



**SÖKANDE**

Constructor Sverige AB, 556275-3839  
Box 55043  
400 53 Göteborg

Ombud: Peter Larsson  
Adress som ovan

**MOTPART**

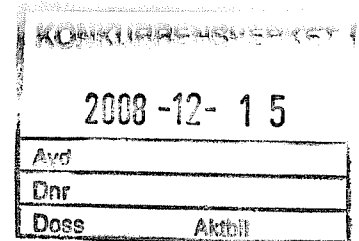
Ronneby kommun  
Kommunledningsenheten, Upphandling  
372 80 Ronneby

**ÖVERKLAGAT BESLUT**

Ronneby kommuns beslut den 10 november 2008

**SAKEN**

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



**BAKGRUND**

Ronneby kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling avseende arkivinredning. Genom tilldelningsbeslut den 10 november 2008 tilldelades NordPlan Inredningar AB (NordPlan) i Norrköping uppdraget. Efter att Constructor Sverige AB (Constructor) ansökt om överprövning av upphandlingen beslutade länsrätten den 19 november 2008 interimistiskt att upphandlingen inte fick avslutas innan annat beslut fattats av länsrätten.

**YRKANDEN**

Constructor yrkar i första hand att upphandlingen ska slutföras efter det att rättelse skett och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider yrkandena.

## PARTERNAS TALAN

Constructor anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

### *Grunder*

Constructor gör i första hand gällande att kommunen inte följt de riktlinjer som lämnats vid telefonförfrågan i trepartssamtal med Constructor med följd att Constructor uteslutits i kvalificeringsfasen. Kommunen förtydligade i samtalet hur en komplettering skulle tolkas eftersom den innehöll motsägelsefull information. Constructor yrkar att upphandlingen får slutföras efter det att kommunen rättat sin anbudsprövning på så vis att de följer de ursprungligen lämnade riktlinjerna. Om rättelse inte sker menar Constructor att kommunen brutit mot de grundläggande EG-rättsliga principerna såväl som huvudprinciperna i 1 kap. 9 § LOU och följaktligen inte kan anses agerat affärsmässigt.

Constructor gör i andra hand gällande att kommunen agerat diskriminerande eftersom även den antagna leverantören, NordPlan, inte uppfyller ställda skall-krav vad avser inredningen och därigenom brutit mot de grundläggande EG-rättsliga principerna såväl som huvudprinciperna i 1 kap. 9 § LOU, varför upphandlingen måste göras om. Nämnda brott mot LOU medför att Constructor kan komma att lida skada genom att bolaget inte erhåller avtal med upphandlande enhet.

### *Fråga om riktlinjer som lämnats vid telefonförfrågan*

Den 16 oktober 2008 utkom en komplettering till anbudsförfrågan. I inledningen sammanfattas innehållet. Bl.a. står det att "Kommunens befintliga hängmappar och handlingar i folioformat samt sekretesshandlingar (stående A4) skall placeras inbördes samlade längst bort (= del med nödutgång/stege) i lokalen. Undantag: om placeringsproblem för befintliga hängmappar uppstår kan dessa istället placeras samlade allra först i lokalen." Därefter står det under "A. Folioformat skall: 1. Placeras samlat/ej

utspritt i respektive format så att det dominerande A4-formatet (ca 2 800 hyllmeter) blir så sammanhängande som möjligt.” Detta motsäger vad som, formulerat som ett **skall**-krav, inledningsvis skrivits.

Kommunarkivarien Anders Karlsson kontaktades telefonledes för ett klargörande. Detta skedde i ett trepartssamtal i vilket Constructors representanter Magnus Friberg och Peter Lukkonen deltog. Båda Constructors representanter hävdar att de fått beskedet att det är viktigast att hålla ihop formaten och att det är naturligt att börja längst in i lokalen med stående A4.

Constructor åberopar att det som sagts i telefonsamtal ska gälla som sista kompletterande information och att tidigare skall-krav, vilka går i strid med de nya frånträtts och att upphandlingen inte utförts enligt den andemening som avses i LOU varför rättelse måste ske.

*Frågan om att antagen leverantör inte uppfyller samtliga skall-krav*

I förfrågningsunderlaget anges under 2.2 Krav på inredningen (skall-krav) punkt 6 att arbetsutrymmet mellan vagnarna ska vara 0.90 m. I ritning bifogad anbud av NordPlan framgår att andra arbetsgången från vänster är 0.80 m och således inte uppfyller skall-krav. Vidare framgår att A4-formatet inte placerats längst bort i lokalen som skall-krav i första stycket komplettering föreskriver, utan att de placerats först. Dessutom framgår att folioformatet inte placerats mellan pelare 1 och 4 som formulerats som skall-krav i kompletteringen under ”A. Folioformatet skall: .....2. Placeras .....(någonstans mellan pelare nr 1 och pelare nr 4,...)” utan placerats mellan vägg och pelare nr 1. Detta skall-krav är vidare det som Constructor inte ansetts uppfylla, eftersom man inte heller lyckats placera in folio mellan pelare 1 och 4 för att hålla ihop de olika formaten.

Man kan med fog förutsätta att även NordPlan fått informationen att det viktiga är att tillse att de olika formaten samlas efter genomgång av deras

ritning och att även de haft detta som prioritet i sin lösning varför man också gjort avsteg från skall-krav som står i direkt motsatsställning till det sist nämnda att hålla ihop formaten.

Constructor åberopar i första hand att rättelse ska ske så att bolagets skall-krav är uppfyllt i kvalificeringsfasen. I andra hand mot bakgrund av vad som anförts om att antagen leverantör inte uppfyller skall-krav på olika punkter, är varje punkt för sig skäl att anse upphandlingen felaktig eftersom skall-krav inte uppfyllts. I vart fall måste punkterna sammantagna anses som så grova att upphandlingen inte uppfyller kravet som avses i LOU om likabehandling och följaktligen inte kan anses affärsmässigt utförd eftersom NordPlan rimligen borde diskvalificerats i kvalificeringsfasen.

**Kommunen** anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

*Fråga om riktlinjer som lämnats vid komplettering och telefonförfrågan*  
För att underlätta för anbudsgivarna att lämna inredningsförslag uppmanade kommunen anbudsgivarna att beställa tid för visning av arkivlokalen. Vid en sådan visning uppkom frågor som föranledde kommunen att den 17 oktober 2008 via databasen Allegro lämna kompletteringar till det tidigare publicerade förfrågningsunderlaget. Kompletteringen innehöll bl.a. föreskrifter om att

– Kommunens befintliga hängmappar och handlingar i folioformat samt sekretesshandlingar skall placeras inbördes samlade längst bort i lokalen. Undantag: om placeringsproblem för befintliga hängmappar uppstår kan dessa istället placeras samlade allra först i lokalen.

– Folieformat skall:

1. Placeras samlat/ej utspritt i respektive format så att det dominerande A4-formatet (ca 2 800 hyllmeter) blir så sammanhängande som möjligt.
2. Placeras så långt bort i lokalen som möjligt (någonstans mellan pelare nr 1 och 4, beroende på det stående A4-formatets utbredning, se bil 2.)

Den 17 oktober 2008 blev arkivarie Anders Karlsson uppringd av en representant från Constructor som ställde en fråga om ett mått på stående A4-

format som angivits i förfrågningsunderlaget. Detta samtal resulterade i att kommunen samma dag lämnade ytterligare en komplettering via databasen Allegro. Kompletteringen bestod i ändring av det i förfrågningsunderlaget angivna måttet från ca 0,35 m till ca 0,33 m.

Constructor framförde inte under telefonsamtalet någon annan fråga som föranledde någon ytterligare komplettering avseende denna upphandling och kommunen har inte vid telefonsamtalet tillfört någon annan uppgift än de som lämnats i förfrågningsunderlaget och de till förfrågningsunderlaget gjorda kompletteringarna.

Constructor uppger i sin begäran om överprövning att Constructors båda representanter fått besked om att det är viktigast att hålla ihop formaten och att det är naturligt att börja längst in i lokalen med stående A4. I av Constructor ingivet e-brev från Peter Luukkonen till Peter Larsson skriver Luukkonen ”.....När vi sen ska placera in hyllorna blir det ganska naturligt att vi ska börja med A-4 när det står ”folioformat skall placeras så långt bort i lokalen som möjligt (någonstans mellan pelare nr 1 och pelare nr 4, beroende på de stående A4-formatets utredning).” Detta visar att Luukkonen uppfattat kompletteringen så som den är skriven av kommunen. Trots detta har Constructor placerat folioformatet längst fram i lokalen, mellan pelare nr 7 och pelare nr 5 och A4-format längst bort i lokalen mellan pelare nr 4 och pelare nr 1.

*Fråga om att antagen leverantör inte uppfyller samtliga skall-krav*

Constructor uppger att andra arbetsgången från vänster i NordPlans anbud inte uppfyller måtten i ställda skall-krav. Kommunen skriver i förfrågningsunderlaget att ”Arbetsutrymmet mellan vagnarna skall vara minst 0.90 m.” NordPlan uppfyller detta krav mellan samtliga vagnar. Arbetsgången som Constructor åberopar är inte ett arbetsutrymme mellan vagnar utan här är

det en arbetsgång mellan fasta arkivhyllor. Kommunen har inte ställt några skall-krav på mått i sådana arbetsgångar.

NordPlan uppfyller de ställda inredningskraven att folieformatet ska vara placerat längst bort i lokalen mellan pelare nr 4 och pelare nr 1, vilket framgår av ritning. NordPlan lämnar förslag på fortsatt inredning av lokalen med folieformat mellan pelare nr 1 och kvarvarande utrymme fram till den bortre väggen. Detta strider inte på något sätt mot angivna skall-krav.

**Constructor** tillägger i yttrande i huvudsak följande.

*Frågan om riktlinjer som lämnats vid telefonförfrågan*

Constructor konstaterar att kommunarkivarien Anders Karlssons minnesbild och Constructors båda representanters inte överensstämmer och att ord står mot ord i denna del.

Vad kommunen väljer att inte kommentera är att de i kompletteringen lämnade uppgifterna är motstridiga och om man följer skall-kravet enligt ingressen medför detta att det andra skall-kravet inte kunnat uppfyllas och vice versa.

Vidare redogör kommunen för Luukkonens mail där Luukkonen sökt visa de motsatsförhållande som skrivningen medför. Om man håller ihop samlingarna, vilket Luukkonen uppfattat som vägledande, och ska man börja med A4-formatet, som Luukkonen tolkar ”mellan pelare nr 1 och pelare nr 4, **beroende på de stående A4 formatets utbredning**” medför detta att man hamnar utanför spannet eftersom A4 formatets utbredning sammanhållen sträcker sig förbi intervallet mellan pelare 1 och 4. Det kan således vitsordas att Constructor inte uppfyller detta krav men har uppfattat acceptans för detta avsteg i telefonsamtalet eftersom kravets motsatsställning måste medföra någon form av avsteg.

*Frågan om att antagen leverantör inte uppfyller samtliga skall-krav*

Vad avser frågan om minsta mått 900 mm i arbetsgång så är det Constructors mening att vad som skapar en funktionalitet i kompaktsystemet är en kombination av fasta och rörliga hyllor. Om gången i systemet är placerad mellan fast hylla/fast hylla, fast hylla/rörlig hylla eller rörlig hylla/rörlig hylla så finns en arbetsmiljömässig bedömning i att man sätter gränsen minimum 900 mm. Olägenheten är inte annorlunda i något av fallen varför det som avsågs i skrivningen är korrekt tolkat av Constructor.

Folio har i NordPlans ritning benämnts L3, L4 och L5. Analyserar man utplaceringen av dessa så framgår att de till mindre än 30 % återfinns i spannet mellan pelare 1 och 4. Resterande mängd drygt 70 % har placerats mellan vägg och pelare 1. Mot denna bakgrund kan Constructor inte förstå kommunens nuvarande inställning som Constructor tolkar som att det räcker att Folioformatets utsträckning påbörjas mellan pelare 1 och 4 med vidare utsträckning utanför angivet spann. Detta har i vart fall inte framkommit i någon av kommunens skrivningar. Dock, som Constructor tidigare anfört, i förtydligande telefonsamtal skulle även denna lösning medges.

**Kommunen** har beretts tillfälle att bemöta vad Constructor tillagt.

#### UTREDNING

Av komplettering av förfrågningsunderlag avseende upphandling av ”Kompaktarkiv – fasta och mobila sektioner för arkiv”, Ronneby Kommun, framgår bl.a. följande

Kommunens befintliga hängmappar och handlingar i folioformat samt sekretesshandlingar (stående A4) skall placeras inbördes samlade längst bort (= del med nödutgång/stege) i lokalen. Undantag: om placeringsproblem för befintliga hängmappar uppstår kan dessa istället placeras samlade allra först i lokalen.

**A. Folioformat skall:**

1. Placeras samlat/ej utspritt i respektive format så att det dominerande A4-formatet (ca 2 800 hyllmeter) blir så sammanhängande som möjligt.
2. Placeras så långt bort i lokalen som möjligt (någonstans mellan pelare nr 1 och pelare nr 4, beroende på det stående A4-formatets utbredning, se bil. 2).

Ur förfrågningsunderlaget antecknas följande.

2.2. Krav på inredningen (skall-krav)

(...)

- Dimensionering: hyllorna **skall** rymma minst 3 450 hyllmeter arkivhandlingar. Delar av hyllorna i ovan **skall** inredas för:
  1. Hängmappar (liggande A4). Omfattning ca 200 hyllmeter. Antal hyllmeter i detta format **skall** anges.
  2. Folioformat (djup ca 0.4 m, höjd ca 0.6 m). Omfattning ca 50 hyllmeter. Antal hyllmeter i detta format **skall** anges.
  3. Folioformat (djup ca 0.33 m, höjd ca 0.45 m). Omfattning ca 400 hyllmeter. Antal hyllmeter i detta format **skall** anges.
  4. Återstående delar skall inredas för stående A4-format (djup ca 0.27 m, höjd ca 0.35 m). Antal hyllmeter i A4-format **skall** anges.

**DOMSKÄL**

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.

De i lagrummet angivna principerna grundar sig på de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens). Upphandlande myndighet är skyldig att beakta dessa principer oavsett om det avtal som upphandlingen i fråga avser omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på det aktuella området eller inte (jfr bl.a. EG-domstolens förhandsavgörande den 3 december 2001 i mål nr C-59/00, ”Hvidbjerg Vinduet”).

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.



Om rätten finner att det finns skäl för ingripande enligt LOU har rätten att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2005 ref. 47). Med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Regeringsrättens beslut den 11 februari 2008, mål nr 2382-06).

Av 2 kap. 8 § LOU samt förarbetena till lagen framgår att med *förfrågningsunderlag* avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Till förfrågningsunderlaget hör också handlingar som kompletterar det (se prop. 2006/07:128 s. 189).

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Utgångspunkten är dock likabehandlingsprincipen som innebär att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget dessutom vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas (öppenhetsprincipen). I samband med en översyn av bl.a. vissa bestämmelser i LOU uttalade den för ändamålet tillsatta kommittén, i anslutning till frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag med stöd av lagen, bl.a. att en ändring av förfrågningsunderlaget som bara kommer anbudsgivare till del kunde anses vara ett brott mot likabehandlingsprincipen, gentemot dem som valt att inte lämna anbud därför att det krav som ändrats var omöjligt att uppfylla (jfr SOU 1999:139 s. 85).

Det ovan anförda torde dock inte innebära att en upphandlande myndighet är förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget (jfr bl.a. Konkurrensverkets granskningsrapport "Länsrättens domar om offentlig upphandling" [2007:2], s. 58 och 61).

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten inleder med att pröva frågan om betydelsen av de riktlinjer kommunen enligt Constructor har gett vid telefonsamtal.

Constructor har påstått att kommunen i telefonsamtal till dess representanter lämnat ett besked med innebörden att det viktigaste var att hålla ihop formaten och att det är naturligt att börja längst in i lokalen med stående A4.

Av åberopat e-postmeddelande från Magnus Friberg framgår att hans uppfattning är att Constructor fick beskedet att "stående A4 SKALL placeras samlade längst bort i lokalen och därefter skall folioformaten följa". Av åberopat e-postmeddelande från Peter Luukkonen framgår att hans uppfattning är att Constructor fick beskedet att "det viktigaste var att de olika formaten ska vara för sig".

Kommunen å sin sida menar att man vid det refererade samtalet inte tillfört annan uppgift – utöver en mindre justering som sedan publicerats via databasen Allego – än vad som framgår av förfrågningsunderlag med komplettering.

Om kommunen i telefonsamtal med Constructor tillfört ett skall-krav med innebörd, som Constructor hävdar, att stående A4 ska placeras längst bort i lokalen, så hade detta enligt länsrättens mening inneburit – eftersom ändringen i sådant fall är väsentlig och inte publicerats till övriga faktiska eller potentiella anbudsgivare – ett sådant förfarandefel från kommunens sida som inte kan läkas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Kommunen skulle i sådant fall ha brutit mot såväl öppenhetsprincipen som likabehandlingsprincipen (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 augusti 2008 i mål 2016-08).

Som framgår ovan är innehållet i telefonsamtalet tvistigt. Frågan som länsrätten har att ta ställning till är om Constructor gjort sannolikt att kommunen lämnat det besked bolaget påstått. Mot att så är fallet talar det faktum att kommunen inte gjort någon komplettering i Allego i det avseende som här är aktuellt, medan kommunen dock gjort en sådan komplettering vad gäller en annan justering som ostridigt varit på tal vid telefonsamtalet. För Constructors påstående talar bl.a. de e-postmeddelanden från Magnus Friberg och Peter Luukkonen som Constructor åberopat. Sammantaget finner dock länsrätten att Constructor inte förmått göra sannolikt att kommunen gjort den påstådda kompletteringen vid telefonsamtalet.

Länsrätten övergår till att pröva frågorna kring den skriftliga komplettering av förfrågningsunderlaget som kommunen lämnat.

Constructor har gjort gällande att kommunens komplettering i Allego daterad den 16 oktober 2008 innehåller motstridiga skall-krav. Kommunen har inte närmare bemött detta påstående.

Den fråga länsrätten har att bedöma är om den aktuella kompletteringen, som länsrätten delvis citerat ovan, är så klar och tydlig att den uppfyller kraven på öppenhet och förutsebarhet i upphandlingen.

Av ingressen till kompletteringen framgår att "[k]ommunens befintliga hängmappar och handlingar i folioformat samt sekretesshandlingar (stående A4) **skall** placeras inbördes samlade längst bort (= del med nödutgång/stege) i lokalen".

Såvida inte ordet "befintliga" medför någon distinktion som i övrigt inte framgår av förfrågningsunderlaget, eller "sekretesshandlingar" utgör en särskild undergrupp inom stående A4 – vilket ligger nära till hands att anta, men inte heller framgår av förfrågningsunderlaget – är detta en uppräkningslista av samtliga format för vilka kommunen beställt hyllor. Meningen ger därmed enligt vad länsrätten förstår ingen annan information än att formaten ska vara inbördes samlade, och dessutom längst bort i lokalen.

Näst av intresse är stadgandet att folioformatet ska placeras "så långt bort i lokalen som möjligt (någonstans mellan pelare nr 1 och 4, beroende på det stående A4-formatets utbredning, se bil 2.)"

Constructor har tolkat ovanstående som att det naturliga är att börja med det stående A4-formatet längst bort i lokalen. Eftersom detta format enligt kommunens beställning utgör över 80 procent av den totala hyllängden innebär denna lösning dock att det inte är möjligt att placera folioformatet mellan pelare 1 och 4 enligt uppställt skall-krav och samtidigt hålla det stående A4-formatet samlat, vilket alltså också är ett skall-krav.

NordPlan har löst problemet genom att börja med det stående A4-formatet i andra ändan av lokalen. Denna lösning är enligt länsrättens mening inte alls uppenbar, och någon egentlig ledning ges inte av den refererade bilagan 2 till förfrågningsunderlaget. T.ex. är i NordPlans lösning folioformatets placering beroende av både det stående och det liggande A4-formatets utbredning och innebär, som Constructor framhållit, även det, att inte allt folioformat får plats mellan pelare 1 och 4, vilket är angivet som ett skall-krav.

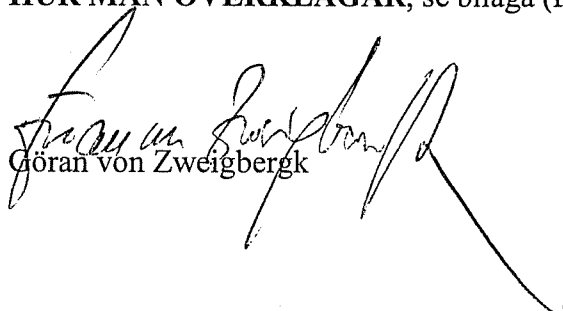
Sammantaget anser länsrätten att den aktuella kompletteringen är så oklar och inbjuder till sådana tolkningssvårigheter att förfrågningsunderlaget inte kan anses uppfylla kraven på klarhet och tydlighet, d.v.s. öppenhet, i upphandlingen. Detta har medfört att Constructor lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför.

När förfrågningsunderlaget innehåller sådana brister som angivits ovan påverkar detta det konkurrensuppsökande skedet av upphandling och möjlighet till rättelse saknas. Upphandling måste istället göras om.

#### DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

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

  
Göran von Zweigbergk

