

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-05-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8707-09
Rotel 202

SÖKANDE

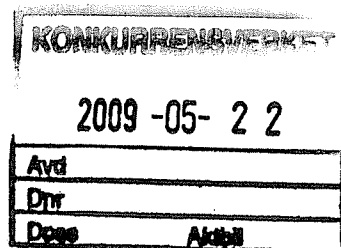
Fidelia AB, 556262-1614
Box 1113
131 26 Nacka

MOTPART

Norrtälje kommun
Tiohundraämndens förvaltning
Box 801
761 28 Norrtälje

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten avslår Fidelia AB:s begäran om överprövning.

Dok.Id 425218

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

Norrtälje kommun, genom Tiohundra-nämndens förvaltning, (kommunen) har bjudit in leverantörer att lämna anbud avseende förenklad upphandling av transport av avlidna från särskilda boenden, diarienumr 09-19-705. Sista dag för att lämna anbud var den 17 mars 2009. Enligt ett beslut som meddelades 23 april 2009 har kommunen beslutat att avbryta den aktuella upphandlingen med i huvudsak följande motivering. Skälen för beslutet är dels att förfrågningsunderlaget har brister och är utformat på ett sätt som medför att Norrtälje kommun inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels bristande konkurrens. I förfrågningsunderlaget anges att det anbud som innehåller det lägsta priset kommer att antas. Norrtälje kommuns bedömning att enbart välja kriteriet lägsta pris är olämplig. I denna typ av tjänst finns ett antal ytterligare relevanta utvärderingskriterier och omständigheter som borde ha ingått i förfrågningsunderlaget. Norrtälje kommuns avsikt är att omarbeta förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det blir möjligt att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid anbudstidens utgång inkom endast två stycken anbud vilket innebär att konkurrensen i upphandlingen är bristfällig. Norrtälje kommun kommer omgående att påbörja framtagandet av ett nytt förfrågningsunderlag och därefter annonsera upphandlingen på nytt.

YRKANDEN M.M.

Fidelia AB (bolaget) ansöker om överprövning av beslutet ovan och yrkar att upphandlingen inte skall avbrytas utan att ett tilldelningsbeslut skall fattas i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget har även yrkat att länsrätten skall ålägga Norrtälje kommun att till länsrätten inge det material som hör till utvärderingen av bolagets anbud.

Norrtälje kommun bestrider bifall till bolagets yrkanden.

Fidelia AB anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Tiohundraförvaltningen har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i LOU, genom att avbryta en pågående upphandling trots att man inte har presenterat sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Bolaget skulle ha vunnit upphandlingen om utvärderingen hade genomförts i enlighet med LOU. I ett e-postmeddelande den 1 april 2009 ställde kommunen ett antal frågor till bolaget med anledning av bolagets anbud. Bolaget besvarade dessa frågor. Därefter begärdes svar på ytterligare frågor, vilket bolaget lämnade, och den 6 april 2009 kallades bolaget till ett möte med förvaltningens ekonomichef och medicinskt ansvariga sjuksköterska. Vid mötet fick bolaget svara på ett stort antal frågor och fick veta att bolaget låg bäst till vid utvärderingen. Tiohundraförvaltningen har inte anfört sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Kommunen borde ha preciserat de brister man upptäckt samt vad som var fel på förfrågningsunderlagets utformning. Förfrågningsunderlaget uppvisar inga brister som kan motivera att avbryta upphandlingen, utan innehåller relevanta utvärderingskriterier för att kommunen på ett betryggande sätt skall kunna välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom att bjuda in de två anbudsgivarna i enlighet med punkten 2.13 hade anbuden kunnat kompletteras och förtydligas utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Genom att det kom in två anbud i upphandlingen kan man enligt rättspraxis inte hävda att det råder brist på konkurrens och detta kan således inte utgöra skäl att avbryta upphandlingen. Genom att inte precisera sakliga skäl för att avbryta upphandlingen har kommunen brutit mot LOU:s principer om transparens. Bolaget kan inte gissa sig till vilka skäl man åberopar till stöd för sitt beslut och gör gällande att upphandlande myndighet inte haft något lagligt stöd för det drastiska beslutet att avbryta upphandlingen.

Norrtälje kommun anför till stöd för sitt bestridande i huvudsak följande. Upphandlingen annonserades den 17 februari 2009. Av förfrågningsunder-

laget framgår att utvärderingen kommer att ske enligt principen om lägsta pris. Detta innebär att det anbud med lägst pris skall antas, det finns inget utrymme att värdera andra kriterier. Vid anbudstidens utgång den 17 mars hade två anbud inkommit. Efter att ha tagit del av Fidelias anbud ställde kommunen ett antal frågor till bolaget, bl.a. hur priser angetts, hur beman- ning skulle ske vid transporterna samt frågor om företagets kvalitetsarbete. Dessa frågor besvarades dels skriftligen, dels muntligen vid ett möte. Nå- gon utvärdering hade inte gjorts vid tiden för mötet och syftet med mötet var att Fidelia AB skulle förtydliga sitt anbud. Efter att kommunen tagit del av svaren från Fidelia AB och anbudet från den andra anbudsgivaren stod det klart att förfrågningsunderlaget hade brister och var utformat på ett sätt som medförde att kommunen inte hade möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet kan välja att an- tingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägsta pris. I upphandlingen valde kommunen felaktigt att tillämpa principen om lägsta pris. Att i en upphandling av denna typ välja leverantör utifrån lägsta pris är olämpligt då det finns ett antal relevanta utvärderingskriterier som borde ha ingått i förfrågningsunderlaget. Norrtäl- je kommuns beslut att avbryta upphandlingen har skett oberoende av anbu- dens innehåll. Anledningen till avbrytandet är bristerna i förfrågningsun- derlaget som medför att kommunen varken kan få information om eller utvärdera viktiga delar av uppdragets utförande.

Avbrytande av en upphandling regleras inte i LOU, däremot framgår av domstolspraxis att upphandlande myndigheter som påvisat sakliga skäl för att avbryta en upphandling ansetts få göra detta. Det nu aktuella uppdraget, som innebär att transportera avlidna från särskilda boenden i Norrtälje kommun till ett särskilt förvaringsställe på Norrtälje sjukhus eller på Ros – omsorg och service i Norrtälje – är av speciell natur och ställer höga krav på utföraren. För att säkerställa att den leverantör som tilldelas uppdraget motsvarar de krav som ställs utifrån uppdragets känsliga karaktär är det

nödvändigt att använda ytterligare kvalitetsrelaterade utvärderingskriterier utöver pris. Det är t.ex. nödvändigt att utvärdera anbudsgivarnas arbetssätt, etiska förhållningssätt, personalens erfarenhet och kunskaper, referenser m.m. Inga av dessa kriterier fanns med i förfrågningsunderlaget varför Norrtälje kommun inte kunde välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Det kan konstateras att Norrtälje kommun begick ett antal fel vid framtagningen av förfrågningsunderlaget samt att detta innebär att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan väljas. I den uppkomna situationen hade kommunen därför möjlighet att avbryta upphandlingen. Vid anbudstidens slut inkom endast två anbud. Enligt rättspraxis kan en upphandlande myndighet avbryta en upphandling om endast ett anbud uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget. I den nu aktuella upphandlingen har ingen utvärdering gjorts, varför det är oklart hur många anbud som uppfyller samtliga krav. Detta tillsammans med att endast två anbud har inkommit utgör sakliga skäl för avbrytande. Norrtälje kommun delar inte bolagets uppfattning om att bolaget låg bäst till vid utvärderingen. Eftersom det inte har gjorts någon utvärdering i upphandlingen är bolagets påstående om att det skulle ha vunnit upphandlingen felaktigt.

Fidelia AB genmäler bl.a. följande. Det Norrtälje kommun påstår om att någon utvärdering inte hade gjorts vid tiden för mötet mellan kommunen och bolaget bär prägel av att vara en efterhandskonstruktion. När de kompletterande frågorna ställdes till bolaget hade bolaget redan kvalificerat sig för utvärdering av anbudet enligt utvärderingskriterierna. Bolaget hade passerat den s.k. kvalificeringsfasen och visat att det uppfyllde samtliga skall-krav. Vid beslutet att avbryta upphandlingen var bolagets anbud inne i utvärderingsfasen. Det framstår som helt uppenbart att utvärderingsprocessen var långt gången. Vid utvärderingen av tidigare upphandling avseende samma tjänst som i den nu aktuella, utvärderades anbudsgivaren Re-

ynols AB i slutskedet av anbudsutvärderingen med en muntlig prövning. Detta var vad som skedde även i den nu aktuella upphandlingen. Förfrågningsunderlaget är godkänt av förvaltningschefen och medicinskt ansvarig sjuksköterska i ett tjänsteutlåtande daterat den 27 januari 2009, dels i ett beslut av arbetsutskottet i Tiohundraämnden den 4 februari 2009, dels av Tiohundraämnden den 12 februari 2009. Eventuella brister, som var av sådan art att man inte skulle godkänna att fullfölja en upphandlingsprocess, skulle ha uppdragats genom denna handläggning. Ett stort antal tjänstemän och politiker har tagit del av förfrågningsunderlaget och beslutat att godkänna det.

Bolaget bestrider kommunens beskrivning att det saknas ytterligare kvalitetsrelaterade utvärderingskriterier. Bolaget har redovisat svar på samtliga fem kvalitetsrelaterade utvärderingskriterier som Norrtälje kommun nu påstår saknas i förfrågningsunderlaget och som man presenterar som skäl för avbrytande av upphandlingen. Ekonomichefen var mycket nöjd med de svar bolaget redovisade. För ca ett år sedan upphandlade Norrtälje kommun samma tjänst som den i målet aktuella. Det var då samma tre tjänstemän inom kommunen som presenterade ett förfrågningsunderlag för Tiohundraämnden. Även då godkände man ett förfrågningsunderlag som, i det stora hela, uppvisar en identisk utformning som den i målet aktuella. Det som skiljer sig mest är frågan om den s.k. kvalificeringsfasen, där man i den tidigare upphandlingen efterfrågade två referenser.

Av sammanträdesprotokoll från Tiohundraämndens möte den 19 mars 2008 framgår bl.a. följande. Två anbud kom in för utvärdering. En anbudsgivare blev diskvalificerad i steg ett, pga. att denna anbudsgivare ej kunde stryka de obligatoriska företagskraven, och därmed inte kunde gå vidare till steg två. För den andra anbudsgivaren har utvärdering skett i två kvalificeringsfaser med fokus på kreditvärdighet, betalningsförmåga samt referenstagning externt och internt. Anbudsgivare har under kvalificeringsfa-

sen utvärderats med en muntlig prövning. I upphandlingen 2008, som avslutades med ett tilldelningsbeslut och kontrakt, skiljer sig ingenting från den nu aktuella upphandlingen annat än att det i den upphandlingen bara fanns en anbudsgivare kvar efter det att den ena hade uteslutits i steg 1. Här faller kommunens argument för att man hade rätt att avbryta den i målet aktuella upphandlingen med hänvisning till ”bristande konkurrens”. I det fall något av de två anbudena inte hade uppfyllt kvalificerings- och skall-kraven hade detta framgått av kommunens beslut att avbryta upphandlingen.

Norrtälje kommun har brutit mot de gemenskapsrättsliga regler som bär upp LOU, såsom kravet på affärsmässighet, likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering. En upphandlande myndighet kan inte den ena dagen meddela tilldelningsbeslut efter ett förfrågningsunderlag som är nästan exakt likadant som det i målet aktuella, och skriva kontrakt med en ensam anbudsgivare, för att i nästa stund avbryta en exakt likadan upphandling med motiveringen att förfrågningsunderlaget har brister, samt att det råder brist på konkurrens trots att det i aktuell upphandling var två anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärderingsprocessen enligt principen lägst pris.

Efter att bolaget lämnat in begäran om överprövning till länsrätten, erhöll bolaget svar på tre frågor som ställts till kommunen via e-post. I svarsmeddelandet den 29 april 2009 uppgav kommunen bl.a. följande skäl för att avbryta upphandlingen.

”1. För denna typ av tjänst är det relevant att t.ex. ta del av samt utvärdera anbudsgivarnas etiska arbetssätt, referenser, kompetens hos personalen m.m.”

Kommunens svar är påfallande otydligt och svävande och bär tydlig prägel av efterhandskonstruktion. Förklaringen till varför man valde att avbryta upphandlingen kan inte tillmätas betydelse, eftersom den lämnades i efterhand. Norrtälje kommun har, trots begäran från bolaget, inte lämnat ut det

material som hör till utvärderingen till bolaget. Bolaget har inte fått något svar på sin begäran, ej heller något besked om eventuell sekretess eller besvärshänvisning.

Den egentliga orsaken till att Norrtälje kommun avbröt upphandlingen var att kommunens företrädare var oroliga för skrivelser i Norrtälje tidning ifall kommunen tecknade avtal med Fidelia AB, efter det som skedde i maj 2008 när Stockholms läns landsting köpte ut bolaget med en stor summa pengar. Vårdbolaget Tiohundra i Norrtälje kommun är ett samarbete mellan Stockholms läns landsting och Norrtälje kommun i det gemensamägda bolaget Tiohundra. Vid tidpunkten för mötet mellan bolaget och kommunen den 6 april 2009 fanns en politisk oro för konsekvenserna av ett avtal med Fidelia AB. Att som upphandlande myndighet basera sina beslut på oro inför eventuella skrivelser i lokala medier, tidningsuppgifter och illasinnade rykten om bolaget, är ett mycket oprofessionellt agerande som inte hör hemma i offentliga upphandlingar.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår bl.a. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget till upphandlingen ”Transport av avlidna från särskilda boenden”, avsnitt 2 ”Upphandlingsföreskrifter”, framgår bl.a. följande.

2.10 Bedömning av anbud

Anbudsutvärderingen kommer att ske i två steg:

- 1) Kvalificeringsfasen, som är en prövning av anbudsgivaren, där uteslutningsgrunderna i 10 kap. LOU samt anbudsgivarens lämplighet enligt lagens 11 kapitel prövas.
- 2) Utvärderingsfasen, som är en prövning av anbudet, där det först kontrolleras att alla obligatoriska krav, s.k. skall-krav, uppfyllts. Därefter sker utvärdering av anbudet enligt utvärderingskriterierna. (...)

2.12 Bedömning av anbud: utvärderingsfasen

En förutsättning för att utvärdering ska kunna ske är således

- att anbudet är inlämnat och har besvarats i enlighet med förfrågningsunderlaget
- att anbudsgivaren bedöms vara kvalificerad samt
- att obligatoriska krav (skall-krav) uppfyllts.

Utvärdering sker enligt principen om lägsta pris, varav

- kostnaden dagtid (07:00 – 18:00): 95 procent
- kostnaden övrig tid (18:00 – 07:00): 5 procent. (...)

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande skall bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

I LOU saknas bestämmelser som reglerar under vilka omständigheter en upphandling får avbrytas. Av praxis från EG-domstolen följer dock att ett beslut att avbryta en offentlig upphandling skall kunna prövas av en nationell domstol. Genom rättspraxis är det vidare klarlagt att en upphandlande myndighets befogenhet att avstå från att fullfölja en upphandling inte är förbehållet undantagsfall eller då det finns tungt vägande skäl (EG-domstolens dom i målet C-92/00, Hi3G). De upphandlande myndigheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna om upphandling när de be-

slutar att återkalla en upphandling. Den överprövning som ska göras får inte heller begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art.

Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling har ännu inte utbildats. Den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare kvarstår har dock ansetts utgöra ett godtagbart skäl. Vad gäller vilka skäl i övrigt som kan godtas finns i EG-domstolens praxis exempel på att en upphandlande myndighet har gjort en förhandsbedömning avseende en upphandling och därefter startat förfarandet, men under detta insett att den begått fel vid förhandsbedömningen som medförde att den inte skulle ha möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se EG-domstolens dom i mål C 244/02, Kauppatalo Hansel). EG-domstolen fann att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbuds förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbuderna, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling, såsom principen om likabehandling.

I förevarande mål har Norrtälje kommun inlett en upphandling med lägsta pris som enda urvalskriterium men valt att avbryta upphandlingen innan tilldelningsbeslut fattats, med hänvisning till att förfrågningsunderlagets utformning hindrar kommunen från att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Fidelia AB har i överklagandet bl.a. anfört att kommunen inte preciserat vilka brister man ansett funnits i förfrågningsunderlagets utformning som motiverar att avbryta upphandlingen.

Länsrätten finner dock att det av kommunen anförda skälet för att avbryta upphandlingen, att förfrågningsunderlagets utformning med lägsta pris som enda urvalskriterium innebär att kommunen varken kan få information om eller utvärdera viktiga delar av uppdragets utförande, utgör ett hinder för kommunen att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad Fidelia AB har anført om att kommunen tidigare har godkänt ett liknande förfrågningsunderlag, och då även tecknat avtal med en anbudsgivare, kan inte medföra någon annan bedömning i denna del.

Sammanfattningsvis har kommunen haft sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen (jfr. EG-domstolens dom i mål C 244/02) och såvitt framgår av utredningen i målet har kommunen inte brutit mot några gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Bolagets yrkande om att länsrätten skall ålägga Norrtälje kommun att inge till länsrätten det material som hör till utvärderingen av bolagets anbud föranleder ingen åtgärd från länsrättens sida. Bolagets ansökan om överprövning skall således avslås.

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



Elisabeth Rahlén
länsrättsfiskal

Föredragande har varit Erica Nyström.



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.

