



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande: A-M Danielsson

DOM
2009-12-11
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
1963-09 E
Rotel 1

SÖKANDE

AB Blinkfyrrar, 556194-4785
Box 154
245 22 Staffanstorp

Ombud: Advokaten Nicklas Hansson
Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Kalmar kommun, 212000-0746
c/o Fastighets- och inköpskontoret
Inköpsavdelningen
Box 902
391 29 Kalmar

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

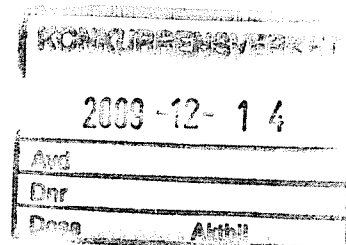
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 25 november 2009 upphör att gälla
och en ny tiodagarsfrist börjar löpa.



Dok.Id 39601

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 614 391 26 Kalmar	Smålandsgatan 28	0480-47 78 00 E-post: lansrattenikalmar@dom.se	0480-851 05	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kalmar kommun (kommunen) har genomfört en upphandling gällande vägmärken, skyltar, avstängningsmaterial m.m. I tilldelningsbeslut den 16 november 2009 har Meag Genevad AB antagits som leverantör.

AB Blinkfyrar (bolaget) ansöker om överprövning och anför följande. I upphandlingen har bolaget lämnat ett anbud i vilket man bekräftat att samtliga skall-krav uppfylls. Bekräftelsen har skett på det sätt som anbudsunderlaget stipulerar, d.v.s. genom användande av bekräftelsen (bilaga 6 till anbudsunderlaget). I anbudets löptext har dock bolaget angivit leveransvillkor som avviker från i anbudsunderlaget ställda krav. Bolagets anbud har således innehållit två mot varandra stående uppgifter och har således i denna fråga varit otydligt. Om anbud är otydliga finns risk att kommunen inte kan göra en korrekt utvärdering. Vid sådana förhållanden skulle kommunen rätteligen begära förtydligande från bolaget. En sådan begäran medför inte någon särbehandling eller konkurrensbegränsning. Genom att inte begagna sig av möjligheten i 9 kap. 8 § LOU har kommunen i upphandlingen endast haft ett anbud att utvärdera. Om möjligheten till begäran om förtydligande använts så hade åtminstone två anbud deltagit i utvärderingen varvid kommunen haft möjlighet att bättre utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns. Utnyttjande av konkurrensmöjligheter är en av grunderna för affärsmässighet. Genom att inte begära förtydligande av bolaget har kommunen inte iakttagit affärsmässighet vilket utgör ett brott mot LOU. Bolaget har vid en översiktlig genomgång kunnat konstatera att bolagets anbud syns vara mer ekonomiskt fördelaktigt än det vinnande anbudet bl.a. då offererade priser är lägre. Bolaget yrkar vidare att länsrätten omedelbart förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget yrkar slutligen att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras med beaktande av Bolagets anbud.

Länsrätten beslutade den 25 november 2009 att kommunens upphandling gällande skyltar, vägmärken, avstängningsmaterial m.m. inte får avslutas

innan rätten slutligt tagit ställning till ansöknings om överprövning eller förordnar på annat sätt.

Kommunen bestrider bolagets yrkande att upphandlingen ska rättas och yrkar att länsrätten omedelbart ska upphäva det interimistiska beslutet. Som grund härför anförs följande.

Kommunen har agerat helt i enlighet med LOU. Bolagets anbud står i strid med de ovillkorliga kvalificeringskrav (skall-krav) som kommunen uppställt i förfrågningsunderlaget och ska därför förkastas. Förutsättningar att tillåta bolaget att rätta, förtydliga eller komplettera sitt anbud har saknats. Bolagets anbud har inte varit otydligt och inte heller innehållit något fel som framstått som uppenbart för kommunen. Förtydligande eller komplettering har heller inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Under alla förhållanden har kommunen inte varit skyldig att bereda bolaget möjlighet att rätta, förtydliga eller komplettera sitt anbud. Då bolagets ansökan om överprövning uppenbart saknar grund och då en försening av den aktuella upphandlingen medför stora olägenheter för kommunen bör länsrättens interimistiska beslut omedelbart upphävas.

Under rubriken *Alternativa anbud* i förfrågningsunderlaget anges följande.

”Alternativa anbud och *reservationer accepteras ej*
(Kommunens kursivering).”

Under rubriken *Kvalificeringsfas* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

”Anbudsunderlaget innehåller ett antal skall-krav.
Skall-kraven som är obligatoriska och ingår i kvalificeringsfasen skall vara besvarade och uppfyllda för att anbudet skall kunna gå vidare till utvärdering (Kommunens kursivering).”

Under rubriken *Leveransvillkor* i förfrågningsunderlaget anges följande skall-krav:

”Fritt levererat vid ordervärde över 4 000 kronor på leverantörens sortiment. DDP enligt Incoterms 2000,

inklusive lossning skall gälla. Det vill säga leverantören står för samtliga kostnader och risker, tills godset överlämnats till beställaren för anvisad varumottagningsplats.”

Det är riktigt som bolaget uppgett, att bolaget fyllt i bilaga 6 och i denna bekräftat att samtliga skall-krav är uppfyllda. Helt klart är emellertid att bolaget de facto inte uppfyllt samtliga skall-krav och att uppgiften i bilaga 6 därmed är oriktig. Bolaget har nämligen uttryckligen reserverat sig mot skall-kravet under rubriken *Leveransvillkor*. Bolaget har i sitt anbud angett följande.

Leveransvillkor:

Fritt fabrik/vårt lager. Vid order över 4000:- fritt resp. kommun, DDP enligt Incoterms 2000 inkl. lossning.

Gäller ej betongvaror, rör, fackverk, vägmärkesvagnar, belastningar TMA-Skydd och skyddsbarriärer. (Kommunens kursivering)”

Det är ostridigt i målet att betongvaror, rör, fackverk, vägmärkesvagnar, belastningar TMA-Skydd och skyddsbarriärer omfattas av upphandlingen. Det är vidare, såvitt kommunen förstår bolagets talan, ostridigt i målet att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt. Att anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav ska förkastas följer av väl etablerad praxis. Även av EG-rättslig praxis framgår att anbud som innehåller reservationer inte får utvärderas. Det kan konstateras att det följer av såväl svensk som EG-rättslig praxis att ett anbud innehållande reservationer ska förkastas. Redan av denna praxis följer således att kommunen förfarit korrekt när kommunen förkastat bolagets anbud. Bolaget gör emellertid gällande att kommunen skulle ha varit skyldig att tillåta bolaget att på något sätt läka bristen i sitt anbud.

Angående möjligheter till rättelse

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller annat uppenbart misstag i anbudet. Det är ostridigt att kommunen inte tillåtit bolaget att rätta sitt anbud. För att rättelse överhuvudtaget ska kunna komma

ifråga fordras alltså att det rör sig om ett *uppenbart* fel eller misstag. Bolagets reservation kan inte anses vara ett sådant uppenbart fel eller misstag utan synes snarast vara en högst medveten och kostnadsbesparande reservation. I lagbokskommentaren till "gamla LOU" [Lag (1992:1528) om offentlig upphandling] stadgas i kommentaren till bestämmelsen följande:

"Ledning vid tolkning av första stycket kan fås av 32 § AvtalsL. I ordet "uppenbar" torde ligga bl.a. att den upphandlande enheten insett eller borde ha insett misstaget." (Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, sid. 185 f.)

Kommunen har inte insett, och borde inte heller ha insett att reservationen i bolagets anbud var ett sådant uppenbart fel eller misstag.

I lagbokskommentaren till "nya LOU" stadgas att den aktuella bestämmelsen:

"...måste tillämpas restriktivt..."

Det står således helt klart att det inte skulle ha varit tillåtet för kommunen att tillåta rättelse av anbudet. Under alla förhållanden kan konstateras att en upphandlande myndighet inte är skyldig att tillåta rättelse av fel. Denna slutsats påverkas inte på något sätt av att endast ett anbud återstått efter det att de anbud som stod i strid med förfrågningsunderlaget förkastats.

Angående möjligheter till förtydligande

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet *får* tillåta en anbudsgivare att förtydliga sitt anbud om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En första förutsättning för att förtydligande ska vara tillåtet är att anbudet faktiskt är otydligt. Bolagets anbud är emellertid på intet sätt otydligt. Av anbudet framgår klart och tydligt att Blinkfyrrar reserverat sig mot det aktuella skall-kravet. Det förhållandet att bolaget lämnat en generell bekräftelse på att samtliga skallkrav är uppfyllda (vilket helt klart inte är fallet) saknar betydelse i detta sammanhang. Om bolagets agerande i denna del beror på att bolaget inte läst förfrågningsunderlaget ordentligt eller på att bolaget medvetet lämnat oriktiga uppgifter i anbudet kan kommunen endast spekulera i. Oavsett

orsaken till att bolagets anbud utformats på det sätt som skett står helt klart att anbudet inte uppfyller ställda krav. Detta särskilt som reservationen är specifik och den aktuella bekräftelsen endast gett i generella termer. Ett förtydligande skulle dessutom ha inneburit en risk för särbehandling och konkurrensbegränsning. Andra anbudsgivare har givetvis inte kunnat förutse att kommunen skulle tillåta anbudsgivarna att "chansa" genom att reservera sig mot skall-krav och tillåtas frånfalla sådana reservationer om de upptäcktes av kommunen. Av lagbokscommentären (Lag om offentlig upphandling – en kommentar, Falk, 2009, sid. 268) framgår att även denna bestämmelse ska tillämpas restriktivt. Under alla förhållanden kan konstateras att en upphandlande myndighet inte är skyldig att begära förtydligande, särskilt om den upphandlande myndigheten inte uppfattat anbudet som otydligt, vilket kommunen inte gjort. Ovanstående slutsatser påverkas inte på något sätt av att endast ett anbud återstått efter det att de anbud som stod i strid med förfrågningsunderlaget förkastats.

Angående möjligheter till komplettering

Enligt 9 kap 8 § andra stycket LOU får en upphandlande enhet även begära att ett anbud kompletteras om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I detta sammanhang vill kommunen framhålla att samma regler givetvis gäller frånfallande av uppgifter i ett anbud som för tillförandet av nya. Bolaget har emellertid ingett ett anbud som inte uppfyller de ovillkorliga kvalificeringskrav som uppställts i upphandlingen genom att reservationer lämnats gentemot delar som uttryckligen omfattas av upphandlingen. Det är inte tillåtet för en upphandlande enhet att tillåta kompletteringar avseende ovillkorliga kvalificeringskrav (eller frånfallande av reservationer) ens i förhandlande upphandlingar, se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 328-05 för vilken Regeringsrätten inte meddelade prövningstillstånd. Se även Länsrätten i Hallands läns dom i mål nr 2009-06. Noteras bör i detta sammanhang att den aktuella upphandlingen genomförts som ett öppet förfarande där förhandlingar inte är tillåtna. Det kan konstateras att det följer av såväl praxis som doktrin att kompletteringar såsom den aktuella inte är tillåtna. Under alla förhållanden har kommunen inte varit skyldig att tillåta bolaget att komplettera sitt anbud. Ovanstående

ende slutsatser påverkas inte på något sätt av att endast ett anbud återstår efter det att de anbud som stod i strid med förfrågningsunderlaget förkastats.

Länsrätten har i beslut den 30 november 2009 avslagit kommunens yrkande om upphävande av det interimistiska beslutet den 25 november 2009.

Bolaget uppger följande. Det kan konstateras att det mellan parterna är ostridigt att anbud som inte uppfyller i ett förfrågningsunderlag ställda kvalificeringskrav kan förkastas, såvitt ställda krav är tillåtna enligt LOU och de bakomliggande principerna om öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Kommunens resonemang rörande uppfyllande av kvalificeringskrav saknar dock relevans för den bedömning som länsrätten har att göra då rättsfrågan i målet inte rör huruvida Blinkfyrar uppfyller ställda kvalificeringskrav eller inte. Bedömningen huruvida en leverantör accepterar uppställda krav på leveransvillkor är inte en omständighet som hör hemma i kvalificeringsfasen. Blinkfyrar uppfyller de ställda kvalificeringskraven. De leveransvillkor som uppställts som krav är i själva verket en del i beskrivningen av vilka varor och tjänster som upphandlas. Bedömningen av frågan huruvida anbudsgivares anbud uppfyller kravet enligt denna beskrivning sker inte i kvalifikationsfasen. Rättsfrågan som länsrätten har att ta ställning till är huvuvida den upphandlande enheten bort begära förtydligande av Blinkfyrars anbud som innehåller motstående uppgifter rörande föremålet för upphandlingen; allt i syfte att uppfylla kravet på affärsmässighet i vilket ingår ett krav på utnyttjande av befintlig konkurrens (som alljämt är en grundläggande princip, se prop. 2006/07:128 s. 155-156). Blinkfyrar vidhåller att anbudet som lämnats in är otydligt eftersom det innehåller två mot varandra stående uppgifter som accept av leveransvillkor. Således har kommunen inte kunnat avgöra om Blinkfyrar de facto lämnat ett anbud på det som efterfrågas. I syfte att upprätthålla konkurrens i upphandlingen borde kommunen begagnat sig av möjligheten att begära förtydligande. Kommunen skulle på detta sätt ha agerat affärsmässigt. De motstående uppgifterna i Blinkfyrars anbud utgör inte en reservation. Blinkfyrar har bekräftat att redovisade skall-krav upp-

fills i den för ändamålet anvisade bekräftelsen. Under alla omständigheter skulle de i förfrågningsunderlaget uppställda leveransvillkoren återspeglas i det avtal som ska ingås med antagen leverantör. Det är mot denna bakgrund inte korrekt att ett förtydligande av Blinkfyrars anbud skulle innebära en otillåten särbehandling till övriga anbudsgivares nackdel. Kommunens resonemang och hänvisning till praxis rörande rätt för upphandlande enheter att förkasta anbud som inte uppfyller ställda krav saknar betydelse i målet. Den EG-rättsliga praxis som åberopas (C243/89 och C-87/94) avser fördragsbrott då upphandlande enheter i Danmark respektive Belgien bl.a. antagit anbud som de facto avvikit från uppställda krav. I förevarande mål är det fråga om vilken skyldighet en upphandlande enhet har att – i syfte att upprätthålla konkurrens och affärsmässighet i upphandlingen – utreda huruvida ett anbud lämnats på vad som efterfrågas eller inte.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Av andra stycket framgår att 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.

Länsrättens bedömning

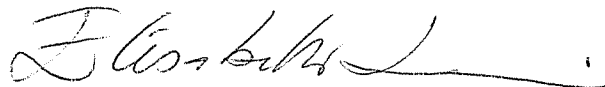
Anbudsgivare ska behandlas objektivt i enlighet med likabehandlingsprincipen. Upphandlande enhet får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Prövning får inte heller ske mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget. Utrymmet för den upphandlande enheten att begära förtydliganden och kompletteringar är begränsad och får endast förekomma om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Någon tvingande regel om att en upphandlande enhet måste ge möjlighet till detta finns inte även om det skulle främja konkurrensen.

Det är ostridigt att bolaget i sitt anbud uppgivit leveransvillkor som avviker från i förfrågningsunderlaget ställda krav. Genom att bekräfta att samtliga i anbudsfrågan ställda skall-krav har uppfyllts anser bolaget att anbudet varit otydligt och att kommunen borde ha begärt förtydligande eller komplettering.

Bolaget har i sitt anbud uppgivit sina leveransvillkor med tillägg "Gäller ej betongvaror, rör, fackverk, vägmärkesvagnar, belastningar TMA-skydd och skyddsbarriärer". Enligt länsrättens bedömning har bolaget i sitt anbud klart och tydligt uppgivit leveransvillkoren. Det har inte funnits någon anledning för kommunen att begära ett förtydligande. Att bolaget ändå på bilagan "Bekräftelse skall-krav" kryssat ja för att "Samtliga i anbudsfrågan ställda skall-krav uppfylles" medför inte att ett förtydligande krävts då texten i anbudet klart anger bolagets leveransvillkor. LOU medger inte att den upphandlande myndigheten företar egna undersökningar. Grundregeln är att anbudsgivare som inte uppfyller skall-kraven ska uteslutas.

Länsrätten finner mot bakgrund av det sagda inte anledning att ingripa mot upphandlingen.

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



Elisabeth Lewin

rådman



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 offentlig part 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.