



KONKURRENSVERKET	
2009-03-27	
Avd	
Enr	
Doss	Aktbil

FÖR KÄNNEDOM

KLAGANDE
Medley AB, 556609-1541

Ombud: Advokat Ingvar Zöögling
Grenvägen 14
136 68 Vendelsö

MOTPART
Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrätten i Stockholms läns dom den 3 mars 2009 i mål nr 2327-09,
se bilaga

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU;
fråga om avskrivning

Medley AB har, i skrivelse som kom in till kammarrätten den 25 mars 2009,
överklagat länsrättens dom.

Kammarrätten har inhämtat att Sollentuna kommun den 18 mars 2009
tecknat avtal med annan leverantör i den nu aktuella upphandlingen.

SKÄL

Av 16 kap. 1 § tredje stycket LOU framgår 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 fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I målet framgår att länsrätten den 3 mars 2009 upphävde sitt tidigare meddelade interimistiska beslut om att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas, att något nytt interimistiskt beslut härefter inte fattats samt att avtal avseende den aktuella upphandlingen slutits den 18 mars 2009. Vid sådant förhållande är kammarrätten förhindrad att pröva bolagets överklagande. Målet ska därför avskrivas.

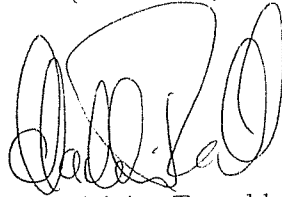
BESLUT

Kammarrätten avskriver målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Helena Jäderblom
lagman



Madelaine Tunudd
kammarrättsråd
referent



Rolf H H Larsson
adjungerad ledamot

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-03-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2327-09
Rotel 558

SÖKANDE

Medley AB, 556609-1541
Badhusplanen 1-3
169 55 Solna

Ombud: Advokat Ingvar Zöögling
Advokatfirman Ingvar Zöögling
Grenvägen 14
136 68 Haninge

MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 6 februari 2009 att upphandling-
en tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Kultur- och fritidsnämnden i Sollentuna kommun (kommunen) genomför en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU avseende drift av Sollentuna sim- och sporthall. Förfrågningsunderlag offentliggjordes den 10 oktober 2008. Vid anbudstidens utgång hade två anbudsgivare inkommit med bud, ProMa Fritid och Fastighet AB (ProMa) samt Medley AB (Medley). Anbudena hade behandlats i tre steg, prövning av kraven på entreprenören, prövning av kraven på tjänsten och anbudsvärderingen.

Kommunen beslutade att anta anbud och teckna avtal med ProMa Fritid och Fastighetsförvaltning för driften av sim- och sporthallen. Kommunen ansåg att den genomförda prövningen och utvärderingen visade att anbudet uppfyller samtliga ställda krav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget.

Medley ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta att Sollentuna kommuns upphandling av driftsentreprenad Sollentuna sim- och sporthall inte får avslutas innan rättelse vidtagits.

Till stöd för sin talan anför Medley i huvudsak följande.

Kommunens förfarande är inte i överensstämmelse med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Kommunen bryter mot principen om likabehandling genom att godkänna att ProMas anbud får utvärderas trots att det på två punkter inte uppfyller skall-kraven. Anbudet innehåller en reservation och är inte undertecknat i behörig ordning. Det är ett brott mot både principen om likabehandling och principen om transparens att låta ProMa i en förhandling sänka kvaliteten i den erbjudna tjänsten, utan att det påverkar utvärderingen. Medley borde ha fått tillfälle att erbjuda motsvarande kvalitetssänkning och genomföra prisjustering av anbudet. Det strider också mot principen om transparens att kommunens krav på tjänsten

gällande el, värme och vatten under upphandlingens gång görs förhandlingsbart. Medley har i tron att företaget ska svara för kostnader för el, värme och vatten budgeterat 3,5 miljoner kronor för dessa kostnader, medan ProMa som tänkt att dessa kostnader kan vidarefaktureras till kommunen utan risk kunnat budgetera ett betydligt lägre belopp. Medleys anbud uppfyller alla skall-krav och är det enda anbud som kvalificerat sig till utvärdering. Medleys anbud var vid ordinarie anbudsinslämning det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kompletteringen av ProMas anbud har inte bedömts på ett korrekt sätt. Rättelse i form av en ny anbudsutvärdering är en lämplig åtgärd.

El, värme och vatten. ProMas anbud innehåller en reservation som väsentligen snedvrider konkurrensvillkoren för anbudsgivarna. ProMas anbud uppfyller inte de skall-krav som Sollentuna kommun ställer på tjänsten. Medley har i sin budget avsatt ett betydligt högre belopp för el, värme och vatten än ProMa i sitt anbud och sin komplettering av anbudet. Det bestrids att deras anbud var oklart. I den mån kommunen hade varit i god tro skulle deras anbud ha vunnit. Det är felaktigt som kommunen anför att ProMas anbud innehöll en oklarhet beträffande mediakostnader. Det är tvärtom. ProMas anbud innehåller en reservation innebärande att den faktiska kostnaden för el, värme och vatten skulle vidarefaktureras till kommunen. Enligt förfrågningsunderlaget skulle entreprenören svara för den kostnaden.

ProMa sänker genom sin komplettering anbudssumman med 2 700 000 kronor per år, vilket är anmärkningsvärt mycket, varav 2 200 000 kr med hänvisning till ökade intäkter från avgifter. En anbudsgivare kan bara sänka anbudet så mycket om särskilda omständigheter föreligger, exempelvis om ursprungsanbudet hade extremt stora vinstmarginaler eller erbjudandet förändras på något sätt. ProMa själv hänvisar till det senare alternativet. ProMa anger att vissa grupper kan känna sig utestängda om prisbilden är för hög. ProMa borde därför ha uppmanats att redogöra mer precist för hur

i anbudet redovisade mervärden påverkas av prisjusteringen i det kompletterande anbudet. Först då skulle kommunen haft möjlighet att låta förändringarna i anbudet avspeglas i utvärderingen av anbudet. Eftersom prisjusteringen påverkade den inbördes rangordningen mellan anbuderna är denna fråga av särskild vikt. Av kommunens utvärdering framgår ingenstans att den högre prisbilden på något sätt har beaktats vid utvärderingen.

Anbudsutvärdering.

I ProMas komplettering av anbudet reducerade företaget sin anbudssumma med 2 200 000 kr per år. För att kunna få ekonomi i anbudet förutsätter företaget att avgifterna för besökare ska höjas. I kompletteringen tar ProMa upp de negativa konsekvenser som de höjda avgifterna kan få för pensionärer, ungdomar, arbetslösa etc. ProMa uttrycker också farhågor att delar av folkhälsoperspektivet kan gå förlorat. Den komplettering ProMa gjort innebär att företagets anbud i väsentliga delar ändrats. Det ifrågasätts om det är tillåtet att inom ramen för prispförhandling i så väsentliga delar ändra innehållet i ett anbud.

Vad gäller krav på anläggningschef synes vad kommunen anför bero på ett missförstånd. I vårt yttrande sägs att kravet är uppfyllt. Det är korrekt att anbudssumman förändrats vid två tillfällen. Den första förändringen är ingen reell förändring av anbudssumman, utan avser en rättelse av en fel-skrivning. Den andra förändringen av anbudssumman har skett på kommunens begäran efter prispförhandlingar.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Förfrågningsunderlaget med krav har varit fullständigt, klart och tydligt. Anbuderna har utvärderats enligt angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt. Båda anbuderna

hade sådana brister att de inte var möjliga att anta i de skick de befann sig. Kommunen genomförde förhandlingar med båda anbudsgivarna för att anpassa anbudet till de krav som angetts i förfrågningsunderlaget för att få fram det bästa anbudet. Medley har inte i anbudet visat att de förfogar över de föreslagna anläggningscheferna Söderman och Bergdahl på ett sådant sätt att de kan utlova att någon av dem kommer att tjänstgöra som anläggningschef. Medleys anbud uppfyllde därmed inte förfrågningsunderlagets krav. På kommunens uppmaning undanröjdes oklarheten och anbudet uppfyllde därefter kravet beträffande anläggningschefen.

I förfrågningsunderlaget punkt 6.9 anges att entreprenören utöver de intäkter som verksamheten genererar kan göra anspråk på ersättning från kommunen för att driva anläggningen. Som ett alternativ kunde entreprenören erbjuda kommunen ersättning för att driva anläggningen. I samband med att Medley bereddes möjlighet att klargöra hur de avsåg att uppfylla kravet på anläggningschefen framkom att de inte stod fast vid de krav på ersättning som de lämnat i anbudet utan ville höja ersättningsanspråken från 12 950 kr år 1 till 12 950 000 kr. Motsvarande höjningar gjordes även för övriga år. Medley menade att detta var en uppenbar felskrivning. Kommunen visste inte om anbudsgivarna skulle göra anspråk på ersättning från kommunen eller erbjuda ersättning till kommunen. Det var därför fullt rimligt att uppgifterna i Medleys ursprungliga anbud var korrekta. Det kunde därför inte röra sig om en uppenbar felskrivning utan ett nytt pris som kunde accepteras som en del av en förhandling.

ProMa godkände samtliga villkor i förfrågningsunderlaget inklusive utkast till upphandlingskontrakt. I ProMas anbud punkt 3 angavs dock att ersättning för el, värme och vatten tillkommer på angivna ersättningsanspråk. Kostnaderna bestämdes till 3 000 000 kr per år. Anbu-

det innehöll motstridiga uppgifter. ProMa undanröjde på kommunens uppmaning oklarheten och lämnade ett pris i vilket samtliga kostnader ingick. Anbudet motsvarade därmed förfrågningsunderlagets krav beträffande ersättning till entreprenören.

Medleys påstående att kommunen handlat i strid med principen om transparens genom att under upphandlingen göra frågan om media-kostnader förhandlingsbart är inte korrekt. Det stämmer inte att Medley och ProMa skulle ha haft olika förutsättningar för anbudsgivningen. Mediakostnaderna ingår i båda anbudsgivarnas slutliga anbud vilka har utvärderats.

Anbudsutvärderingen har gjorts först sedan båda anbudsgivarna beretts tillfälle att anpassa sina bud till de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Båda anbudsgivarna har under förhandling fått samma möjligheter att precisera sina anbud. De har även fått möjlighet att ändra sina priser. Utvärderingen har gjorts mot kriterierna i förfrågningsunderlaget och med beaktande av samtliga uppgifter som lämnats av anbudsgivarna.

Behörig företrädare. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att anbudet ska vara undertecknat av behörig person, men det innehåller inga krav om att det ska vara undertecknat av firmatecknare. ProMas anbud är undertecknat av VD som är ledamot av bolagets styrelse och även behörig att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Kommunen har inte haft skäl att tro annat än att VD är behörig i bolagets namn att lämna anbud av det nu aktuella karaktären. Kommunen har vidtagit de undersökningar som kan anses rimliga för att säkerställa behörigheten.

Länsrätten har den 6 februari 2009 interimistiskt förordnat att kommunen inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 15 kap. 12 § LOU anges 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 begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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 skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att anbudsformuläret ska skrivas under av behörig person hos anbudsgivaren och bifogas

anbudet. Genom denna underskrift bekräftar anbudsgivaren att anbudsformulärets och upphandlingskontraktets villkor i sin helhet accepteras av anbudsgivaren.

ProMas firma tecknas av styrelsen, två i förening av ledamöterna. Verkställande direktören har även rätt att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Bengt Hansson, som är VD och ordinarie ledamot, har undertecknat ingivet anbud.

Medley har i sitt överklagande anfört anbudet skulle undertecknas av firmatecknare eller annan behörig person. Av Affärs- och kreditupplysning från UC framgår att ProMas firma tecknas av styrelsen. ProMas anbud är undertecknat av VD, som är behörig att teckna firma i löpande angelägenheter. Anbudet gällande verksamheten i Sollentuna är inte löpande verksamhet eller någon verksamhet över huvud taget. VD kan därför inte vara ensam firmatecknare. Anbudet är således inte undertecknat av behörig firmatecknare.

Kommunen anför att det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att anbudet ska vara undertecknat av behörig person, men det innehåller inga krav om att det ska vara undertecknat av firmatecknare. ProMas anbud är undertecknat av VD som är ledamot av bolagets styrelse och även behörig att teckna firman beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Kommunen har inte haft skäl att tro annat än att VD är behörig att i bolagets namn lämna anbud av den nu aktuella karaktären. Kommunen har vidtagit de undersökningar som kan anses rimliga för att säkerställa behörigheten.

Medley har även anfört att ProMas anbud innehåller en reservation. Kommunen har anfört att båda anbudet innehåller sådana brister att de inte kunnat antas i det skick de befann sig. Kommunen har genomfört

förhandlingar med båda anbudsgivarna för att anpassa anbuden till de krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Av upphandlingsrapport avseende drift av Sollentuna sim- och sport- hall framgår bl.a. följande. Både ProMa och Medley ansågs uppfylla kraven på entreprenören och på tjänsten samt de kommersiella villkoren. Utvärderingskriterier i steg tre var pris/ersättning samt verksamhetsutveckling – max 120 poäng. Vad gäller pris skulle anbudet innehålla eventuella anspråk på ersättning från kommunen eller eventuella erbjudanden om ersättning till kommunen. Anbudsgivaren skulle i förlaga till upphandlingskontraktet ange det totala beloppet för vart och ett av de fem avtalsåren samt de tre eventuella förlängningsåren. Verksamhetsutvecklingen skulle bedömas utifrån fyra huvudkriterier med underkriterier. Vid utvärderingen erhöll ProMa maximala poäng.

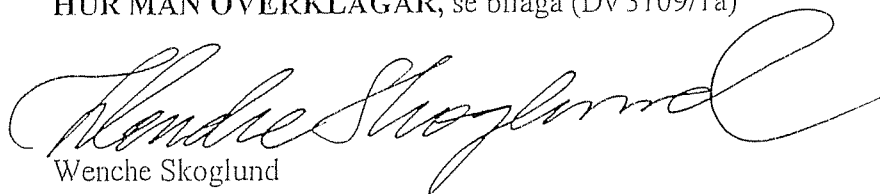
Länsrättens bedömning

Fråga är om ProMas anbud är undertecknat på korrekt sätt för att uppfylla skall-kravet. I förfrågningsformuläret har angivits att anbudsformuläret ska vara undertecknat av behörig person. Länsrätten gör i likhet med kommunen bedömningen att det inte finns någon anledning att tro annat än att ProMas VD handlat på företagets uppdrag när han undertecknade anbudsformuläret. Kommunen har inte krävt att anbudet ska vara undertecknat av behörig firmatecknare. Anbudet får således anses vara undertecknat på behörigt sätt och därmed är skallkravet uppfyllt.

Vidare har Medley anfört att kommunen brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att förhandla med ProMa och tillåta ProMa att göra vissa ändringar i sitt anbud. Länsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget varit tillräckligt tydligt i LOU:s mening.

Vidare har kommunen förhandlat med båda anbudsgivarna, vilket bedömdes nödvändigt för att få fram det bästa anbudet. Medley har inte kunnat visa att kommunen genom de vidtagna åtgärderna har brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Medleys ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Lilian Skoglund.

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.

