

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2008 -10- 0 1
Meddelad i
Linköping

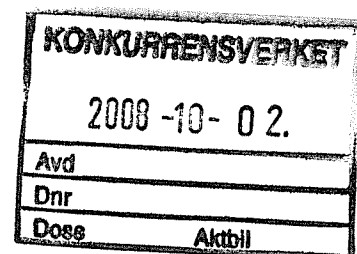
Mål nr
2791-08 E
Rotel 3

Magnus Wickström

SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud: Advokat Tomas Eliasson
Advokatfirman Delphi KB
Stadt Hamburgsgatan 9 B
211 38 Malmö



MOTPART

1. Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

2. Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud för 1 och 2: Krister Thorell
Upphandlingsenheten Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

3. Norrköpings kommun
Upphandlingsenheten
601 81 Norrköping

SAKEN

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

Aktuell upphandling (UH-07-31) genomförs av Linköpings och Norrköpings kommuner samt Landstinget i Östergötland (kommunerna) och avser beställningscentral för samhällsbetalda resor. Upphandlingen genomförs som en selektiv upphandling enligt 5 kap. LOU. Det anbud som har lägst pris enligt anbudsformulär ska därvid antas.

Den 25 augusti 2008 meddelade kommunerna tilldelningsbeslut enligt vilket det anbud som lämnats av Vikbolands Taxi 160 000 AB (Vikbolands Taxi) hade antagits.

Dok.Id 66432

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Samres AB (Samres), vars anbud inte hade antagits, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten i första hand beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, i andra hand beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna bestrider i första hand bifall till Samres talan. Om länsrätten finner att det föreligger brister i upphandlingen yrkar kommunerna i andra hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

På yrkande av Samres förordnade länsrätten den 4 september 2008 genom interimistiskt beslut att upphandlingen inte fick avslutas.

DOMSKÄL

I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensinöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Begreppet affärsmässighet anses innefatta bl.a. principerna om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet samt öppenhet och förutsebarhet.

En upphandlande enhet ska enligt 1 kap. 22 § LOU anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår, att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Kommunerna inledde den aktuella upphandlingen i april 2007 genom en inbjudan till intresserade leverantörer att lämna anbudsansökan. Anbudshandlingar med förfrågningsunderlag till upphandlingsfas två skickades därefter till de leverantörer som kvalificerat sig. Anbuden skulle enligt förfrågningsunderlaget vara kommunerna tillhanda senast den 5 september 2007. Anbud inkom från bl.a. Samres och Vikbolands Taxi. Kommunerna fann emellertid att förfrågningsunderlaget var behäftat med brister i flera avseenden och beslöt av den anledningen att avbryta upphandlingen partiellt enligt meddelande den 5 oktober 2007, vilket sändes till anbudsgivarna några dagar senare. Därefter, under december 2007, erhöll anbudsgivarna ett nytt, omarbetat förfrågningsunderlag som innehöll bl.a. ett antal nya skall-krav. Nya anbud lämnades av bl.a. Samres och Vikbolands Taxi. Enligt tilldelningsbeslut den 22 februari 2008 erhöll Samres uppdraget då övriga leverantörer inte styrkt att de uppfyllde skall-kraven. Av tilldelningsbeslutet framgick att Vikbolands Taxi inte styrkt att det uppfyllde kraven avseende Kompetens IT-funktion respektive Egenkontroll. Därefter ansökte Vikbolands Taxi om överprövning av upphandlingen hos länsrätten. Länsrätten förordnade genom dom den 13 maj 2008 i mål nr 753-08 att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Vikbolands Taxis anbud skulle utvärderas i enlighet med utvärderingskriteriet lägsta pris. I domen uttalade länsrätten bl.a. att vissa frågeställningar, trots att de förekom under utvärderingsfasen, hade karaktären av kvalificeringskrav och att en förnyad prövning enligt kraven för kvalificering inte fick förekomma under utvärderingsfasen. Enligt länsrätten framgick det inte heller av anbudsformuläret hur anbudsgivarna på ett tillfredsställande sätt skulle utforma svaren på de

av kommunerna uppställda frågeställningarna, vilket medförde att kraven på förutsebarhet och öppenhet i upphandlingen frångåtts. Efter kommunernas överklagande av länsrättens dom beslöt Kammarrätten i Jönköping att inte meddela prövningstillstånd.

Samres har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande. Efter att ha tagit del av kommunernas tilldelningsbeslut och övriga handlingar som blivit offentliga i ärendet har Samres kunnat konstatera att det under upphandlingsförfarandet förekommit flera så allvarliga brister att upphandlingen bör rättas eller göras om. – Av punkten 6.2 i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren. Behörig företrädare är firmatecknare eller någon som har fullmakt av firmatecknaren att företräda bolaget. Vikbolands Taxis anbud undertecknades den 17 januari 2008 av Niclas Aronsson som då inte var behörig företrädare för bolaget. Att han inte var registrerad firmatecknade hade lätt kunnat konstateras vid kontroll i bolagsregistret. Vikbolands Taxi gav inte heller in någon fullmakt tillsammans med anbudet. Anbudet har inte heller därefter kompletterats med någon fullmakt. Därmed uppfyller inte Vikbolands Taxis anbud skall-kravet i punkten 6.2. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 25 maj 2007 i mål nr 1988-07 hänvisat till Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som understrukit vikten av att anbud undertecknas av behörig firmatecknare eftersom den upphandlande enheten annars riskerar att hamna i situationer där vinnande anbudsgivare av olika skäl inte vill stå fast vid sitt anbud. Det anges vidare i domen att anbud som saknar underskrift ska förkastas om det i annons eller förfrågningsunderlag krävs att anbuderna är egenhändigt undertecknade. Kammarrätten fann i domen att det aktuella anbudet inte undertecknats av behörig firmatecknare och beslöt att upphandlingen fick avslutas först sedan den rättats på så sätt att det aktuella anbudet förkastats. Att frångå ställda krav i förfrågningsunderlaget strider mot gemenskapsrättens principer om likabehandling och transparens, och därmed mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Detta medför att

Samres har lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen bör därför i första hand rättas på så sätt att anbudet från Vikbolands Taxi förkastas på grund av att anbudet inte undertecknats av behörig företrädare för bolaget. I andra hand bör upphandlingen göras om. – Det har under tidigare överprövningsprocess (se Vikbolands Taxis yttrande i länsrätten den 21 april 2008) framkommit att Vikbolands Taxi, innan upphandlingen avbröts den 5 oktober 2007 och innan det lämnade sitt nya anbud, fick kännedom om att dess anbud hade lägst pris. Vikbolands Taxi hade således i uppenbar strid med upphandlingsrättens likabehandlingsprincip och sekretesslagstiftningen ett kunskapsövertag mot övriga anbudsgivare under pågående upphandling. Vikbolands Taxi har därför haft väsentligt bättre förutsättningar än övriga anbudsgivare för att under pågående upphandling ta ställning till prissättningen och därmed öka sina möjligheter att på nytt lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet. Det är också grundläggande inom upphandlingsrätten att leverantörer ska behandlas rättvist och lika och att ingen anbudsgivare ska få information som inte lämnas till övriga anbudsgivare. Vikbolands Taxi har självt i nämnda yttrande uppgivit att det fick besked om att det var vinnande leverantör strax innan upphandlingen partiellt avbröts. Bara kommunerna har kunnat lämna denna information. Kommunerna har uppenbart brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och objektivitet samt mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Detta medför att Samres har lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen bör därför i första hand rättas, i andra hand göras om. – Efter att kommunerna ”avbrutit upphandlingen partiellt” tillfördes i december 2007 helt nya krav avseende bl.a. Kompetens IT-funktion och Egenkontroll. Dessa krav som endast Samres uppfyllt har varit kostnadsdrivande för Samres och påverkat dess anbudspris. Vid tidigare överprövning beslöt länsrätten att dessa krav hade karaktären av kvalificeringskrav och att de därför inte fick förekomma vid utvärderingen. I sitt tilldelningsbeslut den 25 februari 2008 konstaterade kommunerna att endast Samres uppfyllde aktuella krav. Det torde därför kunna konstateras att endast Samres kunde erbjuda vad kom-

munerna efterfrågat och likaså prissatt sitt anbud baserat på de nya krav, som länsrätten sedermera förklarade inte fick beaktas. Med hänsyn till att nämnda krav inte fick beaktas måste konstateras att anbudsgivarna lämnat pris på delvis olika tjänster och att Samres vid prissättningen lämnat pris på en dyrare tjänst än övriga anbudsgivare som inte uppfyllde kraven. Detta står i strid med gemenskapsrättens krav på transparens och likabehandling. Nämnda förhållanden förändras inte av att kommunerna därefter utsett Vikbolands Taxi och angivit att detta bolag uppfyllt de obligatoriska kraven, som inte innefattade de i december tillkommande kraven. Nämnda brott mot gemenskapsrätten, och därmed även kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU, medför att Samres har lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen bör därför rättas eller göras om.

Kommunerna har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande. I denna upphandling har kommunerna krävt att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare, inte firmatecknare. Med behörig företrädare förstås bl.a. en person med ställningsfullmakt. Niclas Aronsson har ställningsfullmakt och är därmed behörig företrädare för Vikbolands Taxi. Norrköpings kommun, upphandlingsenheten, har under årens lopp ingått många avtal och träffat andra "avtalsrättsliga överenskommelser" med Vikbolands Taxi via Niclas Aronsson. Det är således väl känt av kommunerna att Niclas Aronsson är behörig företrädare för Vikbolands Taxi. Skall-kravet avseende undertecknande av behörig företrädare är således uppfyllt. – Kommunerna har inte brutit mot sekretesslagen. Däremot har kommunerna med stöd av 1 kap. 23 § LOU bett Vikbolands Taxi att skriftligen inkomma med en förklaring av sitt orimligt låga anbudspris. Vikbolands Taxi kan på grund av detta ha gjort antaganden rörande prisnivån. – Angående att nya skall-krav som endast uppfyllts av Samres inte har fått beaktas vid utvärderingen, har kommunerna utvärderat anbuden och fattat sitt andra tilldelningsbeslut i enlighet med länsrättens lagakraftvunna dom den 13 maj 2008 i mål nr 753-08.

Samres har härefter anfört bl.a. följande. Det är ostridigt att Niclas Aronsson tidigare varit firmatecknare för Vikbolands Taxi och att han därmed varit behörig företrädare för detta bolag. Det är också ostridigt att han avgick som styrelseledamot och avregistrerades som firmatecknare flera månader innan anbudet skickades in till kommunerna den 17 januari 2008. Genom att Niclas Aronsson utträtt ur styrelsen och att Vikbolands Taxi avregistrerat honom som firmatecknare och styrelseledamot har han förlorat sin behörighet att företräda bolaget. Därmed har anbudet från Vikbolands Taxi inte undertecknats av behörig företrädare och det uppfyller därför inte skall-kravet i punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget. – Vikbolands Taxi har i tidigare åberopat yttrande uppgivit att det strax innan upphandlingen partiellt avbröts fått beskedet att det var vinnande leverantör. Det framgår således inte alls att det skulle vara någon form av antagande av Vikbolands Taxi eller spekulation rörande prisnivå. I sådant fall hade väl Vikbolands Taxi rimligen skrivit det i yttrandet. Det bör också erinras om att Kommunerna inte vid något tillfälle bestred påståendet om att Vikbolands Taxi hade fått detta besked innan upphandlingen avbröts partiellt. Även detta talar för att ett sekretessbrott begåtts, och därmed ett brott mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och objektivitet. – Kommunernas yttrande i fråga om att nya skall-krav som endast uppfyllts av Samres inte fått beaktas vid utvärderingen, måste rimligen tolkas så att kommunerna vidgår de faktiska omständigheterna som redovisats i ansökan om överprövning. Därigenom torde det vara ostridigt att endast Samres uppfyllde de nya kraven avseende Kompetens IT-funktion och Egenkontroll och likaså att anbudsgivarna lämnat pris på delvis olika tjänster. Detta torde stå i uppenbar strid med gemenskapsrättens krav på likabehandling och transparens och likaså med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Kommunerna har därefter anfört bl.a. följande. NOU anser att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga vid bedömningen av om ett upphandlingskontrakt är undertecknat av behörig företrädare. Reglerna innebär en-

ligt NOU bl.a. att en person med ställningsfullmakt kan vara behörig att underteckna kontrakt på parts vägnar och att denna princip har vidsträckt användning på ett aktiebolags personal. Även andra än bolagets firmatecknare har således makt att sluta avtal för ett bolag. I den mån den upphandlande enheten skulle ha uppställt strängare krav gäller dock dessa enligt NOU. Har den upphandlande enheten endast lämnat föreskrift om att upphandlingskontraktet ska vara undertecknat av behörig företrädare eller motsvarande, kan det enligt NOU inte innebära annat än att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga för att bedöma behörigheten. Enligt kommunerna förefaller det inte rimligt att anta att de allmänna civilrättsliga reglerna på förmögenhetsrättens område inte skulle vara tillämpliga vid bedömningen av om ett anbud är undertecknat av en behörig företrädare. Niclas Aronsson är sedan den 17 oktober 2007 anställd som företagsledare i Vikbolands Taxi. – Kommunerna vill upprepa att det inte begåtts något brott mot sekretesslagen. Vikbolands Taxi har inte av kommunerna fått något besked om att det var vinnande leverantör. Inte heller på annat sätt har kommunerna röjt något som omfattas av upphandlingssekretess. Vikbolands Taxi har endast, med stöd av lag, ombetts att inkomma med förklaring till sitt orimligt låga anbudspris.

Länsrättens bedömning

Behörig företrädare

Fråga är om Vikbolands Taxi uppfyllt det skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, punkten 6.2 i upphandlingsföreskrifterna. I punkten anges följande. Anbudsgivaren ska inlämna bifogat anbudsformulär, undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren, samt i övrigt de handlingar och uppgifter som framgår av anbudsformuläret.

För att uppfylla detta krav ska en behörig företrädare för Vikbolands Taxi ha undertecknat dess anbud. Krav på att anbudet ska ha undertecknats av firmatecknare har alltså inte uppställts.

Av utredningen framgår att Niclas Aronsson den 17 januari 2008 undertecknade Vikbolands Taxis anbud, att han inte då var men tidigare hade varit ledamot i styrelsen och firmatecknare för Vikbolands Taxi samt att han sedan den 17 oktober 2007 är anställd hos detta företag med uppgift att företräda det som företagsledare.

Det har inte framkommit skäl för annan bedömning än att det av allmänna civilrättsliga regler får anses följa att Niclas Aronsson, med hänsyn till hans ställning hos Vikbolands Taxi, varit behörig att underteckna dess anbud. Skall-kravet i punkten 6.2 i upphandlingsföreskrifterna har därmed uppfyllts. Vad Samres anfört i denna del bör därför inte medföra att kommunerna ska anses ha brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Sekretessbrott

Enligt Samres ska kommunerna under pågående upphandling ha försett den valda leverantören, Vikbolands Taxi, med information om att dess anbud var lägst, en uppgift som inte ska ha varit tillgänglig för övriga anbudsgivare. Samres har därvid hänvisat till vad Vikbolands Taxi anfört i yttrandet i länsrätten den 21 april 2008 vid förra överprövningstillfället. I yttrandet hade Vikbolands Taxi anfört: Vidare skulle slutsatsen kunna dras att upphandlingen partiellt avbröts för att Kommunerna ville ha Samres AB som leverantör och inte Vikboland, eftersom Vikboland fått besked om att de var vinnande leverantör strax innan upphandlingen avbröts.”

Mot vad Samres anfört har kommunerna invänt att någon sådan information inte lämnats till Vikbolands Taxi och att detta företag kan ha gjort antaganden rörande prisnivån efter att kommunerna begärt förklaring till lågt anbud i enlighet med 1 kap. 23 § LOU.

Kommunerna har fog för sin invändning. Vad Samres anfört i denna del bör inte medföra att kommunerna ska anses ha brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Nya krav

Samres har oemotsagt påstått att dess anbud varit högre till följd av att kommunerna lagt till nya krav avseende Kompetens IT-funktion och Egenkontroll. Det är också ostridigt att Samres anbud enligt förra tilldelningsbeslutet var det enda som uppfyllde samtliga krav. En konsekvens härav är att de olika anbudens pris inför nu aktuell utvärdering har avsett delvis olika tjänster. En utvärdering med hänsynstagande till kriteriet lägsta anbudspris måste utifrån dessa omständigheter anses stå i strid med 1 kap. 4 § LOU. Överträdelsen har medfört att Samres lidit eller kan komma att lida skada. Länsrätten finner att upphandlingen vid nämnda förhållande bör göras om.

Det kan anmärkas att denna fråga inte var föremål för länsrättens prövning vid föregående överprövning den 13 maj 2008.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att kommunernas upphandling av beställningscentral för samhällsbetalda resor (dnr UH-07-31) ska göras om. I följd härav upphör länsrättens interimistiska beslut (2008-09-04) att gälla.

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



Tomas Fredén



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

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.