krav är de binärt utformade: antingen är de uppfyllda eller så är de inte uppfyllda. Det finns således ingen gradvis uppfyllnad. Det är ostridigt i målet att produkter som TDCs anbud omfattar inte uppfyller miljökraven. TDC hävdar att kraven på giftfritt i svarsformuläret inte är helt tydliga. Det är inte förståeligt vari oklarheterna skulle föreligga. Kraven på giftfritt är precist utformade. Hänvisningen till RoHS-direktivet förändrar inte detta, tvärtom. Kraven är således på intet sätt ägnade att missförstås varför detta inte är en trovärdig förklaring till TDCs bedömning att bolaget ansett sig uppfylla kraven på

giftfrihet. Grunden för beslutet att utesluta TDC från upphandlingen är inte bristande uppfyllelse av miljökraven. Beslutet att utesluta TDC och de övriga uteslutna anbudsgivarna är grundat på att anbudsgivarna lämnat felaktiga uppgifter i anbud. Av allt att döma är dessutom de felaktiga uppgifterna lämnade mot bättre vetande, vilket givetvis är en försvårande omständighet i sammanhanget. Att det därefter återstår endast en anbudsgivare är en tillfällighet. Likväl utgör denna situation sakligt skäl till att avbryta upphandlingen. Det är förstås av väsentlig betydelse att tilldelningsbeslut och avtal baseras på riktiga och sanningsenliga uppgifter. Det är därför oacceptabelt att osanna uppgifter lämnas i anbud. Det föreligger även sakliga skäl att avbryta upphandlingen eftersom Kammarkollegiet skulle ha rätt att häva ett ramavtal baserat på anbudet från de uteslutna leverantörerna. Det är inte rimligt att Kammarkollegiet först ska behöva fullfölja upphandlingen och teckna avtal baserat på det fattade tilldelningsbeslutet för att senare med stöd av ramavtalet och efter en miljörevision häva dessa ramavtal. Vidare skulle det förhållandet att merparten av anbudsgivarna missförstått kraven på "Giftfritt" i sig kunna vara ett ytterligare sakligt skäl för att avbryta upphandlingen eftersom kraven inte kan anpassas till anbudsgivarnas svar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 10 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn,
3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller
4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

I 10 kap. 2 § LOU anges följande. En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Utredningen i målet

I Kammarkollegiets förfrågningsunderlag ”Telefoner, kommunikationsutrustning och tillbehör – D” anges på sidorna 8-9 under punkten 5.2 ”Kravtyper” följande. Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som skall- eller bör-krav. Speciellt bör noteras att alla skall-krav måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Bör-kraven är viktiga att uppfylla och används för att utvärdera lämnade anbud. Det är därför mycket viktigt att avge tydliga och fullständiga svar för de bör-krav anbudsgivaren väljer att besvara. Anbudsgivare som väljer att inte besvara ett eller flera bör-krav kan inte uteslutas av den anledningen, konsekvensen är att anbudsgivarens resultat blir sämre för dessa bör-krav.

I ”Svarsformulär för Telefoner, kommunikationsutrustning och tillbehör, ramavtalsområde D” anges på sidan 24 under punkten 9.2.1 ”Flamskyddsmedel” bl.a. följande. Samtliga produkter **bör** erbjudas som är fria från aktivt tillsatt flamskyddsmedel baserat på klor eller brom och ej innehålla aktivt tillsatta antimonföreningar. Halten av sådana flamskyddsmedel får ej överstiga 0,1 viktprocent.

I svarsformuläret anges på sidan 24 under punkten 9.2.2 ”Bly” bl.a. följande. Samtliga produkter **bör** erbjudas som är helt fria från aktivt tillsatt bly. Det innebär att samtliga lödprodukter är blyfria, det vill säga har ett blyinnehåll mindre än 0,1 viktprocent. Observera att detta krav gäller undantagen i RoHS direktivet.

Länsrättens bedömning

Länsrätten kan inte slutligt förordna att ett tilldelningsbeslut ska gälla varför TDC:s yrkande härom inte föranleder någon åtgärd.

Av praxis (jfr RÅ 2005 ref. 62) framgår att ett beslut att avbryta en upphandling som fattats av den upphandlande enheten kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol. En upphandlande enhets beslut att avbryta en påbörjad upphandling ska motiveras av sakliga skäl som överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det föreligger sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling. Frågan i målet är således om Kammarkollegiet har haft sakliga skäl att avbryta den i målet aktuella upphandlingen.

TDC har i första hand invänt att Kammarkollegiet genom sitt beslut att avbryta upphandlingen avslutat upphandlingen i strid med länsrättens beslut den 20 mars 2009 och att avbrytandebeslutet redan på denna grund ska undanröjas. Betydelsen av länsrättens interimistiska beslut den 20 mars 2009 är endast att upphandlingen inte får avslutas. Beslutet innebär således inte något hinder mot att avbryta upphandlingen.

TDC har i andra hand invänt att Kammarkollegiets beslut inte varit sakligt grundat. Bakgrunden till avbrytandet är att det bara återstod en leverantör efter att åtta av de nio leverantörer som erbjudits att teckna ramavtal uteslutits från upphandlingen. Orsaken till uteslutningen var att leverantörerna, enligt Kammarkollegiet, lämnat oriktiga uppgifter i anbuden. I utvärderingsfasen har de olika anbuden poängsatts bl.a. genom utvärdering av uppställda bör-krav. Kammarkollegiet anser att TDC och de övriga uteslutna anbudsgivarna inte uppfyller bör-kraven i avsnitten 9.2.1 ”flam-

skyddsmedel” och 9.2.2 ”Bly” och att dessa således borde ha svarat ”nej” istället för ”ja” på dessa två krav.

För att avgöra om Kammarkollegiet haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen måste det först avgöras om Kammarkollegiet kunnat utesluta TDC och övriga uteslutna leverantörer från upphandlingen med anledning av att de lämnat oriktiga uppgifter.

Uteslutning av anbudsgivare regleras i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Därutöver finns möjlighet att utesluta en anbudsgivare i kvalificeringsfasen av upphandlingen med anledning av att denna inte uppfyller de uppställda skallkraven.

Det är ostridigt i målet att samtliga nio anbudsgivare som enligt tilldelningsbeslutet erbjudits att teckna ramavtal har uppfyllt upphandlingens skallkrav.

Uteslutningen av TDC beror på påstådda oriktiga uppgifter vid lämnande av svar avseende börkrav. Oriktiga uppgifter i ett lämnat anbud är inte en omständighet som med stöd av 10 kap. LOU utgör grund för uteslutning. Med hänsyn härtill kan TDC och de sju övriga anbudsgivarna inte uteslutas ur upphandlingen med motiveringen att de lämnat oriktiga uppgifter. Kammarkollegiet har också i förfrågningsunderlaget angett att en leverantör som väljer att inte besvara ett börkrav inte utesluts ur upphandlingen utan istället erhåller ett sämre resultat i utvärderingen.

Med hänsyn härtill finner länsrätten att Kammarkollegiet inte har kunnat utesluta TDC och övriga uteslutna leverantörer från upphandlingen med anledning av att de lämnat oriktiga uppgifter. Att med anledning av att endast en leverantör återstår avbryta upphandlingen, kan därmed inte utgöra sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Kammarkollegiet har vidare

anfört att det föreligger sakliga skäl att avbryta upphandlingen dels eftersom Kammarkollegiet skulle ha rätt att häva ett ramavtal baserat på anbudet från de uteslutna leverantörerna, dels eftersom merparten av anbudsgivarna missförstått kraven på "Giftfritt" och kraven inte kan anpassas till anbudsgivarnas svar. Som ovan angetts ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att det föreligger sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling. Länsrätten finner det härvid inte visat att sakliga skäl föreligger i dessa avseenden. Sammanfattningsvis finner länsrätten att vad Kammarkollegiet anfört inte utgör sakligt skäl för avbrytande. Vid sådan bedömning ska ansökan om överprövning bifallas.

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


Ann-Jeanette Eriksson
Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Jessica Mettäväainio.



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 nå 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.

