

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-03-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3007-09
Rotel 552

SÖKANDE

Rantzows Sport AB, 556184-1395
266 75 Hjärnarp

Ombud

Advokat Stefan Hallbäck
Compitum Advokatbyrå för upphandlingsjuridik AB
Stortorget 23
211 34 Malmö

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

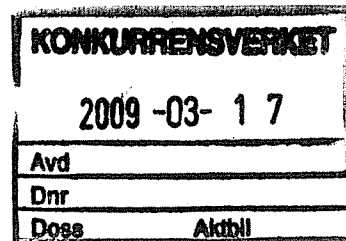
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 19 februari 2009 upphör därmed att gälla.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun genomför en upphandling avseende idrottsmaterial och gymnastikutrustning, 2007:125. Enligt tilldelningsbeslut avsänt den 10 februari 2009 har Botkyrka kommun beslutat att anta anbud från annan leverantör än Rantzows Sport AB (Rantzows).

Rantzows ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska ålägga den upphandlande enheten att i dess upphandling av idrottsmaterial rätta utvärderingen så att Rantzows anbud utvärderas för båda de upphandlade grupperna och att deras anbud bedöms som det anbud som erbjudit lägsta pris för såväl varor i Grupp 1 som i Grupp 2 och att Rantzows därför ska tilldelas upphandlingskontrakt för båda varugrupperna och i vart fall för varugrupp 1. Till stöd för sin talan anför Rantzows i huvudsak följande. Rantzows uteslöts från utvärderingen av anbud för varor i Grupp 2. Skälet härtill har i tilldelningsbeslutet angivits vara att Rantzows i enlighet med upphandling som gjorts av Nacka kommun, med dnr KFKS 2007/716 är förhindrad att delta i upphandlingen avseende produktområde 2 – gymnastikmaterial, eftersom de har ett befintligt tecknat avtal för översyn och kontroll av gymnastikutrustning med Botkyrka kommun. Till utvärdering av varugrupp 1 togs Rantzows och Kontroll Gymnastik, Montage i Hultsfred AB (KGM). KGM var enda anbud som togs till utvärdering för varugrupp 2. Utvärderingen resulterade i att KGM bedömdes ha avgivit lägsta budet för varugrupp 1 och att de av KGM erbjudna priserna för varugrupp 2 ansågs ligga inom en rimlig nivå, varför det beslutades att ramavtal skulle tecknas med KGM för båda varugrupperna. De avtal avseende kontroll och översyn av gymnastikutrustning som hänvisas till gäller perioden 2007-12-01 till 2009-11-30. Bestämmelsen avhandlas i förfrågningsunderlaget och har föranlett Rantzows att innan anbud lämnades inhämta ett förtydligande. Bestämmelsen utesluter inte leverantör från att delta i upphandlingen av varugrupp 2. I stället är betydelsen att den leverantör

som erhåller kontrakt för varugrupp 2 inte kan delta i upphandlingen av nytt avtal för besiktning och säkerhetskontroll. Bestämmelsen kan efter ordalydelsen inte tolkas på annat sätt. Utvärderingen av varugrupp 2 ska därför göras om med Rantzows som kvalificerad för utvärdering.

Ett skall-krav i förfrågningsunderlaget är att anbudsgivaren ska lämna anbud på samtliga produkter inom respektive produktområde. Av KGM:s anbud framgår att de varor som KGM offererat inte återfinns i KGM:s produktkatalog eller deras produktsortiment på Internet. KGM har även offererat varor som inte överensstämmer med beställarnas krav på varor som ska offereras. För vissa varor har man angivit ett artikelnummer trots att varan inte återfinns i deras sortiment. Det tyder på att varan inte finns hos KGM. I vart fall har det varit omöjligt för beställaren att utvärdera om det offererade svarar emot kravet. De av KGM offererade produkterna svarar till viss del inte mot beställarens krav men har trots detta utvärderats. För vissa av dessa varor har KGM i sin produktkatalog varor som svarar emot beställarens krav och som enligt KGM:s katalog betingar ett betydligt högre pris. Syftet synes ha varit att åstadkomma ett lägre totalpris. Trots bristande uppfyllelse mot beställarens krav på de offererade har utvärdering skett så som om produkterna svarade mot kraven. Leverantörerna har därför vid utvärderingen inte behandlats lika. Ett annat krav i förfrågningsunderlaget var att anbudsgivarna skulle erbjuda en rabattsats att gälla för samtliga produkter inom samma sortimentsgrupp även för produkter som inte finns upptagna i prisformuläret. Vidare skulle anbudsgivarna ange en enhetlig rabatt för varje sådan tillkommande sortimentsgrupp från vilken leverans kunde komma att ske men som inte var specificerad i bilagan till förfrågningsunderlaget. Som framgår av KGM:s anbud så har KGM, i stället för att offerera rabattsatser per sortimentsgrupp, offererat rabattsatser per produkt. Detta innebär att produkter inom en sortimentsgrupp kommer att få olika rabattsatser vilket strider mot skall-kravet. På motsvarande sätt har rabattsats för icke specificerade sortimentsgrupper offererats av KGM.

KGM:s anbud uppfyller därför inte förfrågningsunderlaget och skulle inte ha upptagits till utvärdering.

Skulle länsrätten finna att beställaren inte gjort fel vid prövningen av om anbudsgivarna uppfyller skall-kraven så har fel gjorts vid utvärderingen av anbudet från KGM. Vid en rätt genomförd utvärdering och nollställning av anbuderna för Rantzows och KGM så har Rantzows avgivit det anbud som vid en riktigt genomförd utvärdering skulle visa det lägsta priset och de skulle därför ha tilldelats upphandlingskontraktet för båda varugrupperna.

Botkyrka kommun bestrider bifall till ansökan. Till stöd för sin inställning anför Botkyrka kommun bland annat följande. Botkyrka kommun har genomfört en upphandling av idrottsmaterial och gymnastikutrustning. Avtal kommer att tecknas med en leverantör inom respektive grupp. Under punkt 1.2.4 i aktuell upphandling finns det en avgränsning gällande produktområde 2, gymnastikutrustning. Rantzows har ett befintligt giltigt avtal avseende besiktning och säkerhetskontroll av kommunens gymnastikhallar samt fast och lös gymnastikutrustning där Nacka kommun genomförde en ramavtalsupphandling i samverkan med bland annat Botkyrka kommun. För att säkerställa en objektiv och säker besiktning och att produktleverantör och besiktningsleverantör arbetar oberoende av varandra ställde man krav på två av varandra oberoende parter i den här upphandlingen.

Kommunen har gjort en korrekt bedömning av anbuderna. Kommunen har prövat och värderat lämnade anbud i enlighet med förutsättningarna i anbudsinvitan. Transparensprincipen som innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet har inte åsidosatts. Samtliga anbudsgivarna har getts samma förutsättningar för anbudsgivning där förfrågningsunderlaget var klart och tydligt och innehöll samtliga krav på det som ska upphandlas. Krav har ställts på anbudsgivare i upphandlingen avseende prissättning på dels produkter inom samma sortiment-

grupp, dels rabattsats per sortimentsgrupp. I förevarande fall påstår Rantzows felaktigt att KGM inte har lämnat anbud på samtliga produkter och inte uppfyller kravet för redovisning av rabatter och att kommunen trots det utvärderat deras anbud. Rantzows påstår även att KGM offererat produkter som inte återfinns i KGM:s produktkatalog eller deras produktsortiment på Internet. Rantzows har inte fog för sitt påstående därför att KGM lämnade anbud på samtliga produkter och har även angivit rabattsats för varje sortimentsgrupp. Kraven på KGM:s anbud har stämt överens med kraven som satts i förfrågningsunderlaget. Den simulerade priskorg som kommunen har haft som underlag i prisutvärderingen har tagits fram för att kunna ge samma förutsättningar och jämförbarhet i utvärderingen för samtliga anbudsgivare. Det krav som ställts i upphandlingen har varit att priser ska baseras på aktuell prislista och att angiven rabattsats ska gälla för samtliga produkter inom samma sortimentsgrupp och även för produkter som inte finns upptagna i prisformuläret. Det kravet har KGM beaktat och lämnat pris på i sitt anbud.

Rantzows har även haft felaktiga påståenden om nollställning. Ett förtydligande har skett avseende KGM:s rabattsats och pris avseende förpackningspris. Man har kunnat se att KGM lämnat rabatt på sortimentsgrupp men i en standardtext även erbjudit rabatt på enskilda artiklar. Efter förtydligande har kommunen fått till svar att det är per sortimentsgrupp som rabattsatsen gäller. Här har inga nya uppgifter tillkommit utan endast förtydligat ett redan lämnat svar. När det gäller förtydligande avseende förpackningspris har KGM lämnat förpackningspris och inte styckepris för vissa produkter. Kommunen har kunnat se att det är uppenbara fel och begärt förtydligande på 5 produkter. En nollställning har skett av jämförbara produkter för att kunna uppfylla likabehandlingsprincipen anbudsgivare emellan.

Länsrätten har den 19 februari 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsägbarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Rantzows har gjort gällande att de på ett oriktigt sätt uteslutits från upphandlingen avseende produktionsområde 2, att det vinnande anbudet inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget och att en felaktig nollställning och utvärdering skett.

Uteslutning från upphandling avseende produktområde 2

I målet är ostridigt att Rantzows har ett befintligt tecknat avtal med Nacka kommun (dnr 2007/716) angående översyn och kontroll av gymnastikutrustning för bland annat Botkyrka kommun. Avtalet gäller perioden 2007-12-01 – 2009-11-30 med möjlighet till 1 års förlängning. Enligt tilldelningsbeslut avseende den nu aktuella upphandlingen är Rantzows på grund av nämnda avtal med Nacka kommun förhindrad att delta i upphandlingen avseende produktområde 2. I Botkyrka kommuns förfrågningsunderlag under punkten 1.2.4 anges att produktleverantör och besiktningsleverantör inom produktområde

2 ska utgöras av två av varandra oberoende parter och att detta innebär att den anbudsgivare som erhåller kontrakt inom produktområde 2 är förhindrad att delta i upphandling avseende besiktning och säkerhetskontroll under avtalsperioden 2009-01-01 – 2010-12-31 med möjlighet till 1 års förlängning. Frågan är om Botkyrka kommuns beslut att utesluta Rantzows från utvärdering kan anses förenligt med ordalydelsen i förfrågningsunderlaget.

Länsrätten gör följande bedömning.

I och med att förfrågningsunderlaget beslutats och skickats ut har ”ramen” för upphandlingen, dvs. de förutsättningar som ska gälla, fastställts. Denna ram kan sedan inte ändras i något väsentligt avseende. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena 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.

Även om förfrågningsunderlaget avseende avgränsning för produktområde 2 inte är optimalt utformat finner länsrätten att det grundläggande syftet med avgränsningen, att produktleverantör och besiktningssleverantör inom produktområde 2 ska utgöras av två av varandra oberoende parter, tydligt framgår. De anbudsgivare som berörs av denna avgränsning har dessutom sedan tidigare varit väl medvetna om vilken avgränsning som gällt. Den brist som föreligger i förfrågningsunderlaget kan därför inte anses vara sådan att kraven på likabehandling och transparens i förfarandet har åsidosatts. Mot bakgrund härav föreligger inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Uppfyller det vinnande anbudet skall-kraven?

Rantzows har uppgett bland annat att KGM i sitt anbud offererat produkter som inte återfinns i deras produktkatalog eller i deras sortiment på Internet i syfte att åstadkomma ett lägre totalpris i utvärderingsfasen.

Länsrätten konstaterar att det i kommunens förfrågningsunderlag endast framgår att samtliga produkter inom respektive produktområde måste prissättas. Det finns således inget krav på att offererade produkter ska återfinnas i vare sig produktkatalog eller sortiment på Internet. Av prisbilaga 1 till KGM:s anbud framgår att samtliga produkter inom respektive produktområde är prissatta. Vad Rantzows anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Rantzows har vidare uppgett att KGM har offererat rabattsatser per produkt i stället för per sortimentsgrupp.

Under punkten 3.2.2 i förfrågningsunderlaget anges att i prisformulär, bilaga 1, ska en rabattsats anges per sortimentsgrupp inom respektive produktområde och att rabattsatsen även ska gälla för samtliga övriga produkter som inte finns upptagna i bilaga 1, inom respektive sortimentsgrupp. Rabattsats för eventuella övriga sortimentsgrupper som inte finns upptagna i bilaga 1 ska också anges.

I KGM:s anbud under punkten 2.7.1 framgår att bokstaven efter artikelnumret i produktkatalogen anger vilken rabattsats en produkt har. Längst ned i produktlistan (prisbilaga 1) finns för varje sortimentsgrupp ytterligare en rabattsats angiven. Genom en begäran om förtydligande från Botkyrka kommun, *angående rabattsats som ska gälla även för samtliga övriga produkter som inte finns upptagna i bilaga 1,*

inom respektive sortimentsgrupp, har KGM uppgett att det är rabattsatsen som står angiven på produktlistan som kommer att gälla för hela produktområdet i produktkatalogen.

Länsrätten finner att KGM genom förtydligandet avseende rabattsatsen inte tillfört några nya uppgifter till anbudet. Förtydligandet har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. KGM uppfyller därmed skall-kraven avseende redovisning av rabattsatser. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Nollställning

Den s.k. nollställning som ägt rum synes bestå i att Botkyrka kommun inför utvärderingen av anbuden räknat om vissa priser i KGM:s anbud. KGM har för fem produkter lämnat förpackningspris i stället för styckepris. Först efter en begäran om förtydligande från Botkyrka kommun har priset kunnat rättas. Botkyrka kommun har anfört att nollställning skett för att uppfylla likabehandlingsprincipen och att det har varit fråga om uppenbara fel avseende de fem produkterna.

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 också begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning samt begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer om ett förtydligande eller en komplettering ska ske.

Länsrätten finner att det avseende KGM:s prissättning av de fem produkterna inte har varit fråga om uppenbara fel. Rättningen av priserna kan däremot ses som ett förtydligande av i anbudet redan befintliga uppgifter. Förtydligandet har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ingripande enligt LOU kan därmed inte ske på denna grund.

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



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Jessica Persson.



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.

