

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-05-19
Meddelad i Stockholm

Mål nr
4621-09
Rotel 554

SÖKANDE

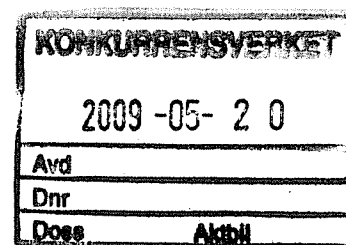
AB Sporrang, 556221-1820
Box 6042
171 06 Solna

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 6 mars 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 413971

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling av "Official badges and Uniform buttons" (dnr 343788-AI775142).

FMV har i tilldelningsbeslut meddelat att man antagit ett annat anbud än anbudet från AB Sporrong (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom att de av Statens Provningsanstalt (SP) utförda testerna vad avser nickel- och guldhalt görs om och att alla anbudsgivare därvidlag får skicka in nya prover. I andra hand yrkas att upphandlingen i sin helhet ska göras om. Till stöd för sin talan anger bolaget i huvudsak följande. Bolaget har uteslutits på grund av de ofullständiga tester som utförts av SP. SP har kommit fram till att guldhalt varit för låg i ett av bolagets tecken. Mätresultatet går emot bolagets egna mätningar som visat att kravet på rätt guldhalt uppfyllts med god marginal. Bolaget har levererat märken och knappar till FMV under decennier. Det är oklart hur resultaten kan skilja sig åt när samma tillverkningsmetod som tidigare använts och de egna mätningarna visat godkända värden. Vål medvetet om att de egna provresultaten saknar bevisvärde i detta fall anser bolaget att de ger upphov till ett tvivel om de av SP utförda proven kan utgöra grund för beslutet. Vidare är syftet med testen av emblem och knapp enligt förfrågningsunderlaget att kontrollera att leverantören har den tekniska förmågan att framställa märken av den kvalitet som FMV efterfrågar. Det strider mot kravet på proportionalitet att utesluta en leverantör på grund av en så pass liten avvikelse som det rör sig om beträffande guldmängden. Oavsett om guldmängden i det enskilda provet överstigit eller understigit kraven har bolaget den tekniska förmågan att tillverka märken med vilken guldhalt som helst. Kravet att provmärket i sig måste innehålla en viss guldmängd kan därför också anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Det framgår vidare av den tekniska specifikationen att tecknen inte får förbehandlas genom förnickling. Av rapporten från SP framgår beträffande ett av leverantörens prover att *Tjocklek i nickelskikt* och *Ni i mg* är ”ej bestämt”. Man hänvisar i rapporten till att nickelhalten inte kan bestämmas då de två mätningar som genomförts skiljer sig kraftigt åt. Efter samtal med SP har verifierats att SP delat ett av proven i två delar och vid mätning av respektive del uppvisat så stora skillnader i nickelhalt att den inte kan bestämmas. SP:s utprovning har således inte kunnat fastställa hur höga halter nickel som förekommit eller om en eventuell förekomst av sådant nickelskikt funnits i den vinnande leverantörens prov. Att mängden nickel inte kunnat bestämmas oaktat att det varit ett krav som kunnat utesluta vinnande leverantör anser bolaget strida mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Om tecknen innehållit nickel borde vinnande leverantör ha uteslutits från upphandlingen. Att nickelhalten inte kunnat fastställas visar att testerna inte är fullständiga och inte heller ger tillräcklig information för att kunna utesluta den ene eller andre anbudsgivaren. Det är inte proportionerligt att utesluta bolaget enbart på grund av att provsvaret med mycket liten marginal underskrider det uppställda kravet på guld-mängd, i synnerhet då FMV samtidigt accepterar att det kan förekomma ett nickelskikt eller en obestämbar nickelhalt. Eftersom FMV inte begärt att nickelhalten ska kontrolleras, utan endast att guldhalt ska kontrolleras, kan bolaget även ha diskriminerats i förhållande till vinnande leverantör då det likaledes varit ett ska-krav att tecknen inte får vara nickelöverdragna eller innehålla för mycket nickel. FMV borde ha kontrollerat både nickel- och guldhalt eftersom båda dessa krav utgjort ska-krav i förfrågningsunderlaget. Då oklarhet föreligger huruvida halten av nickel kunnat fastställas bör proven i sin helhet anses ofullständigt utförda och de bör därmed göras om. Att enbart testa vinnande anbudsgivares prover skulle uppenbart strida mot likabehandlingsprincipen. Det är självklart att även guldmängden ska kontrolleras vid en ny provomgång. Upphandlingen bör därvid rättas så till vida att leverantörerna får skicka in nya provexemplar och en ny provom-

gång genomförs av alla leverantörers prover. Bolaget har genom FMV:s beslut att tilldela vinnande anbudsgivare kontraktet utifrån nämnda omständigheter lidit eller riskerat att lida skada.

FMV bestrider i första hand bifall till ansökan och yrkar i andra hand att länsrätten beslutar att anbudsutvärderingen ska göras om, dock endast såvitt avser vinnande anbud. Till stöd för sin inställning anför FMV bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga två anbudsprover av tjänstetecken respektive uniformsknappar, vilka ska uppfylla kraven i Teknisk specifikation 11672 B och 11673 B. Härutöver anges att resultat från laborietester som styrker att anbudsproverna uppfyller ställda krav vad gäller gulddinnehåll ska bifogas anbudet. Av anbudsinfördran punkt 4.3 framgår vidare att FMV kan komma att utföra egna oberoende tester såvitt avser föreskrivet guldsikt samt att FMV:s testresultat vid en eventuell motstridighet ska äga företräde. På grund av negativa erfarenheter av leverantörers tester såvitt avser guldsikt valde FMV att genomföra egna tester. Insända anbudsprov avseende tre kvalificerade anbudsgivare har testats genom så kallade förstörandeprov hos det oberoende testinstitutet SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut (SP). Förstörandeprov innebär att anbudsproven konsumeras helt. Av testrapporten framgår att det endast var ett anbudsprov som kontrollerades beträffande förekomst av nickelsikt. Inga tester av nickelsikten utfördes vad avser bolagets eller vinnande anbudsgivares anbudsprover. I sammanhanget bör tilläggas att FMV endast begärt tester av guldsiktets tjocklek. I FMV:s tekniska specifikationer för såväl märken som uniformsknappar föreskrivs att guldsiktets tjocklek inte får understiga 0,4 µm. Guldsiktet för bolagets anbudsprov uppgår endast till 0,32 µm och understiger således föreskrivet värde med 0,08 µm. Bolaget har därmed inte uppfyllt kraven i den tekniska specifikationen gällande guldsikt. Laglig möjlighet att göra om anbudsutvärderingen genom nya insända anbudsprover från bolaget saknas eftersom ett sådant förfarande är att jämföra med en

ny upphandling. FMV har begärt ett klargörande från SP vad som avses med "Ej bestämt" gällande vinnande anbudsgivares anbudsprov 2274:6 ifråga om nickelhalten. Av klargörandet framgår att värdena för två likadana mätningar skiljer sig för kraftigt åt (0,30 mg respektive 1,7 mg) för att kunna anses relevanta. Vad gäller nickelhalt i kärnämnet kan konstateras att de värden som redovisats i SP:s rapport vida understiger acceptabla nickelhalter enligt ISO 426/1. Mot bakgrund härav anser FMV att det inte är visat eller att det i övrigt finns något skäl att anta att någon förbehandling föreligger, varför båda leverantörerna uppfyller angivet krav beträffande förbehandling av nickel. Det är FMV:s uppfattning att vinnande anbudsgivare uppfyller samtliga krav. Följaktligen är det inte möjligt att underkänna vinnande anbudsgivares anbud mot bakgrund av testrapporten samt den nickelmängd som följer av ISO 426/1. Om länsrätten finner att denna bedömning inte är tillfyllest yrkar FMV att anbudsutvärderingen görs om såvitt avser vinnande anbudsgivares anbud varvid ytterligare test genomförs av kvarvarande anbudsprover om förekomst av nickelskikt.

Länsrätten har den 6 mars 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

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.

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

I förfrågningsunderlaget under punkt 4.3 (*Tender samples*) anges bland annat följande. The Tenderer shall include the following tender samples with the tender: Two samples of badges (only two samples for the group badges) for items 1-4 and 12-38 in accordance with the Technical Specification 11672 B and also a record from laboratory tests, proving that these two samples fulfil clause 3.7 in the Technical specification 11672 B regarding the gold content. – Two samples of buttons (only two samples for the group buttons) for items 5-11 in accordance with the Technical specification 11673 B and also a record from laboratory tests, proving that these two samples fulfil clause 3.3 in the Technical specification 11673 B regarding the gold content. – FMV can execute independent test of its own concerning the gold content regardless of the required laboratory test of the Tenderers. If FMV test results deviate from the results submitted by the Tenderers, the test results of FMV shall have precedence. – If the tender samples do not fulfil the above-mentioned test, the tender will be rejected.

I Teknisk specifikation 11672 B under punkt 3.7 (*Ytbehandling*) anges bland annat följande. Förgyllning ska göras med finguld (minst 23 karat) och ha en kulör som motsvarar arbetsmodell. Tecknen får ej förbehandlas genom förnickling. Guldsiktets tjocklek får ej understiga 0,4 µm. Vidare anges under punkt 4 (*Kvalitetssäkring*) bland annat följande. Leverantörens åtaganden är bland annat att inkomma med testresultat från eget eller annat laboratorium avseende guld- och silverhalt.

I Teknisk specifikation 11673 B under punkt 3.3 (*Ytbehandling*) anges bland annat följande. Förgyllning ska göras med finguld (minst 23 karat) och ha en kulör som motsvarar arbetsmodell. Knappen får ej förbehandlas genom förnickling. Guldsiktets tjocklek får ej understiga 0,4 µm. Vidare anges under punkt 4 (*Kvalitetssäkring*) att leverantörens åtaganden bland annat är att inkomma med testresultat från eget eller annat laboratorium för guld- och silverhalt.

I Teknisk specifikation 11672 B anges under punkt 2 (*Tillämpliga handlingar*) bland annat att förutom denna tekniska bestämmelse gäller ISO 426/1.

Av Teknisk specifikation 11673 B punkt 2 (*Tillämpliga handlingar*) framgår bland annat att förutom denna tekniska bestämmelse gäller ISO 426/1.

I tilldelningsbeslut daterat den 25 februari 2009 anges bland annat följande. Bolaget klarade inte ska-kraven i de tekniska specifikationerna avseende att guldhalt ska vara minst 0,4 µm. Av bolagets anbudsprover klarade ett ska-kraven för guldhalt. Seifert A/S klarade ska-kraven i de tekniska specifikationerna och valdes som leverantör.

Av bilagor till tilldelningsbeslutet framgår bland annat följande. I enlighet med ISO 426/1 får kopparen innehålla max 0,3 % nickel. Bolagets anbudsprover har en nickelhalt som understiger högsta acceptabla värdet för nickel. Vad avser vinnande anbudsgivares prover understiger märkesprovet högsta acceptabla värdet medan test på ingivet knapprov har resulterat i två olika värden, vilket föranlett SP att ange testresultatet för nickelhalt och nickelskikt som "Ej bestämt". SP har klargjort att vid bestämning av mängden nickel i ett av vinnande anbudsgivares prover har resultaten för två likadana mätningar skilt sig kraftigt åt och de därmed inte kan anses relevanta. Någon mängd angavs därför inte i rapporten.

Länsrättens bedömning

Guld

Bolaget har anfört att SP:s mätresultat vad gäller ingivna provers guldhalt går emot bolagets egna mätningar samt att detta ger upphov till tvivel om de av SP utförda proven kan utgöra grund för beslutet. Vidare har bolaget anfört att det strider mot kravet på proportionalitet att utesluta en leverantör på grund av en så liten avvikelse som här är fallet. Bolaget har även anfört att kravet att provmärket måste innehålla en viss guldmängd också i sig kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna ska skicka med två prover av märken och två prover av uniformsknappar samt utdrag från laboratorietester som visar att kraven på viss guldhalt som anges i de tekniska specifikationerna 11672 B och 11673 B är uppfyllda. Vidare framgår av

förfrågningsunderlaget att FMV förbehåller sig rätten att anlita ett oberoende testinstitut för tester vad gäller provernas guldhalt samt att dessa resultat i så fall ska äga företräde framför de som leverantörerna inkommit med.

Länsrätten finner inledningsvis att det uppställda kravet avseende guldhalt inte strider mot proportionalitetsprincipen.

I målet är ostridigt att ett av bolagets prover enligt SP:s provresultat inte uppfyller de krav på guldhalt som angivits i den till förfrågningsunderlaget fogade tekniska specifikationen. Länsrätten finner mot denna bakgrund och då det i förfrågningsunderlaget angivits att oberoende testinstituts resultat ska äga företräde framför leverantörernas inlämnade laboratorieresultat, att FMV haft fog för att utesluta bolaget från utvärderingen. Vad bolaget anfört föranleder ingen annan bedömning.

Nickel

Bolaget har anfört att FMV agerat i strid mot LOU då vinnande anbudsgivares anbud antagits trots att nickelhalt och eventuell förekomst av nickelskikt i av denne inlämnat prov inte kunnat fastställas. Vidare har bolaget anfört att krav på viss högsta nickelhalt samt att proverna inte får vara nickelöverdragna utgjort ska-krav och att FMV därför borde ha kontrollerat nickelhalten hos leverantörernas samtliga prover.

I förfrågningsunderlaget anges inte, till skillnad från vad som anges beträffande guldhalt, att FMV kan komma att genomföra tester avseende ingivna provers nickelhalt eller förekomst av nickelskikt. Med hänsyn härtill och då det i målet inte framkommit att FMV av någon särskild omständighet haft anledning att anta att ingivna prover inte skulle uppfylla ställda krav avseende nickel, finner länsrätten att FMV inte varit skyldigt att genomföra tester för att kontrollera nickelhalt och förekomst av eventuellt nickelskikt.

Trots att någon sådan skyldighet inte förelegat har tester avseende prover-
nas nickelhalt och, i ett fall, förekomst av nickelskikt utförts. Resultaten
visar inte att vinnande anbuds prover inte skulle uppfylla uppställda krav.

Med hänsyn till det ovan anförda finner länsrätten inte att det i målet är
visat att det begåtts sådant fel vid upphandlingen att det föreligger skäl för
ingripande enligt 16 kap. LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Hans L Larsson

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



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 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.

