



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande: A-M Danielsson

DOM
2009-05-19
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
505-09 E
Rotel 1

SÖKANDE

Input Interiör KC AB
Flygplatsvägen 30
392 41 Kalmar

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

Ombud: Jur.kand. Torbjörn Karlsson
Oskarshamns kommun
Box 706
527 28 Oskarshamn

SAKEN

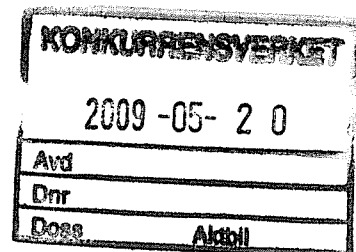
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avvisar Inputs förstahandsyrkande.

Länsrätten avslår Inputs andrahandsyrkande.

Länsrättens interimistiska beslut den 27 mars 2009 upphör att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa.



BAKGRUND

Oskarshamns kommun (kommunen) inbjöd till anbudsgivning beträffande ramavtal för möbler den 5 november 2008. I tilldelningsbeslut den 10 februari 2009 meddelade kommunen att Input Interiör KC AB (Input) antagits som leverantör av miljömöbler.

Kinnarps AB (Kinnarps) begärde överprövning och länsrätten beslutade i dom den 12 mars 2009, mål nr 281—282-09, att bifalla ansökningen och beslutade att kommunen skulle göra en ny utvärdering avseende produktgruppen miljömöbler och därvid bortse från Inputs anbud.

Kommunen antog i nytt tilldelningsbeslut den 18 mars 2009 Kinnarp som vinnande anbud.

Länsrätten har den 27 mars 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligt tagit ställning till ansökan om överprövning eller förordnat på annat sätt.

YRKANDEN M.M.

Input ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att Inputs anbud antas. I andra hand yrkas att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att Kinnarps anbud utesluts. Kinnarps anbud uppfyller inte samtliga av kommunen uppställda skallkrav. Vid korrekt anbudsprövning skulle Kinnarps anbud inte ha antagits vilket innebär att endast en leverantör, sedan Input i länsrättens dom den 12 mars 2009 uteslutits som leverantör, kan komma ifråga. Vid sådant förhållande föreligger skäl för kommunen, till följd av bristande konkurrens, att avbryta upphandlingen. Nuvarande tilldelningsbeslut medför således att Input kommer eller kan komma att lida skada. Förfrågningsunderlaget innehåller i punkt 3.2.4, bilaga 2, ett skallkrav beträffande montering, innebärande att montering ska omfattas och ingå i leveransen. Kommunens ordval – omfatta och ingå – innebär att montering ska offereras utan extra kostnad. Någon annan tolkning finns

inte utrymme för. Kinnarps offererar i sitt anbud inte montering beträffande samtliga produkter. I Kinnarps anbud, bilaga 2, framgår att för montering i vägg, tak och golv tillkommer timdebitering med 425 kr/tim. Till följd av Kinnarps anbud har kommunen ställt en specifik fråga till Kinnarps beträffande montering. I Kinnarps svar till kommunen, bilaga 3, bekräftas att det för vissa produkter debiteras en monteringskostnad uppgående till 425 kr/tim. Kinnarps uppfyller således inte skullkravet att montering ska omfatta och ingå i leveransen.

Kommunen yrkar att länsrätten avvisar alternativt avslår Inputs ansökan om överprövning samt upphäver det interimistiska beslutet. Kommunen anför i huvudsak följande.

Oskarshamns kommun meddelade nytt tilldelningsbeslut den 18 mars 2009 i enlighet med länsrättens lagkraftvunna dom den 12 mars 2009 i mål nr 281—282-09 E. Input saknade partsställning i det målet, men har ändå fått sin sak prövad via den upphandlande myndigheten. Det finns därmed inte skäl att inhämta något förhandsbesked från EG-domstolen. Länsrättens dom var klar, entydig och utförlig rörande uteslutningsgrunden. För det fall Inputs talan, helt eller delvis, tas upp till prövning bör överklagandet avslås.

Påståendet att Kinnarps gjort en reservation avseende montering: Sista anbudsdag var den 9 januari 2009. Sista frågedag var den 16 december 2008. I bifogat PM frågor och svar som den 17 december 2008 mailades samtidigt till samtliga som rekviderat förfrågningsunderlaget, fråga nr 2, gjordes en precisering avseende montering i vägg/tak/golv med följande lydelse. ”... Bord, stolar, soffor, fåtöljer och förvaringsskåp/förvaringsmoduler /materialsåp behöver ej fastgöras i vägg/tak/golv. Pris skall i förekommande fall anges i anbudet, gärna i anbudsformuläret, för ändamålsenlig och fackmannamässig montering inklusive vägg/tak/golv (det alternativ som är normalt för produkten i fråga) för skenor, takarmatursbelysning, AV-skåp och whiteboardtavla...”

Som framgår av Inputs begäran om överprövning skrev Kinnarps i sitt anbud att: ”Montering ingår i leveranserna. För montering i vägg/tak och golv tillkommer timdebitering med 425 kr/tim.”

Oskarshamns kommun begärde in ett förtydligande från Kinnarps den 15 januari 2009. Av Kinnarps svar den 16 januari 2009 framgår att anbudet är lämnat i enlighet med förfrågningsunderlaget och PM frågor och svar samt montering ingår för samtliga offererade produkter inklusive vägg/tak/golv för de produkter där detta särskilt begärts i förfrågningsunderlagen samt PM frågor och svar: ”Information gällande montering vägg/tak/golv så stämmer det att det ingår för de produkter som det är normalt för så som skenor, takarmaturbelysning, AV-skåp och whiteboardtavla. Men för övriga produkter debiteras en monteringskostnad med 425 kr/tim.”

Det vore svårbegripligt hur det skulle kunna finnas någon annan språkligt, möjlig tolkning av Kinnarps svar än att det är montering i vägg/tak/golv som åsyftas med skrivningen: ”Men för övriga produkter debiteras en monteringskostnad med 425 kr/tim.”, särskilt mot bakgrund av att Kinnarps angett 0 i monteringskostnad i anbudsprislistan i anbudet.

Vidare är det inte sannolikt att det funnits någon avsikt från Kinnarps att reservera sig avseende montering i vägg/tak/golv, i synnerhet inte med anledning av att det var Kinnarps som ställde fråga nummer 2 i bifogat PM frågor och svar. För säkerhets skull begärdes därför förtydligandet av de upphandlande myndigheterna eftersom det annars i efterhand felaktigt skulle ha kunnat anföras att Kinnarps gjort en reservation avseende montering. Kinnarps anbud innehåller således ingen reservation avseende huruvida montering ingår i leveranserna på så sätt som Input gör gällande. Även ifall länsrätten mot förmodan skulle finna att Kinnarps anbud innehåller en reservation varken har eller riskerar Input att lida skada eftersom Inputs anbud redan uteslutits i enlighet med länsrättens dom i mål nr 281—282-09 E. Detta oaktat att det finns en fakultativ möjlighet för upphandlande myndigheter att avbryta en upphandling på grund av bristande konkur-

rens när mindre än 3 kvalificerade anbud återstår. De kumulativa rekvisiten i 16 kap. 2 § första stycket LOU är därmed inte för handen.

Input uppger bl.a. följande.

Det är korrekt att Input inte har talerätt i mål nr 281—282-09 E. Det är inte korrekt att Input fått sin sak prövad via den upphandlande enheten, kommunen. Detta eftersom kommunen enbart har följt länsrättens dom i nämnda mål och uteslutit Inputs anbud från prövning. Detta kan inte sägas vara ett prövningsförfarande i den mening som föreskrivs i rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).

Kommunen har den 18 mars 2009 fattat ett nytt tilldelningsbeslut. Detta beslut innebär att annan leverantör tilldelas den upphandling som Input tidigare tilldelats. Genom beslutet lider Input skada och har sålunda rätt att begära upphandlingen överprövad till länsrätten.

Beträffande Kinnarps anbud: Enligt förfrågningsunderlaget ska montering omfattas och ingå i leveransen. Kommunens ordval – omfatta och ingå – innebär att montering ska offereras utan extra kostnad. Någon annan tolkning finns inte utrymme för. Det är entydigt att Kinnarp kommer att ta betalt i vissa fall för montering av produkter mot vägg, tak och golv. Det är således endast för vissa produkter montering mot vägg, tak och golv ingår. Företrädesvis produkter som normalt monteras mot vägg, tak och golv så som vissa belysningsprodukter, av-produkter etc. För övriga produkter tillkommer en monteringskostnad på 425 kr per timma. Kinnarps har således lämnat ett *anbud innehållande en reservation* vad avser montering. Detta strider mot skall-kravet att montering ska ingå. Input riskerar att lida skada för det fall Kinnarps anbud skulle utvärderas trots denna bristande uppfyllelse av ett skall-krav. Inputs anbud skall, av skäl som anförts i Inputs begäran om överprövning och detta yttrande, inte förkastats. För det fall länsrätten skulle finna att varken Kinnarps eller Inputs anbud ska utvärderas föreligger skäl för kommunen, till följd av bristande konkurrens, att avbryta upphandlingen.

Kommunen vidhåller vad som tidigare anförts och uppger följande.

Kommunen uppfattar inte Kinnarps anbudsskrivning som en reservation med anledning av den ändring av förfrågningsunderlaget som gjordes i PM frågor och svar och det förtydligande som begärdes från Kinnarps som bifogades kommunens förra yttrande. Även om länsrätten skulle finna att Kinnarps gjort en reservation har inte Input lidit någon skada eller riskerar att lida någon skada eftersom det finns en tredje anbudsgivare som klarat kvalifikationsfasen (jfr. t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 april 2009 mål nr 7822—7823-08).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 9 kap. 8 § får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Länsrättens bedömning

Inputs anbud har uteslutits i och med länsrättens tidigare dom den 12 mars 2009 mål nr 281—282-09. Inputs yrkande att deras anbud ska antas kan inte prövas av länsrätten på nytt. Länsrätten avvisar Inputs förstahandsyrkande.

Grundregeln vid inlämnande av anbud är att detta efter inlämnande inte får ändras. Som framgår av 9 kap. 8 § LOU finns dock vissa undantag från denna regel.

En upphandlande myndighet får begära förtydligande eller komplettering om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras. En upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar. (Se prop. 2006/07:128, s. 377).

Kommunen har i PM den 17 december 2008 gjort en precisering av uppgifterna i förfrågningsunderlaget när det gäller montering i vägg/tak/golv. Av denna framgår att montering inklusive vägg/tak/golv avser produkter där montering är normalt som t.ex. takarmatur. Sedan kommunen den 16 januari 2009 begärt förtydligande har Kinnarps bekräftat att för produkter där det är normalt med montering ingår detta men för övriga debiteras 425 kr/tim. Kompletteringen kan inte anses ha gått utöver vad som enligt LOU kan anses vara tillåtet. Enligt länsrättens bedömning uppfyller Kinnarps anbud i aktuellt avseende vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Anledning att utesluta Kinnarps anbud har inte framkommit. Två anbudsgivare återstår därmed varför bristande konkurrens inte kan anses föreliggande. Länsrätten avslår även Inputs andrahandsyrkande.

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



Elisabeth Lewin

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.