



**LÄNSRÄTTEN I
HALLANDS LÄN**

DOM
2009-02-04
Meddelad i
Halmstad

Mål nr
2441-08
2453-08
2454-08
2455-08
2456-08

SÖKANDE

Säröhus AB, 556250-2905
Säröhusvägen 12
429 43 Särö

MOTPARTER

1. Varbergs kommun
432 80 Varberg

2. Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

3. Falkenbergs kommun
Nygatan 34
311 80 Falkenberg

4. Region Halland
Box 538
301 80 Halmstad

5. Halmstads kommun
Box 153
301 80 Halmstad

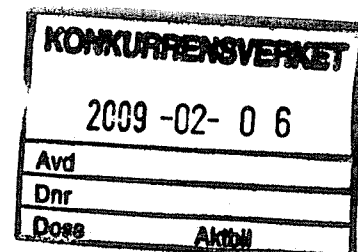
Ombud för 1-5: Kommunjurist Anders Eriksson, c/o Varbergs kommun
432 80 VARBERG

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Säröhus AB:s ansökan om åtgärder enligt lagen om offentlig upphandling.



Dok.Id 41276

Postadress
Box 131
301 04 Halmstad

Besöksadress
Södra vägen 5

Telefon
035-13 29 00
E-post: lansrattenihalland@dom.se

Telefax
035-21 35 62

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

Länsrätten upphäver sitt beslut den 19 december 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

BAKGRUND

Kommunerna Falkenberg, Halmstad, Laholm och Varberg samt Region Halland (kommunerna) har beslutat att göra en samordnad upphandling rörande "Ramavtal avseende Boende & Konferenser". Varbergs kommun har fått i uppdrag att genomföra upphandlingen och har inbjudit leverantörer att lämna anbud. Varbergs kommun har i beslut den 10 december 2008 meddelat att 69 namngivna anbudsgivare tilldelats upphandlingskontrakt. En av dessa var Säröhus AB (Säröhus).

Länsrätten har den 19 december 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

YRKANDEN M.M.

Säröhus yrkar att upphandlingen skall göras om och anför i huvudsak följande. Säröhus lider skada på grund av nedan angivna felaktigheter i anbudsförfrågan, vilket menligt påverkar utvärderingen.

3.3. Det strider mot LOU att ange att anbud skall ges via Chambersign. Det ska stå "eller motsvarande" när man anger företag eller märken av specifik art.

3.10. Det är domstolen som beslutar om avbrytande av upphandling. LOU är här bindande, och kan inte avtalas bort.

3.11. Skadestånd kan begäras i tingsrätt inom ett år. Detta kan inte förhandlas bort i ett förfrågningsunderlag.

4.2. Det framgår inte hur skalkrav angående företagets ekonomiska ställning eller företagets finanser ska bedömas. Vid kvalificeringsfasen sker

ingen bedömning utan kravet ska uppfyllas. Här saknas krav och därför är förfrågningsunderlaget otydligt och vilseledande.

2.2.1. Upphandlande myndighet har blandat samman kvalificerings- och utvärderingsfas, vilket inte är tillåtet. Det anges att anbudsgivare bör som bevis bifoga nedanstående handlingar. Börkrav hör till utvärderingsfasen och inte kvalificeringsfasen. Förfrågningsunderlaget är otydligt. Det framgår inte vad som ska bifogas eller om det är skallkrav. Referenserna bör bifogas men ska inte utvärderas för det är lägsta pris som gäller.

4.3. Här anges att ramavtal ska tecknas med en eller flera (minst 3) per område och beskriven omfattning. Det är en otydlig skrivning då det inte framgår hur många det ska tecknas avtal med.

Svarsmall/checklista. Här finns ett antal uppgifter som inte omnämns i förfrågningsunderlaget och som inte heller kommer att utvärderas, t.ex. s 4 om anläggningen. Det är inte proportionerligt och strider mot LOU att efterfråga uppgifter som inte ska användas i upphandlingen.

Referenser. Referenser ska inte åberopas eftersom anbudsgivaren själv kan lämna utvalda efter eget tycke och smak.

Kommunerna anser att länsrätten ska avslå ansökningen och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med lag om offentlig upphandling. Kvalificering och utvärdering har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Säröhus har tilldelats avtal i enlighet med förfrågningsunderlaget och angivet anbud. I anbudsfrågan har föremålet för upphandlingen beskrivits med skall-krav. Det framgår också av frågan att de skall-krav som är fetmarkerade måste vara uppfyllda för att anbudet ska vara godkänt och gå vidare till utvärdering, se p 4 i frågan. Dessa fetmarkerade skall-krav har dessutom listats i en särskild checklista. Det är endast dessa fetmarkerade skall-krav som har prövats, övrigt är att betrakta som information och har inte utvärderats eller påverkat upphandlingens utfall. Utvärdering har därefter skett enligt lägsta pris och de kvalificerade

anbudsgivarna har utvärderats efter pris. Vad gäller de av Säröhus angivna felaktigheterna i olika punkter i förfrågningsunderlaget anförs följande.

3.3. Enligt 3.3 och 3.6 i förfrågningsunderlaget skall anbud lämnas skriftligen eller elektroniskt via Chambersign. Möjligheten att lämna elektroniska anbud är ett komplement till traditionella skriftliga anbud och således inget skall-krav som måste vara uppfyllt för att anbud ska prövas.

3.10. Punkten innehåller inget fetmarkerat skall-krav som måste vara uppfyllt och har därför inte påverkat upphandlingens utfall.

3.11. Avser ersättning till anbudsgivaren för anbudsgivning och relegerar inte eventuellt skadestånd. Texten påverkar inte utfallet i upphandlingen.

4.2. Utöver de krav som LOU ställer på anbudsgivare är det upp till den upphandlande enheten att avgöra om och i så fall vilka krav som skall ställas på anbudsgivare. Punkten innehåller två fetmarkerade skall-krav som måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska kvalificeras. Skall-kraven är tydligt formulerade och förfrågningsunderlaget beskriver dessutom tydligt hur anbudsgivaren kan visa kraven uppfylls.

2.2.1. Det antas att Säröhus avser punkt 4.2.1. Förfrågningsunderlaget beskriver i punkt 4 hur bedömning av anbudsgivare och anbud ska ske. Bedömning och utvärdering av anbud har också skett i enlighet med beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

4.3. Upphandlingsbeslutet följer förfrågningsunderlaget.

Svarsmall/Checklista. Den är frivillig för anbudsgivare att använda. I upphandlingen har anbud och anbudsgivare enbart bedömts utifrån de i förfrågningsunderlaget fetmarkerade skallkraven. Övriga uppgifter är frivilligt för anbudsgivare att lämna och har inte värderats eller påverkat upphandlingens utfall.

Referenser. Att lämna referenser är enligt 4.2.2 i förfrågningsunderlaget frivilligt för anbudsgivaren. Referenser har inte värderats.

Säröhus har i yttrande anfört bl.a. följande. Med skall-krav menas i upphandlingssammanhang krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska

få gå vidare till utvärderingsfasen. Dessa kvalificeringskrav tar sikte på leverantörens förmåga att kunna uppfylla avtalet. I förfrågningsunderlaget anges att skall-kraven är listade under avsnitt 3. Dock framgår det av förfrågningsunderlaget under avsnitt 4 att kvalificering skall göras i enlighet med avsnitt 4.2 finansiell och ekonomisk förmåga och nedan under 4.2.1. och 4.2.2. Detta innebär att förfrågningsunderlaget inte är transparent och att det föreligger stora oklarheter om vad som egentligen är att se som skall-krav eller kvalificerande krav. Felaktigheten är ett brott mot LOU och de EG-rättsliga principerna om likabehandling, transparensprincipen och även mot proportionalitetsprincipen genom att efterfråga upplysningar som inte sedan har betydelse för kvalificeringen. Säröhus vidhåller att själva utvärderingen i upphandlingen som uppges vara lägsta pris blir vilseledande eftersom det i förfrågningsunderlaget framgår bör-krav som inte utvärderas. En leverantör måste i förfrågan få reda på vad som krävs för att kunna ha en god chans att vinna upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap. 16 § första stycket LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen (1) det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller (2) det anbud som har lägst pris.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltnings-

domstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 16 kap. 2 § skall rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50, såvitt nu är av intresse, sagt bl.a. följande om förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller.” Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.” – ”De skiftande förhållanden 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.”

Utredningen i målet

I aktuellt förfrågningsunderlag anges (punkt 4.3) att det anbud som innehåller det lägsta priset kommer att antas. Under rubriken 4. ”Bedömning av anbudsgivare och Anbud” anges vidare bl.a. följande.

- Bedömning av anbudsgivare och anbud görs i tre steg.
- Steg 1. Kvalificering av anbudets form.

Steg 2. Kvalificering av anbudsgivare.
Steg 3. Utvärdering av anbud.

Med **skall**krav avses krav som måste vara uppfyllda för att anbudet skall kunna antas. Skallkraven anges såsom fetmarkerade i löpande text.

Anbudsgivaren skall fylla i och returnera bilaga 1 "Svarsmall/Checklista" tillsammans med anbudet/som anbud. I denna svarsmall skall anbudsgivaren även i stora drag beskriva sin offererade anläggning och dess utbud.

4.1 .Kvalificering av anbudets form

Anbudets form skall uppfylla skallkrav ställda i avsnitt 3.

4.2 .Kvalificering av anbudsgivare

Vid kvalificeringen bedöms anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

4.2.1. Registreringsuppgifter, betalning av skatter och avgifter med mera

Anbudsgivare **skall** uppfylla i Sverige lagenligt ställda krav avseende sina registrerings-, skatte- och avgiftsskyldigheter.

4.2.2. Teknisk förmåga och Kapacitet

Anbudsgivaren **skall** ha erfarenhet samt vara väl insatt i samt följa de lagar och bestämmelser som gäller för dennes verksamhet och som följer av uppdragets genomförande.

Länsrätten gör följande bedömning.

Att det i förfrågningsunderlaget under punkt 3.3. ges en möjlighet att kunna avge ett anbud i elektronisk form av visst märke, står inte i strid mot likabehandlingsprincipen eller någon annan EG-rättslig princip, då huvudalternativet är att avge sitt anbud i skriftlig form.

Uppgifterna i punkterna 3.10 och 3.11 får betraktas som upplysning till eventuella anbudsgivare och påverkar inte upphandlingens utfall.

Vad gäller kvalificering av anbudsgivare har under punkterna 4.2.1 och 4.2.2 i förfrågningsunderlaget ställts upp två ”skall-krav”, enligt den betydelse ordet har i LOU. Länsrätten finner att om en anbudsgivare i sitt anbud uppger att han uppfyller dessa krav, skall han anses vara kvalificerad som anbudsgivare, om han inte med stöd av 15 kap. 13 § LOU får uteslutas. Förfrågningsunderlaget innehåller inte några skall-krav avseende insändande av underlag för bedömning av anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Vidare saknas uppställda bedömningskriterier. Vid sagda förhållanden kan någon bedömning inte göras och ordet ”bedöms” i punkten 4.2 får anses sakna betydelse och enbart tyda på ett olyckligt ordval.

Texten under punkt 4.3 kan inte enligt länsrättens mening bedömas som otydlig.

Säröhus har vidare anfört att det är ett brott proportionalitetsprincipen att efterfråga upplysningar som sedan inte har betydelse för kvalificeringen. I förfrågningsunderlaget har inte uppställts några skall-krav vad gäller att lämna upplysningar, endast att anbudsgivare bör lämna vissa upplysningar. Ett sådant förfarande står inte i strid mot proportionalitetsprincipen, då dessa upplysningar, om de har lämnats eller inte lämnats, inte lagts till grund för utvärderingen.

Även om förfrågningsunderlaget inte kan bedömas som helt optimalt utformat finner länsrätten att anbudsgivare har kunnat avgöra vad kommunerna avsett att fästa betydelse på. Principer för att nå ett rättvisande resultat enligt LOU och EG-rätten kan inte bedömas ha trätts för när.

Sammantaget finner länsrätten att vad Säröhus anfört inte utgör förutsättningar att förordna om åtgärd mot aktuell upphandling. Ansökningen ska därför avslås.

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



Helena von Braun

/MF

Lagman



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 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 var till 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.