

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

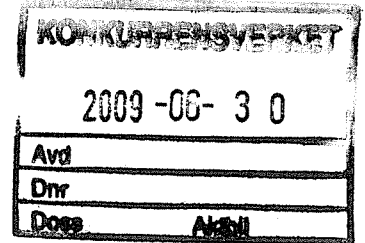
DOM
2009-06-29
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1769-09 E
Rotel 3

Christina Fränngård

SÖKANDE

OnScreen AB, 556612-8970
Box 2300
600 02 Norrköping



Ombud: Advokaten Claes Egnell och Jur.kand. Christian Wahlström
Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

SAKEN

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

Genom tilldelningsbeslut den 14 maj 2009 gällande upphandling av digitala vägs skyltar (dnr UH-08-19) har Linköpings kommun (kommunen) antagit anbud från OnScreen AB (bolaget). Den 27 maj 2009 har Linköpings kommun upphävt det tidigare tilldelningsbeslutet och genom nytt tilldelningsbeslut, i vilket bolagets anbud förkastats, istället antagit anbud från VertiseIT AB. Upphandlingen är genomförd enligt reglerna om öppet förfarande.

Länsrätten har den 5 juni 2009 beslutat att kommunen inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att Linköpings kommun ska utvärdera bolagets anbud och därvid beakta att detta anbud utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 80065

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

Kommunen yrkar att bolagets ansökan ska lämnas utan bifall.

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. följande. En upphandlande myndighet får 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.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges 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.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. I upphandlingsföreskrifterna i punkt 5.4 *Reservationer* anges följande. Anbudet ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud accepteras inte.

Av anbudsföreläres punkt 5.0 med rubriken *Obligatoriska krav* och underrubrik 5.1 *Krav på acceptans av avtalsförelägen* framgår följande. Anbudsgivaren ska acceptera villkoren i bifogad avtalsförelägen i sin helhet. Accepteras avtalsförelägen? Ja (följt av en kryssruta).

I avtalsförslagan under punkt 4.0 *Uppdrag – Leverans och driftsättning* anges följande. Leverantören åtar sig ett totalåtagande som omfattar leverans, lossning, lyft, montering, installation och driftsättning av två (2) stycken skyltar. Leverantören ansvarar i samband med utförandet av uppdraget för:

- att skyltarna uppfyller gällande lagar, förordningar, föreskrifter och regler på området.
- skyltarnas funktion och att de uppfyller avtalad kvalitet under hela avtalstiden.
- att samråd med beställaren och markägarna genomförs innan etablering sker vid varje skyltläge.
- att bedöma behovet av eventuell extra förstärkning av tillfartsvägar till och arbetsytor vid varje skyltläge samt att själv bekosta och utföra eventuella extra förstärkningar samt avlägsna dem efter utfört arbete.
- att samtliga ytor som under arbetets gång tagits i anspråk för upplag, tillfälliga vägar och planer eller på annat sätt nyttjas ska återställas.

I avtalsförslagan under punkt 5.4.1 med rubriken *Funktionshindrande fel* och underrubrik *Basservice* anges följande. Vid funktionshindrande fel ska inställetid vara senast nästa arbetsdag för att påbörja reparation och service. Fel ska åtgärdas senast inom tre (3) dagar.

Parternas argumentation.

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har felaktigt uteslutit bolagets anbud. Samtliga uppställda kvalifikationskrav enligt förfrågningsunderlaget har uppfyllts, varför anbudet borde ha utvärderats. Genom att utesluta bolagets anbud har kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. För det fall bolagets anbud rätteligen hade utvärderats hade anbudet varit det ekonomiskt mest fördelaktiga, varför anbudet skulle ha antagits. Således har bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av kommunens brott mot LOU. I vilket fall som helst har kommunen haft en skyldighet att reda ut eventuella oklarheter eller motsägelser i läm-

nade anbud. Enligt uppgift har kommunen, vad gäller en av de övriga anbudsgivarna, genom direktkontakt klarat ut en direkt motsägelse i lämnat anbud. Genom att inte förfara på samma sätt gentemot bolaget har kommunen brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. – Enligt punkten 5.1–2 ska anbudet lämnas i enlighet med anbuksformulär och övriga handlingar enligt särskild förteckning. I anbuksformuläret under punkt 5 framgår vilka obligatoriska krav som uppställs för anbudet. Det framgår bland annat att anbudsgivaren ska acceptera villkoren i bifogad avtalsförlaga i dess helhet. Vidare ska anbudsgivaren genom ett kryss i en ruta acceptera avtalsförlagan. Bolaget har i anbuksformuläret kryssat i att bolaget accepterar avtalsförlagan i sin helhet. Som grund för att utesluta bolagets anbud från utvärderingen i det andra tilldelningsbeslutet, angav kommunen att obligatoriskt krav avseende leveransvillkor inte var uppfyllt samt att acceptans av avtalsförlagan inte var uppfyllt. Detta på grund av att reservation lämnats angående tillfartsvägar samt då antalet dagar för att utföra service inte överensstämde med avtalsförlagan. Genom att bolaget kryssat i rutan för att bolaget fullt ut accepterar villkoren enligt avtalsförlagan finns inget utrymme för oklarheter beträffande frågan om leveransvillkor, tillfartsvägar eller antal dagar för utförande av service. Oaktat vad som finns angivet i övriga handlingar innebär acceptansen att innehållet i avtalsförlagan tar över vid eventuell brist på överensstämmelse. För det fall kommunen tolkat bolagets anbud på så sätt att bolaget inte accepterat villkoren i avtalsförlagan, trots att bolaget kryssat i rutan för acceptans, har det ålegat kommunen att genom förfrågan reda ut eventuella oklarheter. Enligt uppgift har kommunen tagit kontakt med annan anbudsgivare för att reda ut oklarheter i lämnat anbud. Focus Neon hade i utvärderingsbilagan felaktigt uppgett noll centimeter på kriteriet för bredd för synlig ram, vilket ger högsta möjliga prisavdrag. Dock framgår av ritningar att bredden uppgår till tio centimeter, vilket renderar i ett mindre prisavdrag enligt utvärderingsmallen. Sandra Bergström på kommunen har till företrädare för bolaget bekräftat att kommunen varit i kontakt med Focus Neon, för att reda ut dessa mot-

stridiga uppgifter i lämnat anbud. Genom att underlåta att göra detsamma i förhållande till bolaget har anbudsgivarna inte beretts samma möjligheter att lämna ett fullständigt anbud. Därmed har kommunen brutit mot kravet på affärsmässighet.

Kommunen anför bl.a. följande. Bolagets anbud har förkastats på grund av att det inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav, så kallade skall-krav. Enligt punkt 5.4 i upphandlingsföreskrifterna ska anbud vara utformat helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud accepteras inte. Acceptans av avtalsförslagen är ett obligatoriskt krav (skall-krav). Kravet måste vara uppfyllt för att anbudsgivarens anbud ska gå vidare till den avslutande anbudsvärderingsfasen. Bolaget har i anbudsförslaget markerat med kryss i en kryssruta att de obligatoriska kraven i avtalsförslagen accepteras. I bolagets anbud med bolagets egna bifogade anbudshandlingar har bolaget offererat motstridiga avtalsvillkor, villkor som visar att bolaget de facto inte accepterar flertalet obligatoriska krav i avtalsförslagen. Mot bakgrund av att villkoren i bolagets anbud (orent anbud) inte står i överensstämmelse med de obligatoriska krav som ställts upp i avtalsförslagen och upphandlingsföreskrifterna har anbudet förkastats. – Förevarande upphandling av digitala vägs skyltar har tidigare varit föremål för länsrättens prövning i mål nr 3173-08. I målet tog rätten ställning till liknande sakomständigheter och rättsfrågor som är aktuella i förevarande mål. I upphandlingen som var föremål för länsrättens prövning hade anbudsgivaren offererat betalningsvillkor som inte stod i överensstämmelse med betalningsvillkoren (obligatoriskt krav) i avtalsförslagen. I domslutet slog länsrätten fast att anbud (orent anbud) som inte överensstämmer med de obligatoriska krav (skall-krav) som ställts upp i förfrågningsunderlaget ska förkastas. Att så kallade orena anbud eller anbud som innehåller otillåtna reservationer ska förkastas av den upphandlande myndigheten följer även av bestämmelser i LOU samt överrättspraxis och doktrin. – Följande av bolagets offererade anbudsvillkor

stämmer ej överens med obligatoriska krav i avtalsförslaget. I avtalsförslaget i punkt 4.0 anges att leverantörens uppdrag omfattar leverans, lossning, lyft, montering, installation och driftsättning av två stycken digitala vägs skyltar. Skyltarna ska levereras och installeras längs E4, en i södergående och en i norrgående riktning. Av bolagets anbud framgår att bolaget offererar leveransvillkoret "Fritt OnScreen AB", det vill säga leveransvillkor som står i strid med de obligatoriska kraven i avtalsförslaget. I punkt 4.0 anges vidare att leverantören har att bedöma behovet av eventuella extra förstärkningar samt avlägsna dem efter utfört arbete. Vidare anges att samtliga ytor som under arbetets gång tagits i anspråk för upplag, tillfälliga vägar och planer eller på annat sätt nyttjas ska återställas av leverantören. Av bolagets anbud framgår att bolaget "förutsätter att tillfartsvägar till installationsplatserna har en god framkomlighet och bärighet", det vill säga leveransvillkor som står i strid med de obligatoriska kraven. I avtalsförslaget i punkt 5.4.1 anges att leverantören vid funktionshinder fel på de digitala skyltarna ska åtgärda felen senast inom tre dagar. Av bolagets anbud framgår "att felavhjälpan åtgärd kommer att utföras inom fem dagar", det vill säga ett villkor som står i strid med de obligatoriska kraven. –

Beträffande kontrollfrågor under utvärderingsfasen har kommunen i samband med utvärderingen av anbuderna vidtagit erforderliga utredningsåtgärder och därvid ställt kontrollfrågor till några av anbudsgivarna vad gäller till anbuderna bilagda skisser över den digitala skyltkonstruktionen. Anbudsgivaren Focus Neon AB tillställdes en kontrollfråga gällande en av de skisser som bilagts deras anbud. Kontrollfrågan ställdes för att klargöra att inlämnad skiss överensstämde med de uppgifter som lämnats i utvärderingsbilagan. Även bolaget har tillställts en kontrollfråga av denna karaktär, mot bakgrund av att bilagda skisser innehöll flera kinesiska tecken eller bokstäver. Bolaget ombads redogöra för vad dessa tecken stod för. Att kommunen ställt kontrollfrågor till några av anbudsgivarna kan – som bolaget gör gällande – inte tas till intäkt för att anbuderna inte uppfyller uppställda obligatoriska krav eller att de innehåller otillåtna reservationer.

Bolaget anför i genmäle bl.a. följande. Det står klart för båda parter att de i målet aktuella LED-skyltarna tillverkas utomlands eftersom det inte finns någon tillverkare av LED-skyltar i Sverige. Det innebär att det alltid tillkommer fraktkostnader för att få skyltarna till Sverige. Med hänsyn till att den här typen av skärmar uteslutande tillverkas utanför Sverige måste det framgå om angivna priser innefattar fraktkostnader eller inte. Formuleringen ”Fritt OnScreen AB” innebär i detta sammanhang att det inte ska utgå några fraktkostnader på angivna priser eftersom de levereras fritt till bolaget. Angivna priser på skärmarna innefattar således samtliga kostnader för att få skyltarna till Sverige. Bolaget har sedan åtagit sig att leverera och installera skyltarna och dessa kostnader ingår i totalpriset. Upphandlingen omfattar leverans, montage, installation och service av skyltarna. – Anbudsgivarna har beretts tillfälle att kontrollera befintliga tillfartsvägar vid installationsplatserna. Bolaget har bedömt att dessa hade god framkomlighet och bärighet. Bolaget har dock velat försäkra sig om att dessa förhållanden inte väsentligen ändras. Därför har bolaget angett att det förutsätts att tillfartsvägar till installationsplatserna har fortsatt god framkomlighet och bärighet. – Uppgiften om att felavhjälpande kommer att ske inom fem dagar är en uppenbar felskrivning. Bolaget har accepterat avtalsförslagan fullt ut och därmed åtagit sig att avhjälpa funktionshindrande fel inom tre dagar. När anbudet innehåller sådana uppenbara motsägelser måste det slås fast vad som ska gälla. Bolagets acceptans av avtalsförslagan har därmed företräde. I vilket fall som helst hade kommunen, om det rått oklarhet om vad som gällde, genom en enkel kontrollfråga kunnat reda ut denna oklarhet. Uppenbarligen har kommunen förfarit på detta sätt i förhållande till andra anbudsgivare för att reda ut oklarheter i lämnade anbud. Bolaget vidhåller att genom att kryssa i rutan i anbudsföreläret har bolaget accepterat avtalsförslagan fullt ut. Därmed finns inget utrymme för oklarheter. Således rör det sig inte om något orent anbud som kommunen gör gällande. Även om länsrätten skulle finna att det funnits motstridiga uppgifter, ska det faktum att bolaget accepterat avtalsförslagan äga företräde framför

eventuella motstridiga uppgifter i andra dokument som bifogats anbudet. I vilket fall som helst anser bolaget att eventuella oklarheter ska tolkas till bolagets fördel, med hänsyn till att bolaget klart och tydligt deklarerat att avtalsförslaget accepteras. Uppenbarligen hade kommunen vid sitt första tilldelningsbeslut gjort den bedömningen att det inte varit fråga om några otillåtna reservationer och att bolaget accepterat avtalsförslaget, eftersom bolaget vid det tillfället vann upphandlingen. – Kommunen vitsordar att kontakt tagits med en av anbudsgivarna för att reda ut vissa oklarheter i lämnat anbud. Genom att inte förfara på samma sätt och genom att underlåta att ställa sådana kontrollfrågor till bolaget, när det var oklart vad som avsågs med vissa uppgifter, har kommunen brutit i kravet på likabehandling och öppenhet.

Länsrätten gör följande bedömning.

En anbudsgivare måste svara på det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget i sin helhet. I annat fall ska anbudet förkastas. Vidare anses ett anbud som innehåller en reservation i enlighet med avtalslagen (1915:218) inte som ett anbud och får inte heller vid offentlig upphandling tas upp till prövning (jfr Kommentarer Offentlig upphandling, Hentze och Sylvén, s. 766–767).

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår bl.a. att anbudsgivaren ska acceptera villkoren i bifogad avtalsförslaget i sin helhet. Som villkor i avtalsförslaget anges bl.a. att anbudsgivaren har att bedöma behovet av eventuella extra förstärkningar av tillfartsvägar samt att funktionshinder ska åtgärdas senast inom tre dagar.

Av utredningen i målet framgår att bolaget har kryssat i rutan för acceptans av villkoren i avtalsförslaget. Bolaget har dock i bilaga till sitt anbud bl.a. uppgett att det förutsätts att tillfartsvägar till installationsplatserna har en god framkomlighet och bärighet samt att funktionsfel åtgärdas senast inom

fem arbetsdagar. Enligt länsrättens mening bör innehållet i samtliga dokument tillmätas betydelse, varvid skäl saknas att enbart beakta att bolaget kryssat i rutan för acceptans av avtalsförslaget. Mot denna bakgrund måste bolagets anbud dels anses innehålla en otillåten reservation, dels inte anses uppfylla samtliga skall-krav. Kommunen har således haft fog för att förkasta bolagets anbud (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 17 mars 2006 i mål nr 7735-05).

Enligt LOU ges myndigheten en möjlighet att tillåta rättelse eller begära förtydliganden och kompletteringar av anbud, dock utan att ålägga myndigheten en skyldighet att utreda oklarheter. Det kan därför inte, såsom bolaget har gjort gällande, anses ha ålegat kommunen att genom förfrågan reda ut eventuella oklarheter och felaktigheter i bolagets anbud. Vidare kan det faktum att kommunen ställt kontrollfrågor till några anbudsgivare inklusive bolaget avseende inlämnade skisser, inte anses föranleda att kommunen brutit mot principen om likabehandling i LOU.

Då bolagets anbud inte kan anses uppfylla de i upphandlingen uppställda skall-kraven och då bolaget i övrigt ej förmått visa att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag, bör bolagets begäran om överprövning avslås.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut den 5 juni 2009 upphör därmed att gälla.

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


Erik Mellstrand



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.