

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-10-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21113-08
Rotel 221

SÖKANDE

Serafim Office Management AB, 556483-4371

Ombud:
Daniel Prytz
c/o Serafim Office Management AB
Box 1100
164 22 Kista

MOTPART

Kungliga Operan AB, 556190-3294

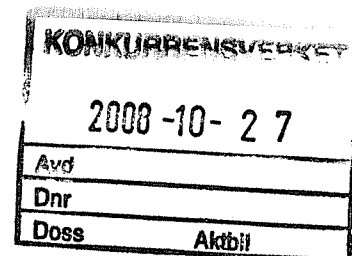
Ombud:
Björn Bergström
c/o Verket för högskoleservice, upphandling
Box 24050
104 50 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 375167

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

Kungliga Operan AB ("Operan") har genomfört en förenklad upphandling gällande multifunktionsskrivare ("upphandlingen") för Operan. Av tilldelningsbeslut från den 13 oktober 2008 framgår att Operan har beslutat att anta anbud från en annan anbudsgivare än Serafim Office Management AB ("Office Management").

YRKANDEN M.M.

Office Management har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkat följande. I första hand yrkas att länsrätten ska besluta om rättelse av upphandlingen på så sätt att Office Management äger rätt att korrigera ett uppenbart fel i anbudet. I andra hand yrkas att länsrätten ska besluta att Operans upphandling ska göras om. Därutöver yrkas att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats (inhibition).

Operan bestrider bifall till Office Managements yrkande om inhibition och bestrider även bifall till ansökan i övrigt. Operan yrkar vidare att länsrätten avgör sakfrågan slutligt och fattar beslut om att upphandlingen får avslutas, i enlighet med det tilldelningsbeslut som fattades den 13 oktober 2008, innan utgången av den frist som anges i 16 kap. 1 § LOU löpt ut.

Office Management anför huvudsakligen följande till stöd för sin ansökan. Av tilldelningsbeslutet framgår under punkten 6.1 att Office Managements anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav då Office Management inte angett leveranstid i anbudet (se punkten 3.12.1 "leveranstid" i förfrågningsunderlaget). Detta är ett uppenbart fel i Office Managements anbud vilket Operan borde ha beaktat och begärt komplettering/rättelse från Office Management. Av Office Managements anbud framgår att företaget har stor erfarenhet av försäljning och leverans av multifunktionella skrivare vilket utgör en avse-

värd del av företagets omsättning. Office Management har också i sitt anbud beskrivit sin leveranskapacitet och normalt leveransförfarande. Operan borde med beaktande av detta ha insett att avsaknaden av information rörande leveranstid är ett uppenbart misstag från Office Managements sida. Här hänvisas till anbudsbilagor samt själva anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår att för det fall Office Managements anbud hade utvärderats hade Office Management vunnit upphandlingen och tilldelats avtalet och därigenom fått leverera de system och den service som var föremål för upphandlingen. Genom att Operan inte har gett Office Management möjlighet att komplettera/rätta sitt anbud har Operan inte agerat i enlighet med god sed och beaktat 9 kap. 8 § LOU. Därigenom har Office Management även lidit skada. Operan har genom en diskriminerande handling av anbudsgivarna brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling i LOU. Därför ska upphandlingen rättas och/eller göras om.

Operan anför huvudsakligen följande till stöd för sitt bestridande. Operan har agerat korrekt i upphandlingen i och med att Office Managements anbud förkastades. Agerandet har skett i enlighet såväl med reglerna i 9 kap. 8 § LOU om förtydliganden och kompletteringar, som de grundläggande principerna om öppenhet, likabehandling och proportionalitet som anges i 1 kap. 9 § LOU. Grund för ingripande enligt LOU saknas därmed både i fråga om inhibition samt i själva sakfrågan. En utgångspunkt för den offentliga upphandlingen är att prövningen av anbuderna ska ske i enlighet med de krav som är uppställda i lagen och i enlighet med de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget. Syftet med detta är att möjliggöra att samtliga anbudsgivare lämnar anbud utifrån lika förutsättningar och därmed har samma utgångspunkt vid konkurrensutsättningen.

I det förfrågningsunderlag som Operan annonserade framgår under punkten 1.6 bl.a. följande. ”Skall-krav är ovillkorliga krav, vilket innebär att de måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna utvärderas.” Operan har såle-

des gjort en tydlig definition av vad som ska gälla för de krav som ställs i upphandlingen. En anbudsgivare måste under dessa förutsättningar kunna lita på att den upphandlande myndigheten även följer de tydliga krav som har angivits.

Av punkten 3.12.1 i förfrågningsunderlaget framgår att "Leverans av multifunktionsmaskinerna skall ske så snart som möjligt efter avtalstecknandet. Leveranstid skall anges i anbudet". Det är ostridigt att Office Management inte har bifogat den efterfrågade informationen avseende leveranstid. Office Management har därmed på ett otvetydigt sätt inte uppfyllt ett uppställt skall-krav. Operan har i och med detta inte haft något annat alternativ än att konstatera att anbudet, i enlighet med de förutsättningar som ställts upp under punkten 1.6, måste förkastas. Den brist som föreligger i Office Managements anbud är inte en uppenbar felskrivning i enlighet med 9 kap. 8 § första stycket LOU. Oavsett vad Operan insett om Office Managements avsikt att inkomma med uppgifter kan ett förtydligande eller komplettering ske endast i de fall som är tillåtna enligt ovan nämnda lagrum. Office Management har anfört att beskrivningen av leveranskapacitet och normalt leveransförfarande skulle vara tillräckligt för att Operan skulle ha begärt ett förtydligande. Den information som Office Management lämnat saknar i detta sammanhang relevans. Operan har, som ett skall-krav, efterfrågat en konkret leveranstid vilket är ett såväl tydligt som berättigat krav att ställa. Operan har därmed inte endast efterfrågat att leverans ska ske utan även när. Det går inte på något ställe i Office Managements anbud att utläsa denna information. Ett förtydligande eller en komplettering av anbud får endast ske för det fall ett sådant förfarande kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Vidare har Kammarrätten i Stockholm i ett nyligen avgjort ärende (mål nr 3378-08) konstaterat att "ett skall-krav som helt utelämnats i ett anbud inte kan bli föremål för förtydligande". I det aktuella fallet saknas helt information om leveranstid i Office Managements anbud. I enlighet med kammarrättens resonemang kring en liknande

omständighet har Operan därmed inte haft möjlighet att genomföra ett förtydligande eller en komplettering. Den brist som finns i Office Managements anbud är inte av karaktären att den kan besvaras med ett ”Ja” eller ”Nej” utan kräver ett aktivt angivande av en viktig information. Office Management hade därmed, om de fått möjligheten att förtydliga sitt anbud efter sista anbudsdagen, givits andra möjligheter än vad övriga anbudsgivare fått. Office Management hade då utifrån sin aktuella situation kunnat lämna andra uppgifter än vad som skulle ha varit fallet om informationen hade lämnats redan i anbudet. Det föreligger därför i vilket fall som helst risk för att Office Managements anbud skulle ha särbehandlats till skada för övriga anbudsgivare. Operan har därmed inte haft någon laglig möjlighet att förtydliga eller komplettera Office Managements anbud. För det fall Operan skulle ha begärt ett förtydligande av Office Managements anbud skulle Operan ha brutit mot 9 kap. 8 § LOU. Operan skulle samtidigt ha brutit mot likabehandlingsprincipen och mot det tydliga skall-krav som ställts upp i upphandlingen. Ett sådant agerande hade därmed riskerat att leda till skada för övriga anbudsgivare som uppfyllt samtliga uppställda skall-krav. Den brist som föreligger i Office Managements anbud beror på Office Managements eget utelämnande av information. Även om Office Management hänvisar till att deras avsikt varit att lämna informationen kan ingen annan slutsats dras än att detta legat inom deras kontroll. En sådan brist kan inte drabba övriga anbudsgivare.

Office Management genmäler huvudsakligen följande. I förfrågningsunderlaget har man använt sig av 76 stycken s.k. excel-rutor med ”Ja” och ”Nej” svar där även kommentar/beskrivning funnits. Vid fråga 3.12.1 har man helt avvikit från detta. Här finns en excel-ruta på nästa sida. Underlaget är på 25 sidor. Fråga uppkommer om man inte kan ha förståelse för att anledningen till att man har underlåtit att svara beror på att frågeformuläret avviker i en av 77 frågor. Även en annan anbudsgivare har underlåtit att svara på denna fråga.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av förfrågningsunderlaget framgår att den aktuella upphandlingen annonserats ut den 27 juni 2008. Upphandlingen har därmed påbörjats efter ikraftträdandet och tillämplig lag är LOU (2007:1091).

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 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

Operan har i ett förfrågningsunderlag daterat den 27 juni 2008 bjudit in leverantörer att lämna anbud i enlighet med angivna förutsättningar i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor.

Av punkten 1.6 i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som **skall** och **ange**. **Skall-krav är ovillkorliga krav, vilket innebär att de måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna utvärderas.** Inledningsvis kontrolleras de formella kraven på anbudet enligt punkt 1.5. Anbud som inte uppfyller dessa krav kan komma att uteslutas från vidare prövning.”

Av punkten 1.6.1 ”krav på anbudsgivare” i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Som ett första steg i prövningen kontrolleras anbudsgivarens förmåga att fullgöra detta uppdrag (kapitel 2). Anbudsgivare som inte uppfyller dessa krav kan komma att uteslutas från vidare prövning.”

Av punkten 1.6.2 ”prövning” i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Därefter sker en prövning av att samtliga **skall**-krav är uppfyllda. Uppfyllelse av dessa krav är en förutsättning för att anbudsgivarens anbud skall kunna utvärderas.”

Av punkten 3.12.1 ”leveranstid” i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Leverans av multifunktionsmaskinerna **skall** ske så snart som möjligt efter avtalstecknandet. Leveranstid **skall** anges i anbudet.”

I ingiven skrivelse av Office Management, s.k. Företagsstruktur (2.4.1), uppges bl.a. följande. Angående leveranskapacitet uppges att Office Management levererar, under en genomsnittlig månad, ca 80 stycken system i Stockholm. Leverans av 11 system till samma kund kommer inte att utgöra något problem utan ligger inom ramarna för vad Office Management klarar av att leverera.

Länsrättens bedömning

Med hänsyn till att länsrätten nu tar upp målet till slutligt avgörande förändrar yrkandet om inhibition ingen vidare åtgärd.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande vilket anges i 1 kap. 9 § LOU. En av de frågor som omfattas av den s.k. likabehandlingsprincipen är att den upphandlande myndigheten normalt inte får frångå ett uppställt skall-krav under den pågående upphandlingen (jfr bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 13 oktober 2008 i mål nr 5437-08). Den omständigheten att en upphandlande enhet på eget initiativ inhämtat information vilket därigenom medfört att en leverantörs anbud ansågs uppfylla samtliga skall-krav har vidare ansetts strida mot likabehandlingsprincipen (Kammarrättens i Sundsvall dom den 26 maj 2008 i mål nr 492-08). Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. 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 agerat i strid mot LOU.

Av punkten 1.6 i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kraven i förfrågningsunderlaget är formulerade som ”skall” och ”ange”. Skall-krav uppges i förfrågningsunderlaget vara ovillkorliga krav, vilket enligt förfrågningsunderlaget innebär att de måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Av punkten 3.12.1 i förfrågningsunderlaget framgår vidare bl.a. att ”leveranstid skall anges i anbudet”.

I målet är ostridigt att Office Management inte har uppfyllt skall-kravet i punkten 3.12.1 i förfrågningsunderlaget avseende angivande av leveranstid i sitt anbud då man har underlåtit att avge ett svar på detta krav. Office Management har uppgett att detta har berott på en uppenbar felaktighet i anbudet och att Operan därmed borde ha begärt rättelse av anbudet. Office Management har vidare anfört att det av övrig information i anbudet framgår att Office Management har stor erfarenhet av försäljning och leverans och att man klarar av att leverera multifunktionsskrivare, samt att detta borde ha fått Operan att inse Office Managements misstag. Att Office Management har underlåtit att svara på ett skall-krav i sitt anbud kan enligt länsrättens mening inte anses innebära en sådan uppenbar felskrivning som kan vara föremål för rättelse enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU eftersom Office Management ostridigt inte överhuvudtaget har uppgett någon konkret leveranstid i sitt anbud.

Fråga uppkommer därmed om Operan istället borde ha begärt in en komplettering eller ett förtydligande från Office Management. Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 377) framgår bl.a. följande med avseende på 9 kap. 8 § andra stycket samma lag. Anbudsansökningar och anbud kan förtydligas och kompletteras. Detta får endast göras på initiativ av den upphandlande myndigheten. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras. Andra stycket i paragrafen innebär också att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar.

Kammarrätten i Stockholm har uttalat att ett skall-krav som helt utelämnats i ett anbud inte kan bli föremål för förtydligande (mål nr 3378-08 den 17 juni 2008). Länsrätten gör samma bedömning. Office Managements utelämnande av skall-kravet i sitt anbud har således inte kunnat bli föremål för ett förtydligande eller ett kompletterande. Office Management inte därmed

inte kunnat visa att Operan, genom att inte begära rättelse eller förtydligande av anbudet, genomfört upphandlingen för multifunktionsskrivare i strid mot LOU på ett sådant sätt att Office Management kan anses lida eller komma att lida skada på sätt som avses i 16 kap. 1 § LOU. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte. Office Managements ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Annika Sandström

chefsrådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Anna Rehnmark.



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.