

**LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN**

Henrik Lindblom

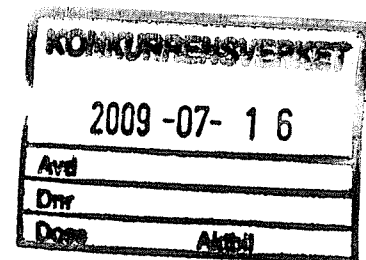
DOM
2009-07-15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1737-09 E
Rotel 7

SÖKANDE

Renhållarna i Östergötland AB, 556690-4180
Högstad
610 28 Vikbolandet

Ombud: Sofia Mårtensson och Jessica Eijvergård
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

2. Linköpings kommun
581 81 Linköping

3. Norrköpings kommun
Upphandlingsenheten
601 81 Norrköping

Ombud: Advokaten Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

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

Landstinget i Östergötland, Linköpings kommun samt Norrköpings kommun (Kommunerna) genomför upphandling av Beställningscentral för samhällsbetalda resor UH-09-2. Kommunerna har i tilldelningsbeslut den 25 maj 2009 fattat beslut om att anta bud från Samres AB. Upphandlingen är genomförd enligt reglerna om förenklat förfarande.

Renhållarna i Östergötland AB (nedan Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, in-

Dok.Id 79953

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

nebärande att Samres anbud ska förkastas och att en ny utvärdering av anbuderna ska genomföras varvid Bolaget ska tilldelas kontraktet.

Kommunerna yrkar att Bolagets talan ska lämnas utan bifall. Kommunerna har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och har inte heller överträtt någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Skulle det i något avseende föreligga sådant brott, är det inte av beskaffenhet att kunna medföra skada eller risk för Bolaget.

Länsrätten har den 4 juni 2009 beslutat att kommunerna inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 8 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. – 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.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett

åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. 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.

Av *Upphandlingsföreskrifter – beställningscentral samhällsbetalda resor* framgår bl.a. följande.

I punkten 5.4 *Reservationer* anges att anbuden ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Vidare anges att reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud inte accepteras.

I punkten 5.5 *Giltighetstid* anges att anbuden ska vara giltiga till och med den 14 oktober 2009.

I punkten 7.0 *Anbudstidens utgång* anges att anbuden ska vara Upphandlingsenheten tillhanda senast den 20 april 2009.

Av *Anbudsformulär* framgår bl.a. följande.

I punkten 2.2 *Krav på teknisk förmåga och kapacitet* anges bl.a. att anbudsgivaren ska ha en teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet som är godtagbar för genomförandet av aktuellt uppdrag.

I punkten 3.1 *Krav på acceptans av bilaga "Avtalsförlaga"* anges att anbudsgivaren ska acceptera samtliga villkor avtalsförlagan.

Av punkten 16.5 *Avtalsförslagan* framgår bl.a. att parterna äger rätt att omförhandla avtalet om uppdraget väsentligen förändras vad gäller de antaganden som avtalets ersättningar grundar sig på, mellan aktuellt avtalsår jämfört med föregående avtalsår.

Parternas argumentation

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget uppställt krav om att anbud som lämnas i upphandlingen ska vara giltiga t.o.m. den 14 oktober 2009. Samres anbud är endast giltigt t.o.m. den 30 september 2009. – Samres har i sitt anbud även lämnat en reservation som innebär att Samres, för det fall Samres tilldelas kontraktet ifråga, inte står fast vid sitt anbud och att Samres omedelbart kommer att kräva att detta omförhandlas. Samres reservation innebär att Samres inte accepterar det av kommunerna ställda obligatoriska kravet på acceptans av avtalsförslagan. – Det kan härutöver noteras att Samres den 24 april 2009 i brev till kommunerna ”rättat en uppenbar felskrivning” i det anbud som lämnats. Samres anger att vad Samres angivit i dess anbud angående omförhandling visserligen inte innebär någon reservation eller avvikelse från anbudsförutsättningarna, men att den ändå är en uppenbar felskrivning som Samres genom sitt brev rättar. Samres anger vidare att nämnda text ska strykas från anbudet. Samres reservation är inte en uppenbar felskrivning som kan rättas enligt LOU. Vad Samres istället gör genom nämnda brev är att ta tillbaka i anbud lämnad reservation. Detta är inte möjligt. – Kommunerna har i förfrågningsunderlaget angivit de kvalificeringskrav som ställts på anbudsgivarna. Ett sådant krav är att anbudsgivare ska ha för uppdraget godtagbar teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet samt att detta ska styrkas genom lämnande av referenser. De referenser som Samres har lämnat till styrkande av att här aktuellt krav uppfylls kan inte rimligen styrka påstådd godtagbar teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet. – På så sätt som ovan angivits har kommunerna brutit mot de grundläggande prin-

ciperna om framförallt likabehandling, förutsägbarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Till följd av de felaktigheter som har begåtts i upphandlingsförfarandet kommer bolaget att lida skada.

Kommunerna genmäler bl.a. följande.

Påståendet att Samres anbuds giltighetstid inte uppfyller kravet i upphandlingsföreskrifterna

I upphandlingen användes ett webbaserat upphandlingsstöd som tillhandahålls av företaget e-Avrop AB. Detta innebär i korthet att den upphandlande myndigheten i samband med annonseringen lägger in alla grunduppgifter om upphandlingen i webbtjänsten och genom denna också tillhandahåller och publicerar all dokumentation. Leverantörer tar sedan del av dokumentationen direkt i webbtjänsten eller genom annan förmedlare (t.ex. OPIC AB). Förfrågningsunderlaget skickades alltså inte till leverantörerna per post, utan laddas ned direkt via Internet. – Samtidigt som upphandlingen utannonserades publicerade Kommunerna det kompletta förfrågningsunderlaget i webbtjänsten. Häri ingick bl.a. dokumentet *Upphandlingsföreskrifter*. Av punkten 5.5 i föreskrifterna framgår uttryckligen att anbud ska vara giltiga till den 30 september 2009. Det är ostridigt att Samres i sitt anbud angett att det gäller till och med nämnda datum. Därmed är Bolagets påstående att anbudet inte uppfyllt giltighetskravet felaktigt. – Bolaget har i målet givit in en annan version av upphandlingsföreskrifterna. I den versionen anges i punkten 5.5 att anbud ska vara giltiga till och med den 14 oktober 2009. Förklaringen till detta är följande. Under pågående anbuds-tid skickade Samres den 1 april 2009 ett e-postmeddelande till Kommunernas upphandlingsenhet och påtalade att den uppgift om viss samordningsvinst som lämnats i förfrågningsunderlaget och som låg till grund för anbudsgivningen var felaktig. Sedan Kommunerna kontrollerat uppgiften uppdagades att samordningsvinsten hade angivits med ett om cirka 1 100 000 kr för högt belopp. Denna felaktighet i förfrågningsunderlaget

föranledde Kommunerna att korrigera uppgiften i anbudsformuläret samt att förlänga anbudstiden med 14 dagar till den 20 april 2009, i syfte att ge anbudsgivarna tillfälle att i förekommande fall anpassa sina anbud efter den ändrade förutsättningen. Korrigeringen i anbudsformuläret kungjordes via det webbaserade upphandlingsstödet den 3 april 2009, varigenom samtliga deltagande leverantörer underrättades via sina angivna e-postadresser. Varken i detta meddelande eller i något annat som har skickats ut efter annonseringen, har Kommunerna ställt krav på att anbudens giltighetstid skulle förlängas. På grund av vissa förberedda kopplingar mellan grunduppgifter och dokumentinnehåll i den webbaserade upphandlingstjänsten, har tidigare angivet datum för anbudens giltighetstid i det elektroniska dokumentet *Upphandlingsföreskrifter* automatiskt utsträckts med 14 dagar. Detta har aldrig avsetts av Kommunerna och förtar naturligtvis inte giltigheten av de krav som ursprungligen angivits i förfrågningsunderlaget och som aldrig ändrats genom meddelande till deltagande leverantörer. Den av Bolaget ingivna versionen av upphandlingsföreskrifterna publicerades först den 3 april 2009, alltså lång tid efter annonseringen av upphandlingen och precis innan den ursprungliga anbudstiden löpte ut. Det kan antas att ingen leverantör tagit del av versionen under själva anbudstiden, eftersom förfrågningsunderlaget laddas ned i anslutning till annonseringen. Till yttermera visso har inget av de inkomna anbudena angivet en giltighetstid till den 14 oktober 2009.

Påståendet att Samres anbud innehåller "otillåten reservation/orent anbud"

Bolaget har i sin ansökan om överprövning citerat en formulering från Samres anbudsbrief. Bolaget gör gällande att formuleringen innefattar en reservation eller att det är fråga om ett "orent anbud". Det är oklart vad som härmed avses, men det får antas att det är reservation som åsyftas. – Påståendet är felaktigt och saknar stöd. Det framgår redan av ordalydelsen i den åberopade formuleringen att det inte är fråga om en reservation. Sam-

res aviserar tvärtom endast att man avser att i visst fall använda sig av en rättighet (att påkalla förhandling under avtalstiden) man har enligt det avtal som ingår i förfrågningsunderlaget, alltså helt i enlighet med de villkor som Kommunerna uppställt. Formuleringen bekräftar sålunda att Samres accepterar avtalsvillkoren. – Mer anmärkningsvärt är att Bolaget i sin ansökan om överprövning påstår att ”reservationen innebär att Samres, för det fall bolaget tilldelas kontraktet i fråga, inte står fast vid sitt anbud”. Påståendet är direkt felaktigt, eftersom något sådant överhuvudtaget inte angetts i Samres anbud. Inte heller kan det som angivits utläsas på sådant sätt. – Bolaget har även noterat att Samres i brev till Kommunerna den 24 april 2009 rättat en uppenbar felskrivning och har för egen del gjort gällande att detta inte varit möjligt. Bolaget har emellertid missförstått bakgrunden till rättelsen och frågan saknar hursomhelst relevans i förevarande mål. Detta eftersom rättelsen avser den skrivning som Bolaget påstår utgör en reservation och som fanns med i Samres ursprungliga anbud. Detta anbud lämnades in innan det att Kommunerna gjorde korrigeringen avseende samordningsvinsten. Efter korrigeringen och den med anledning härav utsträckta anbudstiden, återkallade Samres sitt redan ingivna (men ännu ej öppnade) anbud och skickade in ett nytt. Det nya anbudet baserades på de rättade förutsättningarna beträffande volymer och samordningsvinster. Detta nya anbud är det som i vissa delar ingivits som bilaga 3 till ansökan om överprövning. Samres har förklarat att man i förbiseende missat att vid ingivande av det nya anbudet ta bort den aktuella skrivningen om felaktiga förutsättningar på sidan 3 i anbudsskriften. Det var alltså fråga om en uppenbar felskrivning. Frågan var hursomhelst överspelad efter Kommunernas komplettering av förfrågningsunderlaget den 3 april 2009. Frågan saknar dessutom betydelse för de frågor som ska prövas i förevarande överprövning.

Påståendet att Samres inte har godtagbar teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet och därmed inte uppfyller kvalificeringskraven

Kommunerna tillbakavisar påståendet och får för egen del framhålla att Samres med mycket god marginal uppfyller kvalifikationskraven. – I det aktuella uppdraget ingår flera delar, såsom exempelvis beställningsmottagning, kundtjänst, trafikledning, schemaläggning av fordon, uppdatering av adressregister, tillhandahållande av statistik m.m. Kommunernas samlade bedömning är att Samres utfört dessa uppdrag på ett professionellt och tillfredsställande sätt. Kommunerna anser att Samres har stor kunskap inom området. – Tilläggas kan att det regelbundet förekommer kritik från användare av beställningscentraler. Det ligger i sakens natur och medför inte att leverantören saknar godtagbar teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet. Kvalifikationskraven utgör en lägsta acceptabel tröskel för den upphandlande myndigheten och förutsätter inte att anbudsgivaren i sin tidigare verksamheten helt undgått kritik. Kommunerna har i utvärderingen bedömt de referenser som Samres åberopat och funnit att de med god marginal uppfyller ställda kvalifikationskrav. Det torde för övrigt knappast ankomma på förvaltningsdomstol att pröva de närmare detaljerna i en sådan bedömning. – Sammantaget ger vad Bolaget anfört inget stöd för att Samres inte skulle ha uppfyllt de aktuella kvalificeringskraven.

Bolaget genmäler bl.a. följande.

Samres anbuds giltighetstid uppfyller inte kravet i upphandlingsföreskrifterna

Kommunerna har i yttrande angivit en förklaring till varför Samres inte uppfyller kravet. Det är givetvis olyckligt för Samres att bolaget inte har uppmärksammat Kommunernas nya föreskrifter, men det innebär inte att Kommunerna, i strid med likabehandlingsprincipen, kan bortse från detta krav i förhållande till Samres. – Kommunerna är ansvariga för det förfrågningsunderlag de publicerar och det åligger anbudsgivarna att tillse att de-

ras anbud upprättas i enlighet därmed. Kommunerna har korrigerat och uppdaterat förfrågningsunderlaget samt informerat samtliga deltagande anbudsgivare därom. Huruvida Kommunerna i samband med uppdateringen av förfrågningsunderlaget faktiskt har avsett att korrigera även giltighetstiden för anbuden saknar relevans i målet. Inte heller har det någon betydelse huruvida Kommunerna i det meddelande som skickades ut till de deltagande anbudsgivarna om den ändrade förutsättningen avseende samordningsvinst eller i något efterföljande meddelande särskilt har påpekat det justerade kravet avseende anbuds giltighetstid. Avgörande är istället att en sådan förändring i förfrågningsunderlaget de facto har genomförts och att Samres anbud inte uppfyller detta krav. – Kommunerna anför att det kan antas att ingen leverantör har tagit del av det nya förfrågningsunderlaget under anbudstiden. Detta är inte korrekt. Visserligen laddas förfrågningsunderlaget ner i samband med annonseringen, men detsamma gäller givetvis i samband med att underrättelse lämnas om ändring i förfrågningsunderlaget. Bolaget har således utgått från detta, uppdaterade, förfrågningsunderlag och de däri angivna förutsättningarna vid upprättandet av sitt anbud och har lämnat ett anbud vars giltighetstid uppfyller däri ställt krav. Motsvarande måste antas gälla för övriga anbudsgivare. Att bortse från kravet avseende anbudens giltighetstid skulle således stå i strid med likabehandlingsprincipen. – Bolaget menar således att det givetvis är det av Kommunerna senast publicerade förfrågningsunderlaget som är det gällande, varför Samres anbud måste förkastas. För det fall länsrätten trots detta skulle finna att Samres anbud inte kan förkastas med hänvisning till bristande uppfyllande av kravet om giltighetstid, står det i vart fall klart att detta krav har tillämpats av Kommunerna på ett sätt som står i strid med kravet på transparens, öppenhet och förutsebarhet. Kommunerna har inte angett i det uppdaterade förfrågningsunderlaget eller i de underrättelser som lämnats därom att anbudsgivare inte behövde uppfylla det uppdaterade kravet avseende anbudens giltighetstid. Bolaget gör vidare gällande att Kommunerna, då de har medgivit en kortare giltighetstid för Samres anbud

än för övriga anbudsgivare, inte har tillämpat likvärdiga villkor för samtliga anbudsgivare och att upphandlingen därför – för det fall länsrätten finner att upphandlingen inte ska rättas i enlighet med Bolagets förstahandsyrkande – måste avbrytas och göras om.

Samres anbud innehåller en otillåten reservation/är ett orent anbud

Kommunerna har anfört att det är oklart vad Bolaget avser med ”orent anbud”. Bolaget får till bemötande härav anföra följande. Med orent anbud avses att Samres i sitt anbud angivit att bolaget omedelbart kommer att begära omförhandling av upphandlingens kontraktsvillkor för det fall de erhåller uppdraget. Samres anbud har således inte lämnats i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget och anbudet kan inte utvärderas och på ett rättvisande sätt jämföras med övriga anbudsgivares anbud. – Det kan också noteras att Avtalsförslagets punkt 16.5 avser omförhandling av avtalet om väsentliga förändringar av förutsättningarna inträffar mellan olika avtalsår – det vill säga bestämmelsen kan tidigast återopas ett år efter avtalstecknande. – Samres är således enligt sitt anbud inte berett att träffa avtal på de villkor som anges i förfrågningsunderlaget eller ingivet anbud. Genom att godta Samres anbud har Kommunerna accepterat att Samres begärt omförhandling av priserna redan före det att upphandlingskontraktet tecknats. Pris ska utvärderas i upphandlingen och utvärderingen av de inkomna anbuden blir givetvis inte rättvis om en av leverantörerna har angivit att deras priser kommer att omförhandlas så snart utvärderingen är genomförd. – Huruvida Samres vid tidpunkten för ingivandet av deras ”nya” anbud, måhända av misstag, har underlåtit att ta bort den skrivning som ”rättelsen”, som Kommunerna uttrycker det, avser, saknar betydelse i målet. Det åligger Samres att tillse att dess anbud - vid anbudstidens utgång - uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav och att detta har utformats i enlighet därmed. Samres anbud ska därför förkastas. – Det ska noteras att ”rättelsen” har lämnats av Samres den 24 april 2009, alltså efter anbudstidens utgång den 20 april 2009 och efter det att anbuden öppnats av kommunerna. Detta

innebär att Kommunerna, som vid sin kvalificering och utvärdering har haft att utgå från de anbudshandlingar som har lämnats inom anbudstiden, inte har haft möjlighet att beakta ”rättelsen”. Bolaget menar att Kommunernas agerande i upphandlingen är anmärkningsvärt

Samres uppfyller inte ställda krav – åberopande av annans kapacitet

Såväl av lagtext som av EG-rättslig praxis framgår att en anbudsgivare har rätt att åberopa kapacitet hos en tredje man, men att anbudsgivaren då måste visa att han faktiskt förfogar över resurser hos denna tredje man, som är nödvändiga för att uppfylla kontraktet (jfr EG-domstolens avgöranden i mål C-176/98 och C-389/92 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 1430-05). – Av förfrågningsunderlaget, dokumentet ”Bemanningsplan”, framgår att anbudsgivare ska ha en personalbesättning och sammansättning som klarar att uppfylla ställda krav och bedöms lämpad för uppdraget. I Samres anbud och därtill fogade bilagor anges att företaget tillsammans med dotterbolag i Moldavien och Estland har cirka 350 anställda. Det anges vidare att Samres genom sina utlandsetableringar bl.a. kan erbjuda ett konkurrenskraftigt pris. Samres åberopar således andra företags kapacitet i sitt anbud, nämligen i vart fall dess dotterbolag i Moldavien och Estland. Samres har i upphandlingen emellertid inte visat att man förfogar över resurserna/kapaciteten hos de dotterbolag/koncernbolag som det hänvisas till. Således har Samres inte genom sitt anbud uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav avseende bemanningsplan, personalbesättning och sammansättning.

Kommunerna genmäler bl.a. följande.

Påståendet att Samres anbuds giltighetstid inte uppfyller kravet i upphandlingsföreskrifterna

En anbudsgivare är självklart berättigad att förlita sig på att det tillhållna förfrågningsunderlaget gäller, i förekommande fall med de ändring-

ar som särskilt meddelas av den upphandlande myndigheten därefter. Om däremot Bolagets inställning i denna fråga skulle upprätthållas av domstolarna, skulle det medföra att en anbudsgivare skulle vara skyldig att på eget initiativ, ända fram till och med sista anbudsdag, kontrollera att det inte gjorts några ändringar i förfrågningsunderlaget, alldeles oavsett om det aviserats någon ändring eller ej. En sådan ordning vore inte bara direkt olämplig, den vore dessutom helt oförenlig med de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. – Mot bakgrund härav och vad som tidigare anförts i denna del kan den av misstag och per automatik gjorda ändringen i det digitala dokumentet, varken berättiga eller förpliktiga Kommunerna att förkasta ett ingivet anbud som, helt i enlighet med det tillhandahållna förfrågningsunderlaget och efterföljande underrättelser från Kommunerna, var gällande till och med den 30 september 2009. – Bolaget hävdar - utan att anföra några sakliga skäl härför - att ”det givetvis är det av Kommunerna senast publicerade förfrågningsunderlaget som är gällande”. Kommunerna bestrider att det skulle förhålla sig på detta sätt. Det är upphandlingsrättsliga principer och föreskrifter som är avgörande för prövningen av om Kommunerna har varit skyldiga att förkasta Samres anbud, inte några andra eventuella regler om olika handlingars inbördes prioritet. – Bolaget påstår vidare att Kommunerna skulle ha medgivit en kortare giltighetstid för Samres än för övriga anbudsgivare. Även detta påstående är felaktigt, eftersom det i upphandlingen inte har ställts andra krav avseende giltighetstiden än att anbuden ska vara gällande till den 30 september 2009. Kravet har uppfyllts av Samres och av andra anbudsgivare. – Kommunerna anser slutligen att den åtgärd som Bolaget yrkar - att förkasta Samres anbud på den här aktuella grunden - under alla omständigheter går långt utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. En sådan åtgärd skulle därför stå i rak strid med proportionalitetsprincipen. Även om det alltså vore så som Bolaget påstår, att det under den avslutande tvåveckorsperioden av anbudstiden skulle ha gällt ett krav på giltighetstid som sträckte sig 14 dagar längre än det som meddelats anbudsgivarna,

är det uppenbart att denna skillnad är helt obetydligt i sammanhanget och inte har varit ägnad att i någon som helst mån inverka på det materiella innehållet i anbudet.

Påståendet att Samres anbud innehåller "otillåten reservation/orent anbud"

Samres har endast utnyttjat den rätt att omförhandla avtalet under vissa förutsättningar som ingår i förfrågningsunderlaget. Den aktuella skrivningen är ingen reservation och utgör inte heller något "orent anbud", såvitt bekant en okänd rättsfigur i svensk rätt. Skrivningen har inte heller någon som helst inverkan på anbudsutvärderingen, eftersom Samres i full omfattning är bundet av bl.a. de priser som offereras i anbudet. Samres anbud är således bindande helt i enlighet med de krav och villkor som gäller för upphandlingen. Den aktuella skrivningen är i vilket fall, som tidigare anförts, helt överspelad efter Kommunernas rättelse den 3 april 2009. – Bolaget påstår att den aktuella omförhandlingsklausulen tidigast kan åberopas ett år efter avtalstecknande. Påståendet är felaktigt och saknar stöd. En annan sak är att en eventuell omförhandling kan resultera i anpassning av avtalsvillkoren först vid en senare tidpunkt. I sammanhanget kan också framhållas, att en begäran om omförhandling inte innebär att det kommer att ske någon ändring i avtalade villkor. En omförhandlingsrätt medför endast en skyldighet för motparten att lojalt delta i förhandlingar, men inte någon skyldighet att acceptera en föreslagen ändring. Den upphandlande myndigheten är oförhindrad att neka villkorsjustering, exempelvis med hänvisning till upphandlingsrättsliga regler. – Bolaget tycks för övrigt ha missförstått innebörden i rättelseinstitutet, såtillvida att rättelse enligt Bolagens uppfattning bara skulle vara möjlig innan anbudstidens utgång. Så är inte fallet. Fram till anbudstidens utgång disponerar ju anbudsgivaren helt och hållet över sitt anbud, denne kan exempelvis återkalla det och ge in ett nytt anbud. Möjligheten till rättelse är därför tillkommen särskilt för

tiden efter anbudstidens utgång. Detta ligger i sakens natur. Kommunernas agerande här är inte på något sätt ”anmärkningsvärt, som Bolaget påstår.

Påståendet att Samres anbud innehåller åberopande av annans kapacitet och att bolaget inte visat att man förfogar över denna

Samres har i sitt anbud närmare beskrivit företagsgruppen och däri ingående bolag och driftenheter. Här anges tydligt att de bägge bolag i Estland respektive Moldavien som det hänvisas till är helägda dotterbolag till Samres AB. Härav följer att Samres förfogar över båda bolagens resurser. I egenskap av ensam ägare till dotterbolagen, har Samres ytterst det bestämmande inflytandet över verksamheterna. Detta är helt i överensstämmelse med de rättsfall som åberopats av Bolaget under denna punkt. Det nu sagda vinner också stöd i dom meddelad av Kammarrätten i Göteborg den 26 april 2004 (mål nr 622-04).

Bolaget genmäler bl.a. följande.

Samres anbuds giltighetstid uppfyller inte kravet i upphandlingsföreskrifterna

Kommunerna har angivit de nya förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och har givetvis ansvar för att de uppgifter som förmedlas till anbudsgivarna är korrekta. Att anbudsgivare har ett ansvar för att kontrollera att det inte gjorts några justeringar i förfrågningsunderlaget är naturligt. Påståendet att detta förhållande skulle vara olämpligt och stå i strid med de EG-rättsliga principerna bestrids. Det är därutöver vanligt att en påminnelse om detta förhållande anges i förfrågningsunderlag. I här föreliggande fall har Kommunerna dessutom meddelat samtliga anbudsgivare att förutsättningarna för anbudsgivande hade förändrats, varvid anbudsgivarna givetvis laddade ned det nya förfrågningsunderlaget med den nya föreskriften om anbuds giltighetstid. – För det fall länsrätten trots detta skulle finna att Samres anbud inte kan förkastas med hänvisning till bristande uppfyllelse

av kravet, måste upphandlingen göras om då anbudsgivarna lämnat anbud på icke lika villkor. Hur länge en anbudsgivare måste vara bunden av lämnat anbud påverkar de övriga villkor anbudsgivaren är beredd att lämna anbudet på, i här aktuellt fall framförallt priset. Det kan då inte tillåtas att anbudsgivarna ska vara bundna av sina anbud under olika tidsperioder.

Samres anbud innehåller en otillåten reservation/är ett orent anbud

Bolaget får poängtera att Samres genom sitt anbud anger att man omedelbart kommer att begära omförhandling av upphandlingens kontraktsvillkor för det fall man erhåller uppdraget - d.v.s. omedelbart efter tilldelning och innan kontrakt tecknas. Samres har således inte lämnat ett bindande anbud. Vidare anges i Avtalsförslagans punkt 16.5 att avtalet kan omförhandlas om väsentliga förändringar av förutsättningarna inträffar mellan olika avtalsår. Klausulen kan därmed inte - och högst naturligt så - tillämpas inför kontraktstecknandet. – Av 9 kap. 8 § LOU följer att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får vidare 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. LOU. Samres ”rättelse” är varken att betrakta som en uppenbar felskrivning eller förtydligande eller komplettering, som kan genomföras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I det senare fallet krävs därutöver att det är det upphandlande myndigheten som begär förtydligandet/kompletteringen, vilket inte varit aktuellt i här föreliggande fall.

Länsrätten gör följande bedömning.

Otillåten reservation/orent anbud

Samres har i sitt anbud anfört att Samres, under förutsättning att leverantören erhåller uppdraget, omedelbart avser begära förhandlingar enligt punkten 16.5 i avtalsförslaget. Samres har i senare skede, efter anbudstidens utgång, begärt att vad som angetts angående begäran om förhandlingar ska ses som en uppenbar felskrivning som inte ska ingå i Samres anbud.

Vad Samres angett avseende begäran om förhandlingar kan inte ses som en uppenbar felskrivning som leverantören kan rätta enligt LOU. Samres begäran om förhandlingar ska därför ingå i Samres anbud. Att Samres i sitt anbud åberopar en rätt att förhandla i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget kan inte anses medföra att begäran strider mot förfrågningsunderlaget, de gemenskapsrättsliga principerna eller LOU i övrigt. Vad Bolaget anför i denna del föranleder därför ingen länsrättens åtgärd.

Godtagbar teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet samt åberopande av annans kapacitet.

Vad gäller Bolagets invändningar i dessa delar finner länsrätten att Bolaget inte förmått visa att Samres anbud inte skulle uppfylla de i förfrågningsunderlaget aktuella kraven eller i övrigt strida mot de gemenskapsrättsliga principerna eller LOU i övrigt. Inte heller vad Bolaget anför i dessa delar föranleder således någon länsrättens vidare åtgärd.

Giltighetstiden för anbud

I förevarande upphandling har den upphandlande myndigheten publicerat förfrågningsunderlaget med tillhörande föreskrifter och underlag på Internet. Efter korrigering, med anledning av en felaktigt uträknad samordningsvinst, publicerades nya upphandlingsföreskrifter, varvid samtliga del-

tagande leverantörer underrättades om ändringarna via e-post. De ändringar som avsågs var dels omräkning av samordningsvinster, dels att tiden för anbudslämnande utsträckts med 14 dagar. Det senare för att möjliggöra för leverantörerna att justera sina anbud efter de nya förutsättningarna. Som en konsekvens av de nämnda korrigeringsarna, kom även anbudens giltighetstid i förfrågningsunderlaget att utsträckas med 14 dagar, från den 30 september 2009 till den 14 oktober 2009, vilket inte framgick av Kommunernas underrättelse.

I och med att förfrågningsunderlaget har skickats ut, gjorts tillgängligt, har den upphandlande myndigheten fastställt de förutsättningar som ska gälla avseende upphandlingen. Dessa förutsättningar kan sedan inte ändras i något väsentligt avseende. Behöver den upphandlande myndigheten göra några väsentliga förändringar vad gäller förutsättningarna måste upphandlingen normalt avbrytas och en ny upphandling påbörjas. Giltighetstiden för lämnade anbud torde vara en sådan förutsättning som inte är att anse som väsentlig i denna mening, varför en ändring under pågående upphandlingsförfarande bör kunna ske.

Det är i målet klarlagt att skall-kravet avseende angivet datum för anbudens giltighetstid i de senast publicerade upphandlingsföreskrifterna är den 14 oktober 2009. Föreskrifterna har varit tillgängliga för samtliga leverantörer. Sålunda var giltighetstiden vid anbudstidens utgång den 14 oktober 2009, detta oavsett Kommunernas intention. Vid sådant förhållande har Kommunerna brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna såsom de anges i 1 kap 9 § LOU, då Kommunerna ansett Samres anbud, som inte uppfyllt nämnda skall-krav, vara kvalificerat.

Då Bolaget sålunda förmått visa att Kommunerna brutit i upphandlingsförfarandet samt att Bolaget har lidit eller kunnat lida skada föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. De med LOU icke förenliga

åtgärder som Kommunerna vidtagit har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rättelse är därför inte en tillräcklig åtgärd, utan upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten förordnar att Landstingets i Östergötland, Linköpings kommuns samt Norrköpings kommuns upphandling av Beställningscentral för samhällsbetalda resor UH-09-2, ska göras om.

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


Erik Mellstrand



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.