

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2008-04-10
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2130-08 E
Rotel 24

SÖKANDE

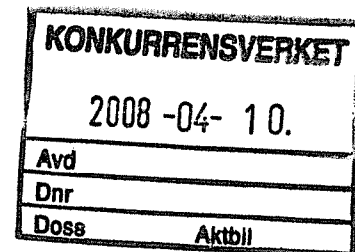
Swarco Sverige AB, 556024-7594
Heliosgatan 24
120 30 Stockholm

MOTPART

Mölndals stad
Gatukontoret
Gator & Anläggning
431 82 Mölndal

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)



Mölndals stad (kommunen) genomförde "Trafiksignalentreprenad i Mölndals kommun" som en öppen upphandling. Efter kvalificerings- och utvärderingsprocessen kvarstod två likvärdiga anbud. Av tilldelningsbeslutet framgår att Vägverket Produktion AB vann upphandlingen.

Swarco Sverige AB (bolaget) har yrkat att upphandlingen skall avbrytas och göras om samt anfört bl.a. följande. Kommunen har under pågående öppen upphandling gått ut med en ny omarbetad å-prislista och härav förhandlat med två av anbudsgivarna avseende priset. Eftersom förhandlingar inte får äga rum vid öppen upphandling har kommunen handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Beräknat värde för upphandlingen under entreprenadtiden är ca sex miljoner kronor. Att bolaget mot denna bakgrund riskerar att lida skada är uppenbart.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och har invänt bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot de gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget har inte lidit skada på grund av att kommunen använt sig av skiljebud. Vid utvärderingen av de inkomna anbuden konstaterades att bolagets och Vägverkets anbud utgjorde så kallade noll-

Dok.Id 121756

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031-732 70 00	031-711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: lansrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

bud (anbudsgivarna krävde ingen betalning för själva driftsentreprenaden) och att dessa anbud även i övrigt var exakt likvärdiga enligt angivna utvärderingskriterier. Anbudena var också de ekonomiskt mest fördelaktiga och kommunen hade ingen möjlighet att teckna avtal med fler än en anbudsgivare. För att på objektiva grunder kunna särskilja anbudena beslutades att infordra skiljebud i form av en mängdsatt à-prislista från båda anbudsgivarna. Prislistan anger priserna för sådana tillkommande arbeten som inte ingår i själva driftsentreprenaden, t.ex. trafiksignalskador genom påkörning eller annan åverkan. Teoretiskt behöver det givetvis överhuvudtaget inte bli fråga om tillkommande arbeten men i praktiken omfattar de tillkommande arbetena ganska betydande belopp. En icke-mängdsatt prislista hade redan ingått i anbudena men inte utgjort något utvärderingskriterium. Listan mängdsattes i skiljebudet för att spegla beräknade kvantiteter på grundval av vilka tillkommande arbeten som oftast förekommit under tidigare avtalsperioder. Detta för att kunna få ett användbart bedömningsunderlag för vilket bud som i praktiken var mest ekonomiskt fördelaktigt för kommunen. Båda anbudsgivarna upplystes också om att kommunen vid uteblivet skiljebud skulle komma att använda sig av den prislista som de tidigare bifogat anbudena. I realiteten innebar således infordrandet av skiljebud endast att bolaget och Vägverket gavs tillfälle att korrigera den prislista som de tidigare ingivit. Syftet med detta var att på ett öppet och transparent sätt ge leverantörerna lika förutsättningar. – Kommunen bestrider att man genom att kräva in skiljebud övergått från en öppen upphandling till en förhandlad. Kommunen har inte förhandlat med två av anbudsgivarna avseende priset utan upplyst om att à-prislistan skulle komma att användas som skiljebud och givit anbudsgivarna möjlighet att korrigera sina à-priser då dessa tidigare inte utgjorde utvärderingskriterium. – Kommunen hade utan ytterligare kontakter med anbudsgivarna kunnat välja vilket som helst av de båda likvärdiga anbudena. Om kommunen hade avgjort vinnande anbud på så sätt hade kommunen valt Vägverket på grund av att den à-prislista som Vägverket bifogat sitt anbud utgjorde det sammantaget mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

– Eftersom à-prislistan inte utgjort utvärderingskriteriuma bedömde kommunen att det var mer rättvist att ge bolaget chans att korrigera sina priser. Detta förfaringsätt möjliggjorde för kommunen att på ett affärsmässigt sätt ytterligare sänka vinnande leverantörs à-priser. Att kommunen upplyser anbudsgivarna om hur man kommer att utvärdera à-prislistan är snarast ett uttryck för full transparens gentemot anbudsgivarna. – Kommunen har iakttagit samtliga krav som ställs på den upphandlande enheten enligt LOU och de gemenskapsrättsliga principerna, och har till och med gått utöver sina förpliktelser enligt LOU i sin strävan att behandla sina anbudsgivare på ett likvärdigt och förutsägbart sätt. Kommunens sätt att hantera de likvärdiga anbuden är fullt förenligt med kravet på affärsmässighet. Vidare innebär det faktum att kommunen använt sig av skiljebud inte någon skada för bolaget eftersom kommunen ändå hade valt Vägverket.

Bolaget har genmält bl.a. följande. Skiljebudet innebar att kommunen ändrade i det ursprungliga förfrågningsunderlaget genom att skicka ut en ny bifogad à-prislista. Prislistan skickades ut efter den 25 februari 2008 och innehöll fiktiva mängder vilket den till förfrågningsunderlaget bifogade prislistan inte gjorde. Den nya prislistan innehöll således nya uppgifter för anbudsgivarna. Till skillnad från vad som angavs i förfrågningsunderlaget utvärderades nu den nya à-pristan genom skiljebud och den av de två anbudsgivarna som lämnat det lägsta priset i à-prislistan tilldelades kontraktet. Genom att kommunen under pågående öppen upphandling gått ut med en ny omarbetad à-prislista och härav förhandlat med två av anbudsgivarna avseende priset har kommunen handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Förhandlingar får inte äga rum vid öppen upphandling vilket framgår av såväl doktrin som praxis. Genom sitt agerande har kommunen använt ett förfarandesätt i strid med LOU. Kommunens förfaringsätt brister i fråga om förutsebarhet och transparens och kan inte heller garantera sådan objektivitet och likabehandling som gemenskapsrätten och LOU föreskriver. Bristen kan inte botas på annat sätt än att upphandlingen

görs om. Felaktigheterna är av den karaktären att de endast kan elimineras genom att förfrågningsunderlaget omarbetas samt att ingen förhandling sker. Upphandlingen måste avbrytas och göras om.

Länsrätten har den 19 mars 2008 förordnat att kommunen inte får avsluta upphandlingen innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandlingen göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Kommunen har med stöd av 5 kap. LOU genomfört en öppen upphandling och i förfrågningsunderlaget angivit att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Efter kvalificerings- och utvärderingsprocessen konstaterade kommunen att två likvärdiga anbud lämnats. Kommunen har gjort gällande att den då valde mellan att låta till anbudet bifogad prissatt å prislista vara utslagsgivande, vilket hade resulterat i att Vägverket vunnit upphandlingen, eller att låta de båda anbudsgivarna inkomma med nya prisuppgifter. Kommunen valde det senare alternativet vilket även denna gång resulterade i att Vägverket vann upphandlingen.

Den uppkomna situationen regleras inte i LOU men Hovrätten för Övre Norrland har i en dom den 21 juni 2001 (T 152/99) i mål enligt 6 kap. LOU uttalat att det är förenligt med kravet på affärsmässighet att vid två eller flera likvärdiga anbud låta valet styras av ett kriterium som inte nämnts i förfrågningsunderlaget eller annonsen, t.ex. den upphandlande enhetens tidigare erfarenheter av anbudsgivaren. I förevarande mål har kommunen genomfört upphandlingen med stöd av 5 kap. LOU men frågan är densamma, dvs. huruvida det strider mot LOU att vid två anbud som bedöms vara likvärdiga

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

välja den ene anbudsgivaren framför den andre genom ett förfarande där båda erbjudits att delta och således behandlats lika. Som hovrätten konstaterade utgör ett val under sådana förhållanden inte en del av den kvalificerings- och utvärderingsprocess som föregått denna valsituation, utan ett led i ett affärsmässigt genomfört slutligt val av leverantör vid likvärdiga. Enligt hovrättens mening är det även förenligt med kravet på affärsmässighet att vid två likvärdiga anbud låta valet styras av ett kriterium som inte nämnts i förfrågningsunderlaget eller annonsen, t.ex. den upphandlande enhetens tidigare erfarenhet av anbudsgivaren.

Även med beaktande av att det i hovrättsdomen är fråga om förenklad upphandling anser länsrätten att ett motsvarande resonemang kan föras i detta mål. Kommunens val av metod för att särskilja två likvärdiga anbud åt får därmed anses utgöra ett led i ett affärsmässigt genomfört slutligt val av leverantör. Det har inte kommit fram att bolagets ställning i förhållande till det vinnande anbudet påverkats av att kommunen valde att begära in prislistorna. Bolaget har därmed inte visat att det förekommit sådana brister i upphandlingsförfarandet att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada.

DOMSLUT

Länsrätten avslår bolagets framställan.

Det interimistiska beslutet av den 19 mars 2008 har upphört att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3104/1b)



Rickard Sahlsten

/ MG



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom två månader från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Sista dagen för överklagande är i regel den dag som genom sitt tal i månaden motsvarar den dag Ni fick del av beslutet. Om Ni fick del av länsrättens beslut t.ex. den 30 juni måste skrivelsen med överklagande ha kommit in senast den 30 augusti. Om Ni fick del av beslutet en dag med ett tal i månaden som inte finns i slutmånaden löper tiden i stället ut på slutmånadens sista dag. Om Ni fick del av beslutet t.ex. den 31 juli måste skrivelsen med överklagande ha kommit in senast den 30 september.

Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.