

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

Cristina Pérez

DOM
2008 -12- 17
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3173-08 E
Rotel 6

SÖKANDE

TecnoVISION S.p.A.
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

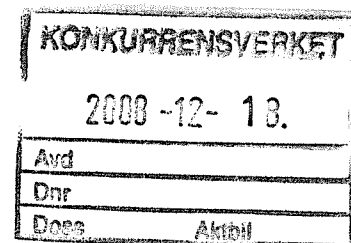
Ombud: Christer Norrvall
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

SAKEN

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



Linköpings kommun (kommunen) genomför en öppen upphandling (dnr 08/93832) av digitala vägs skyltar. I tilldelningsbeslut den 26 september 2008 har kommunen antagit annan leverantör än TecnoVision S.p.A. (bolaget).

Bolaget ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att kommunens beslut att förkasta bolagets anbud hävs och att bolagets anbud skall bedömas utifrån de tekniska specifikationer och beskrivningar som lämnats samt jämföras på ett rättvist och likvärdigt sätt. I andra hand yrkar bolaget att, om det vid en genomgång av bolagets anbud skulle föreligga något skallkrav som på ett tydligt sätt ej är uppfyllt och med tanke på att inga av de andra anbudsgivarna uppfyller samtliga skallkrav, upphandlingen skall göras om.

Kommunen medger bolagets andrahandsyrkande om att upphandlingen skall göras om.

Dok.Id 70378

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Länsrätten har den 2 oktober 2008 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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

Av förfrågningsunderlaget 6.0 (anbudets form och innehåll) framgår bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns **skallkrav**. Dessa är markerade med fetsstil. Av anbudet **skall** framgå att samtliga skallkrav är uppfyllda.

Av förfrågningsunderlagets bilaga 2, avtalsmall 5.0 (fakturerings- och betalningsvillkor) framgår bl.a. följande. Fakturerings- och betalningsvillkor **skall** ske i efterskott. Betalning **skall** ske senast trettio (30) dagar efter inkommen och godkänd faktura.

Parternas argumentation

Bolaget: Länsrätten har tidigare bifallit bolagets ansökan om överprövning av kommunens upphandling Digitala Vägskyltar, med tilldelningsbeslut den 13 februari 2008. Kommunen publicerade en ny upphandling, Vägskyltar Digitala, med sista inlämningsdag den 27 juni 2008 vilken nu är föremål för bolagets ansökan om överprövning. Enligt kommunen har bolaget inte accepterat de av kommunen uppställda avtalsvillkoren. Kommunen har förklarat att det som åsyftats varit att det i bolagets försäljningsvillkor under *betalningsvillkor* stod ”Efter senare överenskommelse, nedanstående är standard. I samband med beställning – 30 %, vid godkänd FAT (Factory Acceptance Test) – 60 % och 30 dagar efter godkänd SAT (Site Acceptance Test) – 10 %.” Kommunen menade att skrivningen påpekats förra gången, men släppts igenom. Eftersom bolaget redan förra gången förklarat för kommunen att skrivningen bara skulle ses som information och att eventuella krav i sammanhanget naturligtvis följs, innebär det att kommunen visste vad bolaget menade med skrivningen. Ändå förkastades anbudet. Istället borde kommunen ha tagit kontakt med bolaget och med stöd av 9 kap. 8 § LOU begärt ett förtydligande. Bolaget kan inte förstå var kommunen hittat en saklig motivering till att förkasta anbudet endast p.g.a. detta. Om det som åsyftas är de elva punkter som i anbudsförfrågan kallas ”avtalsmall”, så tolkar bolaget det som ett förslag till avtal och inte ett bindande dito. Normalt sett skrivs inga avtal i samband med anbudslämnande. Det skulle kunna bli många avtal, där i så fall, samtliga utom ett, skulle vara onödiga. Detta förtydligas med två skrivningar. På anbudsförfrågans första sida står det att förfrågningsunderlaget är uppdelat i tre avsnitt: Anbudsförfrågan, kravspecifikation och avtalsmall. Sista avsnittet, ”avtalsmall”, kan enligt bolaget bara tolkas precis som det är skrivet, att det är en mall eller ett avtalsförslag. Den bifogade word-filen med förslaget heter t.o.m. ”avtalsförslag skyltar doc.”. Dessutom anser inte bolaget att formuleringen ”efter

senare överenskommelse” per automatik skall tolkas som att ett eventuellt krav på betalning trettio dagar efter fakturaankomst, inte skulle kunna godtas av bolaget. Detta är trots allt formalia, det måste vara kvalitén på produkten i anbudet som är viktigast. I detta fall har bolagets anbud inte ens tagits upp till bedömning. Detta strider mot flera av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Ett klart exempel på att likabehandlingsprincipen åsidosatts, är att en annan anbudsgivare lämnat in ett felaktigt dokument, ”Prisblad och anbudsprisformulär” avseende den förra upphandlingen. Ett nytt rättat dokument kom in den 2 juli 2008. Sista inlämningsdag var den 27 juni 2008. Detta accepterades av kommunen. Om denna komplettering skedde på grund av en fråga från kommunen eller om anbudsgivaren själv insåg sitt misstag kan inte utläsas av handlingarna. Enligt tilldelningsbeslutet står det att den antagne leverantörens anbud uppfyller förfrågningsunderlagets samtliga ställda krav. Detta stämmer inte på flera punkter. Det viktigaste och något som enkelt kan pekats ut är kravet enligt 5.1 ”Horisontell tittvinkel på 140° och vertikal på 40°”. Här har den antagne leverantören uppgett 160° respektive 60°. Av faktablad avseende den skylt det handlar om på tillverkarens hemsida, framgår att alla deras utomhusmodeller endast har 120° respektive 50°. Det är resultatet av att använda de billigare runda 5 millimeters dioderna som optimalt kan visa 120° horisontellt. Dyrare ellipsformade dioder däremot, kan optimalt visa 160° horisontellt. Detta innebär att den antagne leverantören i sitt anbud har uppgett felaktig horisontell tittvinkel. Rätt värde är 120° och därmed är inte skallkravet uppfyllt. Det vinnande anbudet skulle således ha förkastats. Några av kraven i kravspecifikationen strider enligt bolaget mot proportionalitetsprincipen. Kravet på enhetlig ljusstyrka är framträdande. Skillnaden får vara högst två procent över hela skärmytan. Även om bolaget är en av världens största tillverkare i branschen, är det en nära nog omöjlig uppgift att med 235 520 dioder fördelade på 23,55 kvm få en homogen ljusstyrka som bara får avvika med två procent. Den antagna leverantören har angett att det har mindre än en pro-

cent i total avvikelse. Bolaget påstår att detta inte är möjligt. För att ytterligare förtydliga det oproportionerliga i detta krav, så är det så att även om kravet på två procent klaras, gäller det bara vid leverans från fabriken. När skylten är monterad på plats är den påverkad av yttre förhållanden såsom solljus m.m., som gör att det som gällde på fabriken inte längre gäller. Mätbara skillnader kommer mycket snabbt. I kravspecifikationens punkt 4.0 står det att målsättningen är att ha en produktionsfärdig anläggning senast i oktober 2008. Sista dagen för anbudsinlämning var den 27 juni 2008 och tilldelningsbeslut kom den 24 september 2008. Samtliga konkurrerande anbudsgivare uppfyller inte skallkraven på minst två, oftast flera, punkter. De flesta är så tydliga att det inte kan ha undgått kommunens handläggare, exempelvis för gammalt eller inget bifogat SKV 4820 intyg, referenser som inte avser de produkter som efterfrågas i upphandlingen, för gammalt eller inget bifogat registreringsbevis, avsaknad av beskrivning i kravspecifikationen, avsaknad av leveransdatum, inget bifogat riskintyg eller riskintyg som visar en för låg riskklass. Detta betyder att kommunen valt att släppa igenom mängder med ej uppfyllda skallkrav. I anbudsförfrågan, under punkten 18 "Prövning av anbudet" står det på sidan 9 "Utformning och teknik" i detalj hur poängfördelningen skall ske med viktvärde, uppfyllnadspoäng m.m. I anbudsprisutvärderingen är endast resultatet, multiplicerat med viktningen (45 procent) visat. Då det totalt är sextiåtta (68) viktvärde i kravspecifikationen, som dessutom har olika viktvärde (1-5) är det av största vikt att det finns möjlighet att kontrollera hur poängsättningen är gjord. Dessutom är uppfyllnadspoängen felaktig och strider mot transparensprincipen. Egentligen är det enkelt, antingen uppfyller anbudsgivaren skallkravet eller inte. Här ges 0 poäng till "ej uppfyllda" och 1-5 poäng beroende på hur bra uppfyllda kraven är. "Uppfyllda med stor tvekan" ger 1 poäng, "uppfyllda med tvekan" ger 2 poäng, "uppfyllda" ger 3 poäng, "väl uppfyllda" ger 4 poäng och "mycket väl uppfyllda" ger 5 poäng. Kravet på ljusstyrka enligt punkten 5.1. är lägst 5 000 Nits. Om det i ett anbud upp-

getts 5 000 Nits, ställer bolaget sig frågande till om detta skall få 3, 4 eller 5 poäng. Bolaget undrar vidare om 6 000 Nits ger högre poäng och om 7 000 Nits ger ännu högre poäng och om 4 500 Nits innebär 1 eller 2 poäng, trots att kravet inte är uppfyllt. Framförallt med tanke på att skallkraven har behandlats utan respekt för bl.a. likabehandling och transparensprincipen kan misstänkas att poängbedömningen inte gått rättvist till. Kommunen har släppt igenom mängder med ej uppfyllda skallkrav från samtliga av de övriga anbudsgivarna, inte tagit upp bolagets anbud till teknisk utvärdering och förkastat bolagets anbud på grund av en detalj som står skrivet i ett avtalsförslag och som därmed inte kan gälla. Grunderna har ingående diskuterats med tillfrågad expertis som beskriver en del av skrivningarna i förfrågningsunderlaget som luddiga, tveksamma till rent felaktiga.

Kommunen: Kommunen medger påtalade brister avseende den utvärderingsmodell som använts i den nu berörda upphandlingen. Då dessa brister är av en sådan art att de inte kan korrigeras genom rättelse och också kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen bestrider kommunen yrkandet om rättelse, men medger yrkandet om att upphandlingen skall göras om. Allvarliga brister i utvärderingsmodellen bl.a. avseende kravet på transparens har påtalats. Kommunen medger att utvärderingsmodellen har de påtalade bristerna. Utöver bristerna i utvärderingsmodellen påtalas även ett flertal andra brister. I vissa fall finns grund för dessa synpunkter, medan det i andra saknas grund. Kommunen finner dock inte skäl att bemöta synpunkterna i detalj eftersom bristerna i utvärderingsmodellen är av sådan art att upphandlingen måste göras om.

Bolaget: Om länsrätten finner att kommunen har grund för att bolagets anbud skall förkastas av den orsak som framgår i tilldelningsbeslutet, håller bolaget med kommunen om att upphandlingen skall göras om, eftersom inget av de inlämnade anbuden då inte uppfyller samtliga skallkrav. Om

däremot länsrätten finner att bolagets anbud förkastas på felaktiga grunder, är bolagets anbud det enda som uppfyller samtliga skallkrav och då skall naturligtvis bolagets anbud bedömas utifrån de tekniska specifikationer och beskrivningar som lämnats, och jämföras på ett rättvist och likvärdigt sätt. En rättelse är mycket enkel och skulle inte strida mot transparens- och lika-behandlingsprincipen. Formuleringarna från kommunen visar enligt bolaget att kommunen vill ha en tredje upphandling istället för en rättelse. Det borde verkligen strida mot LOU:s principer att göra så många upphandlingar som behövs, tills man får den leverantör som man tänkt sig. Felet i kommunens utvärderingsmodell är att skallkraven är differentierade och ger olika poäng beroende på hur bra uppfyllda de är. Egentligen är det mycket enkelt, antingen uppfylls skallkravet eller så uppfylls det inte. Rättelsen består i att, om skallkravet är uppfyllt ger det 3 poäng, som enligt utvärderingsmodellen är "uppfyllda" och att det helt bortses från "uppfyllda med stor tvekan", "uppfyllda med tvekan", "väl uppfyllda" samt "mycket väl uppfyllda". Detta strider varken mot transparens eller mot likabehandlingsprincipen och dessutom missgynnas inte anbudsgivare som uppfyller samtliga skallkrav. Det finns annars en stor risk att så sker om upphandlingen måste göras om en tredje gång. Det kan inte heller vara meningen att anbudsgivare som missat enkla skallkrav skall ges en ny chans bara för att upphandlaren vill ha en viss leverantör. Om länsrättens dom leder till krav på en ny upphandling finns viss risk för direktupphandling i strid mot LOU.

Kommunen: Kommunen har rätteligen förkastat bolagets anbud då det innehåller en reservation. En anbudsgivare kan inte i efterhand påstå att vissa delar av anbudet inte alls var delar av anbudet utan bara information. Den av bolaget tillagda avtalstexten är en tydlig reservation. Det framgår tydligt av texten att den inte är avsedd att vara information utan att bolaget har ansett sig kunna förhandla om detta med kommunen. I anbudet under betalningsvillkor anges; "efter senare överenskommelse, nedanstående är stan-

vard”, under leveranstid står; ”eller efter annan överenskommelse – efter att villkoren för överkommen betalningsplan uppfyllts”. Det finns dock inget utrymme för någon betalningsplan eller för någon förhandling, vilket kommunen tydligt givit uttryck för i anbudsfrågan punkt 5.0. Bolagets reservation innebär att kommunen ska betala i tre delar varav endast 10 procent ska betalas 30 dagar efter fullgjord leverans. Kommunens avtalsvillkor innebär dock att leveransen skall vara fullgjord innan någon fakturering sker, d.v.s. fakturering sker i efterskott. Avtalsförslaget anger vilka kontraktsvillkor som gäller. Avtalsförslaget utgör en stor och väsentlig del av förfrågningsunderlaget. Bolaget har vidare fyllt i och bifogat fel skallkravlista och uppfyller således inte heller detta krav. Beträffande vad bolaget anför i övrigt konstaterar kommunen att referenser i kvalificeringsfasen, såsom i denna upphandling, avser anbudsgivarens förmåga att fullgöra kontraktet. Referenserna behöver därmed inte avse de varor eller underleverantörer anbudsgivaren samarbetar med i aktuell upphandling. Påståendena om att referenser i vissa andra anbud är felaktiga stämmer således inte. Rätt att begära komplettering av bland annat nya SKV-blanketter och liknande dokument följer direkt av 9 kap. 8 § LOU. Kommunen vidhåller sin uppfattning att bristerna i upphandlingen är av sådan art att de inte kan korrigeras genom rättelse. Bristerna är av sådan art att de kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Då utvärderingsmodellen bland annat utvärderar och poängsätter uppfyllandet av vissa skallkrav är det inte bara utvärderingskriterierna som är felaktiga, utan även berörda skallkrav. Påståendet att kommunen eventuellt skulle genomföra en direktupphandling om länsrätten beslutar om ny upphandling stämmer inte. Kommunen har för avsikt att, precis som i denna upphandling, genomföra en öppen upphandling.

Bolaget: Ingen reservation föreligger. Att påstå att bolaget i efterhand kommer med informationen tyder på att kommunen inte läst och förstått

texten på rätt sätt. "Efter senare överenskommelse" betyder inte per automatik att kommunens önskemål om betalningsvillkor inte skulle uppfyllas. Framförallt eftersom kommunen, efter diskussion efter första upphandlingsförsöket redan kände till vad som avsågs. Då var det inga problem med skrivningen. Denna gång, med exakt samma skrivning, förkastas anbudet. I anbudsförfrågan hänvisar kommunen till "avtalsmall", bifogad i word-fil som heter "Avtalsförslag skyltar". Detta kan bara läsas som det står, nämligen som ett förslag till avtal, eller en mall att utgå från. Kommunen hänvisar till texten i anbudet där det under leveranstid står "eller efter senare överenskommelse". Orsaken är att skyltarna är klara för leverans på fabriken cirka 60 dagar efter beställning. Det viktiga enligt kravet är att installation är klar tre månader efter beställning. Det är vanligt att kunder av olika orsaker inte vill ha skyltarna levererade direkt när de är färdiga. Det kan ha att göra med att vissa förberedande arbeten på installationsplatsen inte är slutförda. Kommunen uppger att det är mycket viktigt att alla krav enligt förfrågningsunderlaget följs. Kommunen har dock på upprepade ställen släppt igenom ej uppfyllda skallkrav, både av formell karaktär och ej uppfyllda skallkrav som har att göra med tekniska lösningar som är av avgörande betydelse för en bra skylt med bra bildkvalité. Kommunen uppger att det är mycket viktigt att alla krav och villkor enligt förfrågningsunderlaget följs och att bästa villkor lämnas i anbudet. Detta kan tolkas som att anbudsgivare lämnar de villkor som man anser vara bra vilket stöder bolagets uppfattning om att det skall ses som ett förslag och inte som ett absolut krav. Komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU skall gälla alla anbudsgivare och inte lämnas till ett individuellt tyckande om vad som skall förtydligas. Alla skall få samma chans att rätta till uppenbara fel. Upphandlingen behöver inte göras om, för att få ett avslut som inte strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

Kommunen: Avtalsförslag/avtalsmall är vedertagna begrepp i upphandlingssammanhang. Något avtal kan inte föreligga, utan att parterna är fast-

2008 - (2) - 17

ställda och har undertecknat upphandlingskontraktet. Att acceptera avtalsmallen var ett tydligt angivet skallkrav, något utrymme för missförstånd fanns således inte.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga i målet är om upphandlingen genomförts på ett sådant sätt att det stridit mot bestämmelserna i LOU och om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Det är härvid av vikt att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och att exempelvis viktningen av utvärderingskriterierna tydligt redovisats för leverantörerna. Såväl bolaget som kommunen har påtalat att det förelegat brister i den aktuella upphandlingens utvärderingsmodell. Med beaktande av de i målet påtalade bristerna finner länsrätten att upphandlingen genomförts på ett sådant sätt att det stridit mot lagens bestämmelser om öppenhet. Fråga är om dessa brister medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Av kommunens anbudsfrågan framgår att förfrågningsunderlaget och dess bilagor innehåller ett antal obligatoriska skallkrav. Den i målet aktuella avtalsmallen, förfrågningsunderlagets bilaga 2, stadgar härvid bl.a. att fakturering skall ske i efterskott och att betalning skall ske senast trettio dagar efter inkommen och godkänd faktura. Det kan således inte råda någon tvekan om att avtalsmallens skrivning avseende betalning utgör ett sådant kvalificeringskrav som skulle vara uppfyllt i de konkurrerande leverantörernas anbud för att dessa skulle tas upp till utvärdering. Bolaget har i sitt anbud under betalningsvillkor angett bl.a., efter överenskommelse, och som standard andra villkor än de av kommunen uppställda kraven på betalning. Bo-

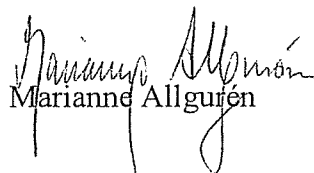
laget har således inte uppfyllt upphandlingens kvalificeringskrav avseende betalning. De av bolaget uppställda betalningsvillkoren får anses tydligt skilja sig från det av kommunen uppställda kvalificeringskravet. En begäran om komplettering eller förtydligande skulle kunna medföra risk för konkurrensbegränsning, oförenlig med LOU. Kommunen har därmed haft fog för att förkasta bolagets anbud. De brister som påtalats avseende upphandlingen hänför sig till upphandlingens utvärderingsfas och har till följd av vad som anförts därmed inte kunnat medföra skada för bolaget. Med hänsyn härtill saknas anledning att närmare pröva frågan om upphandlingen ska göras om. Bolagets ansökan ska därför avslås.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 2 oktober 2008 upphör därmed att gälla.

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


Marianne Allgujén



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 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.