

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2010-01-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23689-09
Enhet 15

SÖKANDE

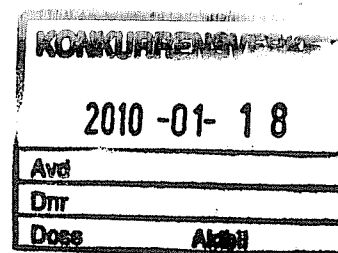
Transcom AB, 556201-3234

Ombud:

Andreas Welander

Ombud enligt substitution:

Nils-Gunnar Svensson
Transcom CMS AB
Box 34220
100 26 Stockholm



MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683

Ombud:

Advokaterna Joakim Lavér och Magnus Eriksson samt
jur.kand. Heléne Johansson
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF

DOMSLUT

Länsrätten avslår Transcom AB:s ansökan om åtgärder enligt LUF.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut den 19 november 2009.

Dok.Id 482311

Postadress 115 76 Stockholm	Besöksadress Tegeluddsvägen 1	Telefon 08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	Telefax 08-561 680 01	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-15:00
---------------------------------------	---	---	---------------------------------	---

BAKGRUND

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) genomför en upphandling av SL Contact Center, dnr SL-2009-1837. Upphandlingen genomförs som en förhandlad upphandling enligt LUF.

Fem anbudsgivare, bland dem GoExcellent Sweden East AB (GoExcellent) och Transcom AB (Transcom), inkom med anbud i upphandlingen.

Av tilldelningsbeslut avsänt från SL den 10 november 2009 framgår att SL beslutat att anta anbud från GoExcellent i upphandlingen.

Länsrätten har den 19 november 2009 på yrkande av Transcom förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Transcom ansöker om överprövning enligt LUF och yrkar i första hand att länsrätten upphäver fördelningsbeslutet och förpliktigar SL att diskvalificera GoExcellent. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. GoExcellent uppfyllde inte kraven i förfrågningsunderlaget vid tiden för ingivande av anbud. I upphandlingsunderlaget har angetts att prisbilaga ska tillställas SL. Det framgår inte någonstans i underlaget att dessa priser får villkoras, inte heller andra villkor i upphandlingsunderlaget får villkoras. GoExcellent har i sitt upphandlingsunderlag villkorat ett flertal punkter. Detta torde strida mot upphandlingsreglerna ställda av upphandlande enhet, och borde därför ha diskvalificerat GoExcellent från upphandlingen. Det kan inte anses vara förenligt med reglerna om upphandling att en anbudsgivare tillåts villkora sitt anbud gällande skallkraven. Ett anbud som är behäftat med villkor för prissättningen kan inte anses förenligt med

LUF. GoExcellent har i möte med SL den 3 november 2009 fått anstånd med att inkomma med rättade uppgifter i en rad frågor där man inte lämnat tillfredsställande svar i sitt anbud. Av protokoll från mötet framgår att GoExcellent ska lämna kompletterande prisuppgifter och förtydliga sina redan lämnade uppgifter till SL. Det framgår också i protokoll upprättat vid möte mellan SL och GoExcellent den 28 oktober 2009 att SL har uppfattat anbudet såsom förknippat med villkor, vilket strider mot reglerna för upphandlingen. I samma protokoll framgår att SL utvidgar svarstiden för att GoExcellent ska beredas möjlighet att justera sitt anbudspris. - SL vitsordar att GoExcellent har ställt ett antal krav som förutsättning för angivet pris. Då SL begärde in förtydligande avseende priserna har GoExcellent i sitt svar bekräftat att bilagan ska ses som en sådan komplettering. Vidare har angetts att utöver kompletteringar till uppdragsavtalet innehåller bilagan också förutsättningar för GoExcellent's anbudspris. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att GoExcellent villkorar sitt pris på ett för anbudsförfarandet otillåtet sätt.

När det gäller den indexkompensation som GoExcellent har ombetts bekräfta att man accepterar, skriver GoExcellent i sitt svar att GoExcellent accepterar indexkompensationen. Dock vill GoExcellent också få ersättning för den indexjustering som sker i fråga om GoExcellent's lokalyreskostnader, i enlighet med vad som angivits i bilaga till anbudet. Inte heller detta kan tolkas på annat sätt än att GoExcellent villkorar sina åtaganden på ett sätt som inte är förenligt med LUF. I förekommande fall har en överhängande risk för särbehandling förelegat då GoExcellent har tillåtits villkora sitt anbud på ett sätt som övriga anbudsgivare inte har fått möjlighet till. Det faller på sin egen orimlighet att en anbudsgivare tillåts justera och villkora sitt anbud för att detta bättre ska passa anbudsförfarandet allteftersom anbudsförfarandet fortskrider. Det föreligger en risk att GoExcellent's möjligheter att justera och villkora sitt anbud verkar konkurrenshämmande i förhållande till övriga anbudsgivare. I 9 kap. 8 § LUF betonas att ett förtydligande inte får innebära risk för särbehandling

eller konkurrensbegränsning. När det gäller EG-domstolens dom i mål nr C-87/94 är slutsatsen av domen att de ändringar och kompletteringar som hade utförts av det i fallet vinnande anbudsbidraget, var av en sådan karaktär att de konstituerade en omständighet som borde ha diskvalificerat anbudsgivaren från upphandlingen. I fallet är fråga om tekniska specifikationer av en anbudsgivare. Dessa specifikationer ändrades efter anbudstidens utgång och de nya uppgifterna lades till grund för tilldelningsbeslutet. Det avgörande resonemanget kan tillämpas också i detta ärende. Uppgifter som ändras efter anbudstidens utgång kan inte anses förenliga med de grundläggande reglerna om upphandling då de riskerar att sätta den fria konkurrensen ur spel. Det framgår av domen att när en upphandlande enhet begär in anbud måste alla anbudsgivare acceptera det underlag som står till buds, för att inte en ojämlig konkurrenssituation ska uppstå. Det åligger anbudsgivarna att kontrollera att de har förstått anbudshandlingarna korrekt innan de lämnar sitt anbud. De villkor och kompletteringar som GoExcellent har uppställt i sitt anbud utgör otvivelaktigt sådana otillåtna ändringar som ska diskvalificera en anbudsgivare från upphandlingsförfarandet. Sammanfattningsvis har GoExcellent's anbud varit villkorat på ett otillåtet sätt.

När det gäller punkten Betalningsfrågor i protokollet framgår att GoExcellent i sitt anbud räknar med ett negativt kassaflöde under avtalstidens första år, och därför anhåller om att få utbetalat till sig den inarbetade semesterersättning som personalen har inestående, istället för att denna hanteras internt av SL. Det är anmärkningsvärt att ett företag som uppenbarligen räknar med att gå med förlust får tillgång till skattemedel istället för att dessa medel betalas ut av SL till personalen. Samtliga bolag i GoExcellent-koncernen redovisar minusresultat. Ett av bolag har inlett konkursförfarande

För det fall upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt, skulle Transcom AB ha vunnit upphandlingen då bolagets anbud var det lägst prissatta av alla inlämnade anbud.

SL bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. SL uppställde i förfrågningsunderlaget ett antal skallkrav. Ett av dessa skallkrav var att det skulle lämnas prisuppgifter i enlighet med en bifogad blankett. GoExcellent angav i bilagan till ingivet anbudsunderlag ett antal förutsättningar för angivet pris. SL begärde därför under upphandlingsförfarandet förtydliganden från GoExcellent angående priserna. GoExcellent förtydligade sitt anbud på så sätt att de uppställda villkoren ej var att anse som förbehåll för offererat anbudspris utan istället som ett förslag på förtydligande eller kompletteringar av en bestämmelse i uppdragsavtalet. Det förtjänar härvid att nämnas att anbudsgivarna hade rätt, enligt Administrativa Föreskrifter punkt 2.6 att föreslå förtydliganden eller kompletteringar till uppdragsavtalet och dess bilagor. Av intresse för tolkningen av 9 kap. 8 § andra stycket LUF är EG-domstolens dom i mål nr C-87/94 och de uttalanden som Generaladvokaten Lenz gjorde i sitt förslag till dom i nyss nämnda mål. Av Generaladvokaten Lenz uttalanden framgår bl.a. att kompletteringar, förtydliganden och/eller konkretiseringar av redan lämnade uppgifter faller inom ramen för vad som är tillåtet enligt bestämmelsen. Den möjlighet som SL gav till GoExcellent tog sikte på just ett sådant förtydligande och var således av ett tillåtet slag. Att förtydligandet från GoExcellent:s sida kom först efter en begäran från SL:s sida medför inte att GoExcellent:s ursprungliga anbud kan anses ha brustit i något skallkravshänseende. Som framgår av protokollet från SL:s anbuds- genomgång med GoExcellent den 22 oktober är det uppenbart att GoExcellent råkat förbise indexregleringen. SL beredde därför GoExcellent tillfälle att återkomma med justering av sitt anbudspris. Detta kompletterande har gjorts inom ramen för 9 kap. 8 § LUF då GoExcellent genom detta ej har ersatt tidigare uppgifter utan enbart förtydligat det redan angivna priset efter det att förutsättningarna för beräkningen av priset klar-

gjorts för GoExcellent. Justeringen ledde enbart till en marginell förändring motsvarande en höjning om mindre än en procent av det ursprungligen lämnade priset. Det bör här framhållas att Transcom knappast kan anses ha lidit någon skada av denna komplettering då kompletteringen av priset dels var obetydlig, dels medförde ett högre pris för GoExcellentens del. Därefter hölls förhandlingar där båda parter erhöll möjlighet att förhandla ned sina priser. Det anbudspris som sedermera utvärderades var det förhandlade priset. Prisjusteringen har således inte på något sätt påverkat anbudsutvärderingen och förändringen har inte legat till grund för anbudsutvärderingen. I ett förhandlat upphandlingsförfarande är det fullt tillåtet att den upphandlande enheten inom ramen för förhandlingarna med anbudsgivarna även föra en diskussion kring priset. De ovan diskuterade kompletteringarna och förtydligandena har inte gett upphov till någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Samtliga parter har fått tillfälle att inkomma med kompletteringar och förtydliganden. Förfarandet har heller inte utgjort någon konkurrensbegränsning då GoExcellentens kompletteringar och förtydliganden tvärtom har varit nödvändiga för att SL till fullo ska ha kunnat utnyttja konkurrensen i upphandlingsförfarandet. Det rör sig om ett förhandlat upphandlingsförfarande i vilket den upphandlande enheten allmänt sett har ett större utrymme för att förhandla och diskutera med parterna. – SL har inte vitsordat att GoExcellent har ställt något krav som förutsättning för angivet pris.

GoExcellent räknar med ett negativt kassaflöde under avtalstidens första år. På den här punkten är det tillräckligt att konstatera att SL dels har gjort en vederbörlig kontroll av GoExcellentens finansiella ställning, dels att GoExcellent därutöver har inkommit med en bankgaranti på 10 miljoner kr som säkerhet för fullgörandet av åtagandet enligt uppdragsavtalet.

DEN SKRIFTLIGA UTREDNINGEN

I punkt 2.6 i anbudsföreskrifterna avseende upphandlingen har bl.a. följande angetts. [...] Om Anbudsgivaren vill föreslå ett förtydligande eller en komplettering av en bestämmelse i Uppdragsavtalet jämte bilagor skall Anbudsgivaren redovisa sådana förslag i en separat handling. Lämnade förslag kan, men behöver inte, komma att beaktas inom ramen för en eventuell förhandling. [...]

I punkten 2.1 i handlingen benämnd GoExcellents villkor, antaganden och kommentarer kring anbudet, tillhörande GoExcellents anbud i upphandlingen har bl.a. följande angetts. GoExcellents angivna priser förutsätter att [...] GoExcellent årligen får justera normalpriset med den indexjustering som sker av GoExcellents lokalhyreskostnader.

I Begäran om förtydligande avseende upphandlingen av SL Contact Center ställt till GoExcellent, samt GoExcellents svar, har bl.a. följande angetts. Vid genomgång av Ert anbud har SL funnit att anbudet behöver förtydligas.

1. Enligt Förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter, punkt 2.6, har anbudsgivare rätt att föreslå förtydligande eller komplettering till Uppdragsavtalet och dess bilagor. Bekräfta att Er bilaga "GoExcellents villkor, antaganden och kommentarer kring anbudet" skall anses som en sådan komplettering".

Svar: GoExcellent bekräftar att ovan nämnda bilaga skall anses som en sådan komplettering. Utöver kompletteringar till Uppdragsavtalet innehåller bilagan också förutsättningar för GoExcellents anbudspris.

2. Indexkompensation regleras i Uppdragsavtalets bilaga, punkt 12. Bekräfta att ni accepterar denna indexkompensation under avtalstiden.

Svar: GoExcellent accepterar den indexkompensation som anges i Uppdragsavtalet Bilaga 3, punkt 12 under avtalstiden. Dock vill GoExcellent också få ersättning för den indexjustering som sker i fråga om GoExcellents lokalhyreskostnader, i enlighet med vad som angivits i bilagan "GoExcellents villkor, antaganden och kommentarer kring anbudet", punkt 2.1, andra stycket, punkt 5.

I protokoll från förhandlingar mellan GoExcellent och SL den 22 oktober 2009 har bl.a. följande angetts. GoExcellent angav att varken [ovan nämnd anbudsbilaga] eller efterföljande förtydligande ska betraktas som ett förbehåll för offererat anbudspris. Anbudsbilagan ska enbart betraktas som GoExcellents förslag på förtydligande eller kompletteringar av en bestämmelse i Uppdragsavtalet jämte bilagor i enlighet med Anbudsföreskrifter p. 2.6 stycke tre. Efter diskussion mellan parterna framkom att

GoExcellent av förbiseende inte beaktat indexregleringen i Uppdragsavtalets Bilaga 4, Lokalhyresavtal A-H i sitt anbudspris. GoExcellent bereddes tillfälle att återkomma med justering av anbudspris under dagen.

I protokoll från förhandlingar mellan GoExcellent och SL den 3 november 2009 har bl.a. följande angetts. SL framförde att prisuppgifterna som inkommit från GoExcellent inte är till fullo summerade med den prisjustering som bolagets tilläts göra under anbudsgenomgång den 22 oktober 2009 på grund av bolagets förbiseende av indexregleringen i Uppdragsavtalet Bilaga 4, Lokalhyresavtal A-H. Det beslutades att GoExcellent ska inkomma med nytt anbudspris, där ovan justering för indexreglering och eventuella justeringar efter översyn av anbud enligt nedan beaktas, senast onsdag den 4 november 2009 kl. 16.00. [...] GoExcellent meddelade att bolaget räknar med ett för uppdraget negativt kassaflöde för första verksamhetsåret. GoExcellent framförde därför önskemål om att inarbetad semesterersättning ska betalas ut till GoExcellent av SL i stället för att det hanteras internt hos SL.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF skall upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 2 kap. 9 § LUF avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

I 9 kap. 8 § LUF är följande föreskrivet. En upphandlande enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 12 kap. 1 § LUF är föreskrivet att en upphandlande enhet skall anta antingen

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

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten 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.

En upphandlande enhet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF är följande föreskrivet. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Vad först gäller Transcoms invändning att GoExcellent villkorat sitt anbud i upphandlingen på ett sätt som strider mot LUF samt tillåtits göra otillåtna kompletteringar av anbudet gör länsrätten följande bedömning.

Vid förhandlade upphandlingar enligt LUF finns en relativt stor frihet att förhandla om villkoren och förutsättningarna i ingivna anbud. Sådana förhandlingar får inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Förhandlingar kan däremot avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 maj 2009 i mål nr 926-09). Anbudet blir således närmast att betrakta som preliminära intill dess att förhandlingarna har avslutats. En förhandlad upphandling förutsätter således att anbudsgivarna tillåts göra även tämligen omfattande förändringar av ingivna anbud under förutsättning att alla anbudsgivare med vilka förhandlingar bedrivs ges motsvarande möjligheter. Något hinder mot att upphandlande enheten föreslår förändringar av ingivna anbud finns inte (se t.ex. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2:nd edition, s. 1036 och 601 f.). Möjligheten enligt 9 kap. 8


§ LUF för den upphandlande enheten att begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras måste ses mot denna bakgrund.

I målet är ostridigt att såväl GoExcellent som Transcom under de förhandlingar som genomförts har fått möjlighet att förhandla ned sina anbudspriser. Det krav på indexjustering som Transcom har åberopat i målet utgör enligt länsrättens mening en sådan förutsättning för GoExcellentens anbudspris som SL och bolaget i förevarande fall haft möjlighet att förhandla om. Inte heller i övrigt har Transcom angett omständigheter i målet som innebär att de justeringar och kompletteringar till GoExcellentens anbud som gjorts går utöver vad man i en upphandling av aktuellt slag får förhandla om. Transcom har inte gjort gällande att GoExcellentens anbud såsom det slutligen kommit att utformas efter förhandlingarna varit förknippat med otillåtna reservationer eller villkor. Länsrätten bedömer att Transcoms invändningen i denna del inte medför att upphandlingen genomförs i strid med LUF.

Vad gäller Transcoms invändningen gällande GoExcellentens ekonomiska ställning konstaterar länsrätten att Transcom inte närmare har angett på vilket sätt detta medför att upphandlingen genomförs i strid med LUF. Länsrätten bedömer vid sådant förhållande att vad Transcom har anfört i denna del inte innebär att upphandlingen genomförs i strid med LUF.

Sammanfattningsvis har Transcom således inte visat att upphandlingen genomförs i strid med LUF. Ansökan om åtgärder enligt LUF ska därför avslås.

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


Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Henrik Grönberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. 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.

