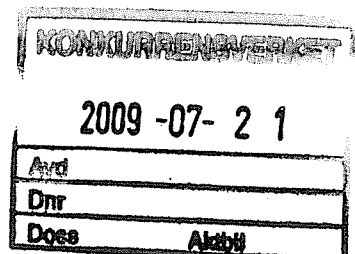




KLAGANDE

Constructor Sverige AB, 556275-3839

Ombud: Advokat Nicklas Gränsmarker
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg



MOTPART

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Södermanlands läns dom den 18 maj 2009 i mål nr 989-09,
se bilaga

SAKEN

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

Constructor Sverige AB har överklagat länsrättens dom.

Kammarrätten beslutade den 29 maj 2009 att avslå bolagets yrkande om att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats (interimistiskt förordnande). Bolaget överklagade kammarrättens beslut hos Regeringsrätten, som den 29 maj 2009 beslutade att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade bestämts. I beslut den 2 juni 2009 meddelade Regeringsrätten inte prövningstillstånd (mål nr 3640-09). Till följd härav stod kammarrättens avgörande fast.

Eskilstuna kommun och NordPlan Inredningar AB har numera träffat avtal beträffande upphandlingen av kompakthyllsystem.

SKÄL

I 16 kap. 1 § tredje stycket LOU anges följande. Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket (direktupphandling) får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

Av handlingarna i målet framgår att sådan underrättelse som avses i 9 kap. 9 § LOU lämnades den 3 april 2009. Vidare framgår att Eskilstuna kommun den 28 maj 2009 har tecknat avtal i den aktuella upphandlingen. Vid sådant förhållande kan Constructor Sverige AB:s överklagande inte prövas av kammarrätten.

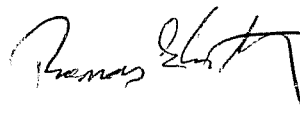
BESLUT

Kammarrätten avskriver målet.

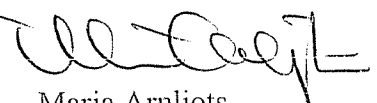
HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Peter Dinnetz
kammarrättsråd



Thomas Ekroth
kammarrättsråd
referent



Maria Arnljots
tf assessor

LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN

DOM
2009-05-18
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
989-09
Enhet 1

Handläggare:
Jenny Rangstad Ekenbark

Aktbilaga

16

SÖKANDE

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

Ombud:

Peter Larsson
Constructor Sverige AB
Box 55043
400 53 Göteborg

MOTPART

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

SAKEN

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

Eskilstuna kommun (kommunen) inbjöd genom anbudsfrågan den 29 januari 2009 (Dnr ASK 09.003) leverantörer att lämna anbud avseende kompakthyllsystem. Genom tilldelningsbeslut den 3 april 2009 beslutade kommunen att anta anbud från Nordplan Inredningar AB (nordplan).

Constructor Sverige AB (constructor) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att länsrätten förordnar att upphandlingen ska slutföras efter det att rättelse vidtagits alternativt i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs bl.a. följande.

Vald leverantör uppfyller inte samtliga ställda **skall**-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, varken vad gäller formalia eller utförande.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i formalia.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges under punkten 1.5 "Alternativa anbud accepteras ej. Anbud utformas enligt förfrågnings-

Dok.Id 68168

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194	Folkungavägen 4	0155-20 04 50	0155-20 04 90	måndag – fredag
611 25 Nyköping		E-post: lansrattenisodermanland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

underlaget". I anbud lämnat av nordplan framgår tydligt att alternativa lösningar med olika prissättningar lämnats. Vidare har kommunen också utvärderat den alternativa lösningen. Kommunen har frånträtt sitt ursprungliga krav och tillåtit nordplan att gardera sig med två alternativa lösningar och på så vis givit dem två chanser i upphandlingen.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i utförande

Kommunen har i Kravspecifikationen punkten 3.2.7 angett hyllplansdjup för de förekommande formaten, vilka senare förtydligades under frågor och svar fråga 2. Genom frågor och svar ändrades hylldjupet för 1=A4 samt 2=Folio till djup 27 cm och behålls "3= Storformat hyllplansdjup 40 cm/...samt "4=Storformat hyllplansdjup 60 cm/...". Leverantörerna skall senare under Kravspecifikationen punkten 3.2.8 ange den procentuella fördelningen av hyllplanstyperna av vilka 3=Storformat samt 4=Storformat skall fördelas med vardera 5 % enligt frågor och svar fråga 10. Nordplan har i sin lösning valt fel hylldjup på 3=Storformat och 4=Storformat, då djupen 40 cm och 32 cm valts. Genom att välja grundare djup erhålls naturligt fler antal hyllmeter. Följaktligen har man då inte heller uppfyllt den procentuella fördelningen av hyllplanstyperna 3 och 4 då inga hylldjup 60 cm återfinns i förslaget. Nordplan har inte heller någonstans i sitt anbud redovisat fördelningen mellan hylltyp 3 och 4, utan endast redovisat den totala mängden Storformat.

Kommunen yrkar att länsrätten avslår constructors ansökan om överprövning och därmed upphäver föreliggande verkställighetsförbud. Till stöd för detta anförs bl.a. följande. Kommunen har jämlikt 4 kap. LOU infordrat anbud på kompakthyllsystem samt antagit anbud från nordplan. Motivering framgår av tilldelningsbeslut. Kommunen har härvidlag lagt sig vinn om att följa de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har inte åsidosatt bestämmelserna i LOU eller i konventionsrätten.

Fråga om uppfyllnad av skall-krav i formalia

Constructor gör gällande att antaget anbud inte uppfyller ställda skall-krav i förfrågningsunderlaget dels under punkten 1.5 beträffande alternativa anbud, dels under punkten 3.2.3 som berör anläggningen, konstruktion, utförande och manövrering. Med att alternativa anbud ej accepteras ska förstås att flera alternativa huvudanbud inte kan godtas men väl att anbud med alternativt utförande. Nordplan har i sitt anbud (s. 5) angivit en sådan tillåten alternativ lösning.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i utförande

Av beskrivningen i kravspecifikationen under punkterna 3.2.7 och 3.2.8 framgår önskat hyllplansdjup och ungefärligt fritt normalavstånd mellan hyllplanen samt fördelning av hyllplan i preliminärt antal hyllmeter. Constructor gör gällande att nordplan i sitt anbud offererat fel hylldjup och att hyllplan 4 saknas. Påståendet är felaktigt. Nordplan har i sitt anbud offererat 400 mm djupa samt 600 mm djupa hyllor. Constructor har gjort ett tankefel när det genom mätning på ritningen kommit fram till ett hylldjup på 320 mm. Constructor har inte förstått att det är en enkelvagn med 600 mm hylldjup som avses.

Slutligen gör constructor gällande att det rent teoretiskt kan förutsättas att nordplan offererat en riktig lösning men att bifogad ritning endast ska ses som en illustration. Slutsatsen blir enligt constructor att lösningen inte kan inrymmas på föreslagen plats. Även detta påstående är i grunden felaktigt. En ritning är först av allt per definition alltid en illustration av verkligheten. Nordplan har redovisat en enligt kravspecifikationen önskvärd lösning som innebär att man inleder med en enkelvagn om 608 mm djup. Därefter följer två dubbelvagnar om 1 008 mm djup och en vagn om 808 mm djup. Kvarteret avslutas med sex vagnar om 548 mm djup. Därefter följer en arbetsgång om 950 mm. Inklusiva tio distanser om 25 mm ger detta ett totalt antal hyllmeter om 7 920 mm. Återstår 230 mm vilket innebär en

avslutning med en fast hylla om 400 mm djup kombinerad med en enkel hylla om 270 mm djup. Detta ger totalt 1 089 effektiva hyllmeter för storformat fördelat på 484 hyllmeter om 600 mm djup och 605 hyllmeter om 400 mm djup med en fördelning om 45/55 procent. Antaget anbud uppfyller således kall-kravet om en preliminär beräkning på minst 9 000 hyllmeter fördelat på 45/55 procent.

Constructor har i yttrande över kommunens skrivelse anfört bl.a. följande.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i formalia

Kommunen anför att skrivningen i punkten 1.5 skulle ges betydelsen att flera huvudanbud inte skulle kunna avges. Constructor kan inte se vad som skulle vara den avgörande skillnaden i sak. Huruvida alternativa utföranden, och i detta fall också priser, lämnas i separata anbud eller i samma då resultatet de facto är det samma: Att anbudsgivare ges flera möjligheter att erhålla order. Uppkomsten av punkten 1.5 måste tolkas korrespondera mot 6 kap. 9 § LOU som medger upphandlande myndighet att utvärdera alternativa utföranden vid förevarande utvärderingsmodell. Emellertid ska detta i så fall annonseras i förväg och minimikrav och villkor för hur de presenteras ska framgå, vilket inte skett. Oaktat kommunens tolkning har man inte möjlighet att överstyra lagen och kommunen har i denna del inte uppfyllt de kriterier som förutsätter anbud med alternativa utföranden.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i utförande

Kommunen menar att constructor feltolkat en dubbelvagn (2x320 mm) som egentligen är en enkelvagn (600 mm). Detta skulle kunna vitsordas om kommunen fortsättningvis bistått den layout som framgår av ritning lämnad av nordplan. Istället förtydligar kommunen hur dispositionen av hyllor ska tolkas, vilken omöjligen går att utläsa från ritning av nordplan eller någon annanstans i anbudet. Totalt antal hyllor är åtta varav tre, 600 mm

och fem, 400 mm, följaktligen fördelat 37,5 procent för djup 600 mm och 62,5 procent för djup 400 mm. Kommunen har i sitt yttrande räknat den procentuella fördelningen fel. Kommunen har även i sin hyllmeterangivelse gjort fel. Kommunen har räknat en extra hylla med djup 600 mm som inte finns med i utförandebeskrivningen, vilken motsvarar 121 hyllmeter och följaktligen inte ryms i kvarteret för den måttsammanställning kommunen redogjort för. Vad avser djup 400 mm har man inte avräknat den sektion som blockeras av byggnadspelare där det rätteligen ska avgå 11 hyllmeter.

Förutsättningarna i punkten 3.2.8 i förfrågningsunderlaget jämte förtydligande frågor och svar är att hyllplanstyp 3 och 4 vardera skall utgöra 5 procent av den preliminära 9 000 hyllmeterberäkningen således 450 hyllmeter, vilket i antaget anbud avviker negativt med 87 hyllmeter (19 procent) av ursprungligt skall-krav avseende hylldjup 600 mm, varför skallkravet rimligen inte kan anses uppfyllt.

Constructor menar att kommunens yttrande, utöver vad som tidigare anförts, även måste medföra att punkten 3.0 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation ej uppfyllts av vinnande anbud då det inte är möjligt att av ritningen utläsa den lösning kommunen redogjort för avseende hylldisposition.

På yrkande av constructor förordnade länsrätten den 8 april 2009 att kommunens upphandling inte får avslutas innan något annat har beslutats.

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

Enligt 6 kap. 9 § LOU Skall en upphandlande myndighet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna.

En upphandlande myndighet som tillåter anbud med alternativa utföranden skall i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de skall presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

Av prop. 2006/07:128 s. 349 framgår bl.a. följande. Enligt 6 kap. 9 § andra stycket LOU skall den upphandlande myndigheten i annonsen om upphandling ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden och om detta inte har angetts skall anbud med sådana alternativa utföranden förkastas. Har en anbudsgivare gett in ett anbud som helt följer förfrågningsunderlaget och dessutom ett anbud med ett alternativt förslag till lösning skall således myndigheten, om den i annonsen om upphandling inte angett att den godtar alternativa anbud, förkasta det anbud som innehåller ett alternativt förslag till lösning. Enbart det anbud som följer specifikationerna i förfrågningsunderlaget kan beaktas.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkten 1.5, anges ”Alternativa anbud accepteras ej. Anbud utformas enligt förfrågningsunderlaget.”.

Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår bl.a. följande.

3.0 Tekniska krav

Leverantören skall bifoga en teknisk beskrivning av ingående utrustning samt tillhandahålla ritningar och broschyrer som ger en överskådlig bild.

3.2.7 Hyllplanstyper

1=A4 hyllplansdjup 28 cm, maximilaster 100 kg. Ungefärligt fritt normalavstånd mellan hyllplan 34 cm.

2=Folio hyllplansdjup 28 cm, maximilaster 100 kg. Ungefärligt fritt normalavstånd mellan hyllplan 42 cm.

3=Storformat hyllplansdjup 40 cm. Ungefärligt fritt normalavstånd mellan hyllplan 42 cm, maximilaster 100 kg.

4=Storformat hyllplansdjup 60 cm. Ungefärligt fritt normalavstånd mellan hyllplan 42 cm, maximilaster 100 kg.

3.2.8 Fördelning av hyllplan i hyllmeter

Preliminär beräkning ger ca 9 000 hyllmeter varav 35 % utgör A4 (hyllplanstyp 1), 55 % Folio (hyllplanstyp 2) och 10 % storformat (hyllplanstyp 3 och 4).

Fördelningen av hyllplanstyper på offererat hyllsystem **skall** procentuellt motsvara ovanstående. Leverantören **skall** ange hur många hyllmeter som ryms i offererat anbud.

Kommunen har i en skivelse med rubriken ”Frågor och svar” förtydligat bl.a. följande. I punkten 3.2.5 i kravspecifikationen ändras kravet till att

omfatta 10 – 25 mm. I punkten 3.2.7 ändras kravet till ca 28 cm. Vidare ändras kravet till 80 kg.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i formalia - Alternativa anbud

Constructor har bl.a. anfört att nordplan lämnat alternativa lösningar med olika prissättningar samt att kommunen genom att ha utvärderat de båda lösningarna gett nordplan möjlighet att gardera sig med två alternativa lösningar, varigenom nordplan fått två chanser i upphandlingen.

Det framgår av förarbetena till LOU att om en anbudsgivare har gett in ett anbud som helt följer förfrågningsunderlaget och dessutom ett anbud med ett alternativt förslag till lösning ska således myndigheten, om den i annonsen om upphandling inte angett att den godtar alternativa anbud, förkasta det anbud som innehåller ett alternativt förslag till lösning samt att enbart det anbud som följer specifikationerna i förfrågningsunderlaget kan beaktas. Av tilldelningsbeslutet framgår att nordplans ”huvudanbud” utgjort det vinnande anbudet. Oavsett om kommunen bort förkasta nordplans ”alternativa” anbud eller inte kan förhållandet att nordplans två anbud utvärderats inte anses ha medfört att constructor lidit eller kunnat komma att lida skada eftersom nordplans alternativa anbud inte tilldelats kontrakt. Constructors ansökan i denna del föranleder därför ingen åtgärd enligt LOU.

Fråga om uppfyllande av skall-krav i utförande

Constructor har inledningsvis gjort gälland att det vinnande anbudet inte uppfyllt skall-kravet vad gäller tillgång på hyllplan med ett djup av 60 cm. Sedan den upphandlande enheten invänt att anbudet innefattade också hyllor med djup av 60 cm har constructor som länsrätten uppfattat saken accepterat att hyllor med nämnt djup ingår. Constructor har då hävdatt att det av befintligt ritningsmaterial inte kunnat utläsas att efterfrågade hyllor

ingår. Constructor har samtidigt inte gjort gällande att upphandlande enhet haft tillgång till annat underlag än det som bifogats anbudet. Länsrätten kan vid sådant förhållande inte finna annat än att skall-kravet såvitt gäller "ritningar och broschyrer som ger en enkel överskådlig bild" får anses uppfyllt.

Constructor har slutligen hävdad att även om hyllplan med ett djup av 60 cm ingår i anbudet är det inte i tillräcklig omfattning. Det skulle s.a.s. fattas 87 hyllmeter med en djup av 60 cm.

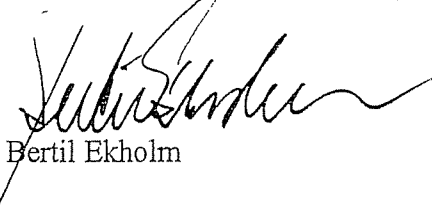
Länsrätten konstaterar att den upphandlande enheten konsekvent har hävdad att skall-kraven såvitt gäller nu ifrågavarande hyllplan har uppfyllts genom det vinnande anbudet. Enheten har också bemött constructors uppgifter om brister i uppfyllande av kraven. Constructor har från att ursprungligen hävdad att djupa hyllor saknas i anbudet slutligen bestämt sin talan till att djupa hyllor ingår men inte i tillräcklig omfattning. Constructor har enligt länsrätten inte visat skall-kraven inte uppfyllts i det anbud som tilldelats upphandlingen. Ansökan skall därför lämnas utan bifall.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller inte ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens beslut av den 8 april 2009 skall inte längre gälla.

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



Bertil Ekholm

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.