

KLAGANDE

Office Document i Linköping AB, 556682-6755
Attorpsgatan 5 A
582 73 Linköping

Ombud: Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Linköpings kommun
Upphandlingscenter
Klostergatan 37 B
581 81 Linköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Östergötlands län dom den 28 januari 2010 i mål nr 3869-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att Lekolar AB:s anbud inte tas med i utvärderingen.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet

Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Office Document i Linköping AB (Office Document) yrkar att kammar-rätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om varvid Lekolar AB:s anbud ska förkastas. Office Document vidhåller de i länsrätten anförda grunderna till stöd för sitt yrkande och anför bl.a. följande. Linköpings kommun (kommunen) har brutit mot LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna genom att anta ett anbud trots att det inte uppfyller två av de i upphandlingen uppställda ska-kraven. Det är inte möjligt att göra undantag från ska-krav, utan de är ovillkorliga och måste vara uppfyllda av anbudsgivarna. Länsrätten har funnit att en avvikelse från ska-kravet ”om än i liten utsträckning” kan godtas, vilket sålunda är felaktigt. Det kan inte vid prövningen om ett ska-krav är uppfyllt göras en bedömning av i vilken omfattning ett ska-krav uppfylls. – Lekolar AB:s anbud uppfyller inte ska-kravet att offererade tavlor ska ha en reflexfri skrivyta. Detta har även konstaterats av länsrätten, varför Lekolar AB:s anbud inte ska tas med vid utvärderingen. Länsrättens resonemang om att den av kommunen genomförda kontrollen i form av Proof of Concept gör att ”kommunens svar på åberopade brister och felaktigheter i allt väsentligt kan godtas” är felaktigt. Kommunen har i länsrätten uppgett att det inte gjorts någon prövning av aktuellt ska-krav inom den genomförda kontrollen i form av Proof of Concept. – Kommunen har gjort gällande att ska-kravet ska tolkas på ett annat sätt än enligt ordalydelsen, vilket måste förstås som att kommunen medger att Lekolar AB:s anbud inte uppfyller detta ska-krav. Ska-kravet kan inte tolkas på annat sätt än att tavlan inte får reflektera ljus från projektorn i form av ”hot spots”. Frågan om reflexfri skrivyta är inte beroende av vilken annan utrustning som används. – Lekolar AB:s anbud uppfyller inte heller ska-kravet angående tavlans mått. Länsrätten har även konstaterat att detta ska-krav inte är uppfyllt, men kommer ändå felaktigt fram till att avvikelsen kan godtas. Länsrätten har gjort skillnad på tavlans arbetsyta och tavlans storlek och därmed fört in en parameter i resonemang-et som inte är riktig. Hela ytan på tavlan är av samma material och ska be-

traktas som ytan. En interaktiv tavla som har en yta som inte är aktiv uppfyller inte syftet med att använda en sådan tavla. Den av Lekolar AB offere-
rade produkten överstiger de maximimått som uppställts som ska-krav i
förfrågningsunderlaget. – Office Document åberopar ett utlåtande daterat
den 31 mars 2010 av Gösta Werner, forskare i optisk strålning hos SP
Sveriges Tekniska Forskningsinstitut.

Kommunen motsätter sig bifall till överklagandet och hänvisar till det som
anförts i länsrätten. Kommunen anför därutöver bl.a. följande. Kravet på en
reflexfri skrivyta har ställts upp för att den interaktiva tavlan i kombination
med kommunens utrustning inte ska ge störande reflexer. Den interaktiva
tavlan kommer att belysas med en videoprojektor för att skapa en bild för
betraktaren. Ljuset från projektorn måste reflekteras tillbaka från tavlan till
betraktaren annars återges inte någon bild. Hur stark reflektionen från ytan
blir beror på styrkan i belysningen som ytan utsätts för och om ljuset är för
starkt kan störande reflexer uppkomma. – Mot bakgrund av att marknaden
erbjuder många olika tekniska lösningar för interaktiva tavlor valde kom-
munen att använda begreppet reflexfri skrivyta. Om kommunen hade valt ett
annat begrepp som t.ex. antireflexbehandlad skrivyta, hade detta medfört att
upphandlingen riktats till en begränsad krets av leverantörer. I sådant fall
hade kommunens förfrågningsunderlag stridit mot de grundläggande
EU-rättsliga principerna och särskilt mot proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om kommunen borde ha uteslutit vinnande anbud från
anbudsutvärderingen på grund av att det inte uppfyller vissa ska-krav i
förfrågningsunderlaget.

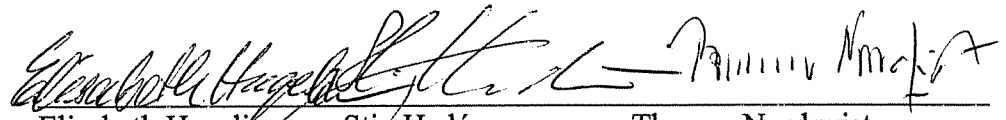
Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den
upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana ska-krav
som uppställts i förfrågningsunderlaget. Av samma princip och principen

om transparens följer att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det uppställda ska-kravet om att den interaktiva tavlan ska ha en reflexfri skrivvyta måste förstås så att tavlan inte ska reflektera ljus från projektorn så att det uppstår ljusfläckar, ”hot spots”, som gör att betraktaren får svårt att läsa informationen på tavlan. Av det i målet åberopade utlåtandet från SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut framgår att nivån på en ytas speglade egenskaper kan bestämmas med en luminansmeter. Kommunen har i målet anfört att den genomfört en visuell kontroll av vinnande anbudsgivares produkt och därvid inte uppmärksammat någon uppenbar avvikelse jämfört med det uppställda ska-kravet. Kammarätten finner, i likhet med länsrätten, att detta måste anses innebära att kommunen uppmärksammat en avvikelse men att kommunen anser att avvikelsen inte varit av sådan omfattning att den inte kan godtas. Med hänsyn härtill och vad som i övrigt framkommit i målet kan enligt kammarrättens mening den av den vinnande anbudsgivaren offererade produkten inte anses uppfylla ska-kravet att tavlan ska ha en reflexfri skrivvyta. Eftersom kommunen varit skyldig att upprätthålla samtliga i upphandlingen uppställda ska-krav, oavsett vid vilken tidpunkt det uppmärksammats att ett ska-krav inte var uppfyllt, borde Lekolar AB:s anbud ha uteslutits från utvärderingen. Genom att anta Lekolar AB:s anbud har kommunen således brutit mot 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen. Office Document har härigenom riskerat att lida skada och det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att bristen ligger i att Lekolar AB:s anbud inte uppfyllt samtliga ska-krav samt att någon invändning inte gjorts om att rättelse inte skulle vara möjlig finner kammarrätten att ett ingripande i form av rättelse, på så sätt att Lekolar AB:s anbud inte utvärderas, är en möjlig och tillräcklig åtgärd. Vid denna utgång saknas

skäl att ta ställning till den ytterligare grund som Office Document åbe-
ropat till stöd för sin talan i kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Elisabeth Hagelin Stig Hedén Thomas Nordqvist
referent

Föredragande: Johan Nordström /JN

SÖKANDE

Office Document i Linköping AB, 556682-6755
Attorpsgatan 5 A
Linköping

Ombud: Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokathyrå
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Linköpings kommun
Upphandlingscenter
Klostergatan 37 B
581 81 Linköping

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Office Document i Linköping AB:s ansökan.

Dok.Id 90450

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 I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Linköpings kommun (nedan Kommunen) genomför offentlig upphandling av Interaktiva tavlor (dnr. UH-09-67). Den genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap LOU.

Vid anbudstidens utgång den 10 september 2009 hade 18 anbud kommit in. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 10 november 2009 antagit Lekolar AB (nedan LAB). Office Document i Linköping AB (nedan Bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att rättelse vidtas avseende upphandlingens tilldelningsfas, på så sätt att utvärderingen görs om varvid anbud från LAB diskvalificeras.

Länsrätten har, efter yrkande från annan leverantör i nu aktuell upphandling, den 13 november 2009 i mål nr 3754-09 beslutat att Linköping kommuns upphandling av Interaktiva tavlor (dnr. UH-09-67) inte får avslutas innan rätten förordnar annat.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänt

Kommunen avser att upphandla interaktiva tavlor med tillhörande programvara. Dessa interaktiva tavlor ska i huvudsak användas inom skolan och dess skolsalar. Totalt ska cirka 250 skolsalar förses med interaktiva tavlor. Den interaktiva tavlan ska vara anpassad för skolbruk och levereras med programvara anpassad för undervisning i svenska skolor.

Enligt Kommunens beskrivning är en interaktiv skrivtavla, eller interaktiv whiteboard, en tavla som används i kombination med projektor och dator. Datorn skickar en bild till projektorn som visar bilden på den interaktiva tavlan. Det som görs på datorn syns på tavlan och vice versa. Tavlan fun-

gerar både som bildskärm och inmatningsenhet. Det är möjligt att styra datorn genom att trycka på skrivytan, eller peka, eller klicka med den pennan som följer med tavlan, webbsurfa, se film, jobba med musik och ljud, spara dokument, mejla och skriva ut.

Parternas argumentation

Bolaget anför i huvudsak följande.

Grunden för Bolagets yrkanden är att Kommunen har handlat i strid med LOU, när man utvärderat anbud från LAB, trots att anbudet inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav.

Skallkravsuppfyllelse

Upphandlingen avser ett stort antal interaktiva tavlor (i en första omedelbar beställning ca 250 stycken) med tillhörande programvara. Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt en mängd skallkrav. Bland annat uppställs krav om att produkten ska ha en reptålig och reflexfri skrivyta. Under samma avsnitt anges att samtliga krav måste vara uppfyllda för att anbudet ska gå vidare till utvärderingsfasen. – LAB:s anbud uppfyller inte det ovan angivna skallkravet, varför deras anbud ska förkastas. Det framgår av LAB:s produktspecifikation, att den offererade produkten saknar reflexfri skrivyta. Trots det har LAB fyllt i ja-rutorna i kravspecifikationen. I de beskrivningar av LAB:s offererade produkt som återfinns på Internet, anges inte att den har en reflexfri yta. Däremot framgår denna egenskap ("anti-glare surface") i beskrivningar av andra produkter på hemsidan, såsom CleverTracker och CleverTouch. Whiteboardtavlor som Cleverboard 3 är tillverkade med en emaljerad yta i syfte att användas endast för renodlad whiteboardteknik. Ytorna kan behandlas i viss mån, men reflexljus och blänk kvarstår när en projektor belyser ytorna, och ger upphov till s k hots-

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

pots. Beträktarens vinkel i förhållande till tavlans position samt projektorns ljusstyrka avgör graden av synlighet av dessa hotspots. På LAB:s egen hemsida beskrivs produkten Cleverboard 3 utförligt och på informationssidan finns en länk till en film där produkten förevisas. Av filmklippet framgår tydligt förekomsten av hotspots och produkten uppfyller således inte skallkravet om en reflexfri skrivyta. – Vidare uppställs i förfrågningsunderlaget ett skallkrav avseende produktens mått. Produkten ska ha en aktiv yta (arbetsyta) med höjd på min/max 115 cm/125 cm och i formatet 16:10. LAB:s produkt Cleverboard 3 har måtten 117 x 214 cm. Således har LAB valt att erbjuda en produkt som dels inte uppfyller formatet 16:10, dels överstiger det uppställda skallkravet för aktiv yta. – Sammantaget har Kommunen gjort sig skyldig till allvarliga brott mot LOU. Anbud har tagits med till utvärdering, trots att de inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav. Anbudet från LAB skulle därmed rätteligen ha diskvalificerats. De fel som föreligger i upphandlingen utgör vart och ett grund för länsrätten att förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits.

Kommunen anför i huvudsak följande.

Proof of concept

Kommunen har genom LKDATA genomfört sk Proof of Concept, alltså test och verifiering av produkterna som anbudsgivarna offererat, för att säkerställa att produkterna uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav. Den produkt som LAB har offererat uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Reflexfri skrivvyta

Bolaget påstår att LAB:s anbud ska förkastas på grund av att den offererade produkten, Cleverboard 3, inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställt obligatoriskt krav på reflexfri skrivvyta, och att denna omständighet framgår av till anbudet bilagd produktspecifikation samt av vissa webbsidor på Internet. Kommunen tillbakavisar bolagets inställning. – Av upphandlingsföreskrifterna framgår vilka uppgifter och handlingar anbudsgivarna ska bilägga anbudet. Varken där eller någon annanstans i förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivarna till anbudet ska bilägga produktspecifikationer eller lämna hänvisningar till egna eller andra företags webbsidor för att bevisa att det obligatoriska kravet på reflexfri yta är uppfyllt. Kommunen vitsordar i och för sig att det inte framgår av den produktspecifikation LAB bilagt anbudet att den offererade produkten har en reflexfri skrivvyta, men vill samtidigt tydliggöra att inte heller det motsatta framgår. LAB har således i sitt anbud inte lämnat några uppgifter som är motstridiga och som skulle påvisa att den offererade produkten inte uppfyller nu aktuellt obligatoriskt krav. – Som antytts ovan är webbsidan www.clever-products.com/i.html, som åberopas till stöd för Bolagets talan, en ovidkommande omständighet i upphandlingen. Upplysningsvis kan dock nämnas att LAB inte förfogar över webbsidan, när den ägs och uppdateras av ett helt annat företag. – Kommunen vitsordar att s k hotspots kan skönjas på en reklamfilm som är tillgänglig på LAB:s webbsida, www.cleverproducts.se. Reklamfilmen är emellertid inaktuell, eftersom den återger en äldre version av produkten och som inte var försedd med en reflexbehandlad skrivvyta. Uppgifter och informationer som är eller har varit tillgängliga på LAB:s webbsida ska inte i något avseende belasta eller påverka LAB:s nu offererade produkt.

Kontroll av reflexfri skrivyta

Med anledning av förevarande överprövning har kommunen införskaffat handlingar, som utöver angiven Proof of Concept styrker att den offererade produkten är försedd med en reflexfri skrivyta. Företaget som tillverkar den nu omstridda komponenten intygar att skrivytan är reflexfri. Detsamma intygas av företaget som monterar ihop den reflexfria skrivytan med produktens övriga komponenter samt saluför den till återförsäljarleden.

Kravet på aktiv yta

Kommunen tillbakavisar Bolagets påstående om att LAB:s anbud ska förkastas på grund av att den offererade produkten inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställt obligatoriskt krav om aktiv yta (arbetsyta) och produktens totala area. – I förfrågningsunderlaget anges att den aktiva arbetsytan ska ha en höjd om min/max 115 cm/125 cm och format 16:10. Kommunen har inte ställt upp något krav på att produktens ska ha en viss area beträffande bredd och höjd, vilket bolaget synes ha som utgångspunkt. Det obligatoriska kravet som ställts innebär att den aktiva arbetsytan, som funktionen ska fungera på, får vara minimalt 115 x 184 cm och maximalt 125 x 200 cm. Den produkt LAB offererat har efterfrågat 16:10 format och en total whiteboardyta på 117 x 214 cm. På den kommer den aktiva arbetsytan att vara 117 x 187 cm. Detta medför att 117 x 27 cm av produkten kan användas som vanlig Whiteboard. LAB:s produkt uppfyller således ifrågasatt obligatoriskt krav. – Om det obligatoriska kravet hade formulerats på sätt som Bolaget vill uppfatta det, hade det inneburit att Kommunen sannolikt gjort sig skyldig till brott mot proportionalitetsprincipen. Kravet hade varit konkurrensbegränsande, och varken nödvändigt eller rimligt för att uppnå Kommunens syfte med produkten.

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010-01-28*Sammanfattning*

Med stöd av ovan anförda skäl ska bolagets talan lämnas utan bifall. Den produkt LAB har offererat uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav. Upphandlingen har handlagts i enlighet med bestämmelserna i LOU, och således inte kommit i konflikt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan rättsregel i denna lag.

Bolaget gemälar bl.a. följande.

Reptålig och reflexfri skrivyta

Kommunen anför att man genomfört Proof of Concept, test och verifiering av produkterna som har offererats och att LAB uppfyller samtliga uppställda skallkrav. Kommunen har inte visat stöd för sitt påstående i denna del. Det framgår inte heller på vilket sätt och i vilken omfattning denna undersökning skulle ha skett. Bolaget ifrågasätter hur kommunens skallkravsprovning gått till. Det är ostridigt så att LAB:s produktblad och annan produktinformation inte innehåller någon uppgift om att skärmens yta skulle vara reptålig och reflexfri, samt att den instruktionsfilm som finns på tillverkarens egen hemsida på ett tydligt sätt visar stora problem med reflektering (så kallade hot spots). Det är också ostridigt i målet att LAB har bifogat produktspecifikationer till anbudet. Kommunen hade vid skallkravsprovningen tillgång till uppgifter som visar att i anbudet offererad produkt brast i skallkravuppfyllelse. Trots detta tycks Kommunen inte ha gjort någon provning av kravuppfyllelsen, utan endast nöjt sig med att "pricka av" i rutan. Kommunens provning av i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav har inte varit tillfyllest, om man inte har noterat att kravet på reflexfri yta inte uppfylls av LAB:s offererade produkt. – Vad gäller Kommunens skallkravsprovning, för Kommunen ett resonemang om att det av upphandlingsföreskrifterna skulle framgå vilka uppgifter och handlingar anbudsgivarna skall bilägga anbudet. Detta är emellertid inte frågan. Rätte-

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

ligen förhåller det sig på det sättet att Kommunen i förfrågningsunderlaget (kravspecifikationen) uppställer de skallkrav respektive börkrav som leverantören har att uppfylla i sitt anbud. Leverantören skall lämna de beskrivningar, bilagor etc som efterfrågas och som styrker att kraven uppfylls. När det förekommer en mängd informationsmaterial från företaget själv som ger vid handen att ett skallkrav inte är uppfyllt, så ökar detta naturligtvis Kommunens ansvar att pröva och vidimera skallkravsuppfyllelsen. Som ett jämförande och tydligt exempel kan nämnas att i en upphandling av förbrukningsmateriel till sjukvården så upphandlas engångshandskar med skallkravet att handskarna skall vara utformade för en höger- respektive vänsterhand med plats för fyra fingrar och en tumme på rätt ställe på vardera handsken. Om en anbudsgivare kryssar för "ja, uppfyller skallkravet" i sitt anbud, men det sedan framgår av ex varuprov att handskarna har fem fingrar men ingen tumme, så är skallkravet inte uppfyllt. Den upphandlande myndigheten har vid sin skallkravsprövning tittat på varuprovet och kommit fram till att skallkrav inte är uppfyllt, trots att anbudsgivaren skrivit så i sitt anbud. Om man applicerar detta exempel på här aktuell upphandling kommer man fram till att oavsett vad LAB har skrivit i anbudet, har den offererade produkten en yta som reflekterar ljus och därmed uppfylls inte kravet på reflexfri yta. – En upphandlande myndighet är skyldig att pröva respektive utvärdera samtliga krav och kriterier som uppställs i förfrågningsunderlaget samt de uppgifter, den information mm som leverantören anger och bifogar anbudet. Kommunen vitsordar att det inte framgår av produktspecifikationerna att produkten Cleverboard 3 skulle ha reflexfri yta. Det kan konstateras att reflexfri yta är en sådan viktig funktionsegenskap att det alltid framgår av produktspecifikationen om en produkt har den. Ingen leverantör skulle avstå från eller av slarv missa att ta med en egenskap som är ett så viktigt och intressant försäljningsargument som att tavlan inte reflekterar ljus. Det borde därför ha stått klart för Kommunen att avsaknad av denna uppgift i produktspecifikationen innebär att produkten inte har egenskapen, dvs reflexfri yta, eller i vart fall borde

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

det ha varit en varningsklocka för Kommunen som borde ha lett till att de gjorde ordentliga efterforskningar i sin skalkravsprövning. Leverantörens egen instruktionsfilm, som återfanns på leverantörens hemsida, visar tydligt att tavlans yta inte är reflexfri, utan att det förekommer tydliga hotspots. Detta vitsordas också av Kommunen. Det är därmed ostridigt i målet att den aktuella produkten objektivt sett och de facto inte uppfyller uppställt skalkrav. Det är i sammanhanget intressant att notera att Kommunen påstår att LAB inte förfogar över ifrågavarande webbsida. Trots det har LAB efter Bolagets ansökan om överprövning ändrat på sin hemsida och uppger numera att Cleverboard 3 har en reflexfri yta. – Vad sedan gäller instruktionsfilmen på hemsidan försöker Kommunen mildra det faktum att man ser och vitsordar att s.k. hotspots förekommer på denna, genom att göra gällande att filmen skulle vara inaktuell och återge en äldre version av produkten ifråga. Bolaget är av uppfattningen att detta påstående inte är riktigt. Det förekommer inte någon uppgift eller i övrigt något som tyder på att det skulle vara fråga om en annan produkt. Istället framgår det att filmen avser just den produkt som offererats i anbudet. Det ifrågasätts dessutom att en näringsidkare skulle välja att ha en förlegad version av produkten i sin film som åtnjuter påvisbara brister om man har en nyare produkt som inte har dessa brister. Dessutom finns det inte något i produktbeteckningen eller i övrigt som tyder på att det skulle vara en annan produkt. Kommunens påstående i denna del bär inte sannolikhetens prägel. LAB har numera har tagit bort filmen på hemsidan. – Slutligen, vad gäller skalkravet att tavlan skall ha reflexfri yta, ger Kommunen in någon form av intyg från tillverkaren och någon underleverantör som påstås visa att Cleverboard 3 skulle vara försedd med reflexfri yta. Detta bestrids av Bolaget. För det första så hänvisar man i intygen till att tavlorna skulle förses med någon form av ny, matt yta. Det är emellertid endast ett löst och mycket kortfattat påstående som inte beskrivs eller förklaras alls. Det är inte möjligt att från intygen utläsa någonting, vare sig vad gäller vad denna yta består av, när den skulle införas, vad den har för effekter, i vilken mån

den har testats etc. Det enda som står är att syftet med ytan är att motverka reflektering, men det står ingenting om i vilken grad som detta lyckas. För det andra så har intygen tagits fram som en del av processen i länsrätten. Det är uppenbarligen inte någon uppgift som Kommunen har känt till i prövning och utvärdering av anbuden, utan intygen är en efterhandskonstruktion. För det tredje så är de mycket kortfattade intygen skrivna av personer som är i hög grad partiska och som har ett stort intresse av utgången i målet. Det kan alltså konstateras att intygen inte har något bevisvärde. De tillför inte någon relevant uppgift. Detta blir än mer uppenbart när man genomför en enkel Googlesökning. En sådan sökning på Internet ger vid handen att det inte finns en enda uppgift om att Cleverboard 3 skulle ha en matt yta (som påstås i intygen). När man istället gör motsvarande sökning avseende matt yta på produkten Clevertracker (som enligt produktbladet har reflexfri yta) så ger det 1.190 träffar. Att Cleverboard 3 inte har matt yta framgår också av tillverkarens egen beskrivning till sina säljare, dvs ett interndokument. Det kan således konstateras att Kommunens uppgifter i denna del är oriktiga.

Aktiv yta m m

Vad gäller frågan om den interaktiva tavlans storlek, så uppställs i förfrågningsunderlaget skallkrav avseende den aktiva ytans mått med att den får vara minst 115 x 184 cm och maximalt 125 x 200 cm. Produkten Cleverboard 3 har måtten 117 x 214 cm. Kommunen för ett krystat resonemang om att den yta som överskrider den aktiva ytan kan användas till annat. Detta förefaller märkligt och inte ändamålsenligt. Självfallet är det så att Kommunen har uppställt skallkraven i förfrågningsunderlaget av någon anledning. Det förefaller osannolikt att beställaren vid framtagandet av förfrågningsunderlaget har ansett storleken på den aktiva ytan vara av så stor betydelse att man har uppställt ett skallkrav om såväl en minsta som en maximal yta, och numera tycks anse att den maximala ytan saknar betydelse.

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

se och istället kommer med märkliga resonemang. Rätteligen förhåller det sig på det sättet att det strider mot såväl proportionalitetsprincipen som principerna om förutsebarhet och transparens att uppställa skallkrav på minimi- och maximimått för tavlan, och sedan göra en fri tolkning av kravets innebörd. Skulle det vara så att endast den aktiva ytan har betydelse och att tavlans mått var irrelevanta, så hade detta behövt beskrivas och framgå explicit av förfrågningsunderlaget eftersom den tolkningen varken är logisk eller branschstandard. – Att måtten på den aktiva ytan hänger samman med tavlans yttre mått följer också av logisk tolkning och tillämpning. Här kan en relevant jämförelse göras med en vanlig TV. Om man köper en TV av viss tumstorlek (såsom i det här fallet 16:10) så är man som kund självfallet endast intresserad av en TV som är rimligt mycket större än själva bildytan. Man vill inte ha en riktigt stor TV med en medelstor bildyta, utan yttermåttan måste vara ändamålsenliga i förhållande till bildytan. – Det är dessutom på det viset att tavlans yttermått har funktionen att begränsa arbetsytan så att man som användare kan se och förstå var man kan använda tavlan och arbeta. Om måtten inte stämmer får man som användare på något sätt gissa sig till var gränsen går för den aktiva ytan, dvs där man kan arbeta. Detta framgår också av tillverkarens instruktionsfilm.

Kommunen genmäler bl.a. följande.

Proof of Concept

Bolaget ondgör sig över bristande information om hur Proof of Concept har genomförts. Kommunen tillbakavisar bolagets inställning. Av upphandlingsföreskrifterna framgår tydligt vad som gällt i denna del av anbudsutvärderingen. Proof of Concept är som tidigare anförts i målet en slutlig verifiering och test av ett fysiskt exemplar av "vinnande anbudsprodukt" i Kommunens datamiljö. Kommunen har inte genomfört några tekniska mätningar av reflexer. Kommunen har däremot genomfört visuell

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010-01-28

kontroll av den reflexfria ytan, varvid Kommunen inte uppmärksammat någon uppenbar avvikelse jämfört med uppställt obligatoriskt krav. Kommunen har inte ställt djupgående specifika mätkriterier på varje del av efterfrågad produkt, på grund av att detta inte skulle vara rimligt i relation till värdet på det som upphandlas och hur produkten är tänkt att användas i undervisningsmiljön. LAB:s produkt uppfyller det obligatoriska kravet på reflexfri skrivyta.

Aktiv yta

Kommunen tillbakavisar Bolagets märkliga påståenden och resonemang om att LAB:s anbud ska förkastas på grund av att den offererade produkten ej uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställt obligatoriskt krav om aktiv yta (arbetsyta) och produktens totala area. Kommunens angivelse av aktiv yta och area är kopplad till att den ska passa ihop med en videoprojektors belysningsyta, utifrån placering och installation av videoprojektorn. Inget obligatoriskt krav på inramning har ställts upp mot bakgrund av att den belysta ytan utgör en tydlig markering av aktiv arbetsyta. Bolagets jämförelse med en TV är fel, bland annat därför att en whiteboard används i skolsal för att skriva på. Mer yta bredvid den aktiva ytan är i undervisningssammanhang snarare en fördel än en nackdel. Med anledning härav har inget krav på begränsning i den totala whiteboardytan uppställts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget gemälar bl.a. följande.

Reptålig och reflexfri skrivyta

Kommunen anför om sitt så kallade Proof of Concept och hur detta skulle ha gått till, saknar relevans. Det som dock kan konstateras är att Kommunen underlåtit att inom ramen för Proof of Concept eller på annat sätt, försökt säkerställt att LAB:s produkt uppfyller skallkravet om reptålig och

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

reflexfri yta. Huruvida Kommunen har genomfört någon kontroll av andra skallkrav är inte intressant för länsrättens bedömning av den bristande uppfyllelsen av detta skallkrav. Vad Kommunen anför om vad man inte har gjort i skallkravsprövningen förefaller för Bolaget något svårt att förstå. Vad Bolaget däremot kan konstatera är, såsom tidigare har anförts, att Kommunen själv i förfrågningsunderlaget har uppställt ett explicit skallkrav avseende krav på rep- och reflexfrihet, att man inte säkerställt att vinnande anbudsgivare uppfyller detta skallkrav, och dels att det de facto förhåller sig på det sättet att vinnande anbudsgivare inte uppfyller skallkravet. – Enligt LOU är omfattningen av skallkravsprövningen inte beroende av omfattning eller ändamål med upphandlingen. Detta har istället betydelse vid uppställandet av krav och kriterier. Om det är så att en beställare anser att ett skallkrav inte är tillräckligt viktigt eller intressant för att verifieras, borde kravet aldrig ha ställts. Är kravet oviktigt så strider det mot den grundläggande proportionalitetsprincipen att alls uppställa kravet. Kommunen har uppställt ett skallkrav som man sedermera har frångått. Detta blir än mer tydligt av att Kommunen synes mena att det inte är rimligt att göra någon omfattande skallkravsprövning delvis med beaktande av "hur produkten är tänkt att användas i undervisningsmiljö". Eftersom hela upphandlingsföremålet är interaktiva tavlor att användas just i undervisning, kan vad Kommunen anför i denna del inte tolkas på annat sätt än att man numera gör gällande att tavlorna inte skall användas till det som var upphandlingsföremålet och som interaktiva tavlor faktiskt är avsedda för, nämligen tillsammans med en dator/videoprojektor. Vad de istället skall användas till berättar inte Kommunen. Att frångå i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav och dessutom förändra föremålet för upphandlingen på det sätt som Kommunen har gjort strider mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. – Bolaget har på ett konkret sätt visat att den produkt som LAB har offererat faktiskt reflekterar ljus i stor omfattning och att det därför inte uppfyller kravet på reflexfri yta. Det framgår av såväl produktblad som produktfilmer att tavlan starkt reflekterar ljus. Det

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

fordras alltså inte några "djupgående specifika mätkriterier" som Kommunen uttrycker saken, för att konstatera att skallkravet inte är uppfyllt. Kommunen har vare sig i skallkravsprövningen eller nu senare i länsrätten, tydligt och konkret prövat och dokumenterat skallkravet om reflex- och repfri yta. Istället ger man svepande och allmänt hållna kommentarer om att skallkravet skulle vara uppfyllt. Kommunen anger att man tittat på produkten ("genomfört visuell kontroll") och att man därvid inte uppmärksammat någon "uppenbar avvikelse". Dessa skrivningar strider mot LOU. Enligt LOU tillåts inte avvikelse överhuvudtaget. Bevisbördan placeras dessutom fel när bedömningen görs på det sättet. Enligt LOU ska skallkrav uppfyllas, vilket är ett strängare krav än att beställaren skulle göra någon form av avvikelsebedömning. Man har överhuvudtaget inte motbevisat de reflexer (hotspots) som de facto syns på filmerna, eller gjort någon bedömning av att LAB:s egna produktblad är utformade på ett sådant sätt att det framgår att skallkravet inte är uppfyllt. – Det är såväl resurs- som kostnadskrävande för leverantörer att lägga anbud i upphandlingar. Det är såväl i leverantörernas som beställarnas - och skattebetalarnas - intresse att upphandlingarna sker på ett sätt som följer upphandlingsrätten och som tillvaratar konkurrensen på marknaden. Genom att i förfrågningsunderlaget uppställa skallkrav, vilka beställaren senare i upphandlingsprocessen avviker eller bortser ifrån, så har man de facto inte fått jämförbara anbud och man har inte tillvaratagit konkurrensen på marknaden. Man har också "lurat" leverantörer att lägga ner tid och kostnader på att framställa och lämna in anbud som inte motsvarar det som beställaren i slutändan bedömer. Detta strider mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. – Kommunen anför att de numera anser att det inte spelar någon roll vad tavlan har för maximal storlek, bara den passar ihop med ytan och måtten för projektorn som används. Vad Kommunen anför strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. – Tavlans funktion förutsätter alltså att en projektor används. Vad Kommunen anför är att det spelar ingen roll om skallkravet på maxmått inte uppfylls, eftersom det då blir "tavla

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

över". Detta strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. I det här fallet har beställaren efterfrågat vissa mått för att tavlans funktioner skall kunna användas. Den jämförelse med en TV som Bolaget har gjort är i hög grad relevant. Det är nämligen så att tavlans funktionalitet ligger i att den är kopplad till en dator. Utan funktionalitet skulle man istället använda en vanlig whiteboard (eller en gammal svart tavla), vilket inte kostar ens en bråkdel av vad en interaktiv tavla kostar. Alltså förhåller det sig på det sättet att en tavla utan funktionalitet, eller med områden utan funktionalitet, inte uppfyller upphandlingsföremålet och de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven. – Det kan också konstateras att en tavla med ett område som inte är interaktivt närmast kan vara farlig i undervisningshänseende, eftersom det medför att endast delar av det som skrivs på tavlan kommer med i det underlag som sparas i datorn. Eleverna kommer därmed att få enbart delar av undervisningsmaterialet i sina utskriftar mm.

Kommunen genmäler bl.a. följande.

Kommunen har säkerställt att uppställda obligatoriska krav är uppfyllda. Bolaget åberopar att "i den prövning och utvärdering som görs åligger det beställaren att på en rimlig nivå säkerställa att leverantören har substans bakom vad man säger i anbudet". Det är precis vad Kommunen gjort, genom att på en mer än rimlig nivå - genom Proof of concept och visuell kontroll - säkerställt att vinnande anbud uppfyller uppställda obligatoriska krav (jfr Kammarrätten i Göteborg, dom 2009-12-18, mål nr 4904-09 med vidare hänvisningar). Kommunen tillbakavisar bestämt bolagets förvrängda bild över hur anbudsutvärdering gått till samt de så kallade bevis som bolaget åberopar till stöd för sin talan.

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

Bolaget gemmäler slutligen följande.

Reptålig och reflexfri skrivyta

När det föreligger diskrepans mellan vad en anbudsgivare anger i kravspecifikationen, och vad som i övrigt framkommer i anbudet, medför det en extra skyldighet för beställaren att pröva och säkerställa skallkravsuppfyllelsen. – Kommunen hänvisar till ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 4904-09). I domen resonerar Kammarrätten om beställarens skyldighet att pröva inkomna anbuds skallkravsuppfyllelse. Kammarrätten poängterar att likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU innebär att beställaren inte får göra några avsteg från i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav. Kammarrätten menar att beställaren inte får efterge eller bortse från sådana skallkrav som uppställs i förfrågningsunderlaget, även om uppgiften blivit känd först i samband med överprövningsprocessen. Man kan konstatera att i det här aktuella fallet, har det i vart fall under överprövningsprocessen blivit känt att LAB:s tavlor inte uppfyller kravet på reflexfri yta. I enlighet med Kammarrättens dom i det refererade målet, innebär det att rättelse skall vidtas genom att LAB:s anbud skall förkastas och att utvärderingen därmed skall leda till att Bolaget tilldelas kontraktet.

Lagtext mm

Av 1 kap 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas 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.

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄNDOM
2010 -01- 28

I RA 2002 ref. 50 uttalade Regeringsrätten att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten har i dom denna dag (mål nr 3754-09), på talan av annan anbudsgivare, funnit att det inte framkommit sådana brister som föranleder att upphandlingen rättas eller görs om.

All upphandling enligt LOU ska göras affärsmässigt och med utnyttjande av all tillgänglig konkurrens. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas objektivt. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett tydligt och förutsebart förfrågningsunderlag. I utvärderingsfasen av en upphandling förekommer alltid, vilket är ofrånkomligt, ett visst mått av bedömningar och värderingar. De krav som ställs på utvärderingen är att denna sker inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens inte träds för när. För att upphandlingsförfarande ska anses strida mot dessa principer ställs relativt höga krav, vilket framgår av ovan angivna rättsfall.

Reptålighet och reflexfri yta

I målet är ostridigt att det vid förevisning av produkten Cleverboard 3 på LAB:s hemsida förekommer viss ljusreflektion. Bolaget har anfört att Cleverboard 3 alljämt ger upphov till ljusreflektion i form av s k hotspots. Kommunen har i svaromål anfört att den version av Cleverboard 3 som offererats i här aktuell upphandling har förevisats och verifierats i Proof of Concept och att det vid visuell testning av produkten inte kunnat påvisas någon uppenbar avvikelse i förhållande till uppställt obligatoriskt krav.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att LOU förutsätter att ett uppställt skallkrav ska vara uppfyllt för att ett anbud ska kunna antas. Vad Kommunen anfört i denna del kan tolkas som att LAB:s offererade produkt avviker, om än i liten utsträckning, från kravet om reflexfri yta. Kommunen har genomfört kontroll av produkten genom Proof of Concept och funnit att den kan godtas samt uppfyller skallkraven. Länsrätten finner att Kommunens svar på åberopade brister och felaktigheter i allt väsentligt kan godtas.

Arbetsytans mått och format

I målet är ostridigt att offererad produkt från LAB har måtten 117 cm x 214 cm. Bolaget har anfört att Kommunen, genom att anta anbud från LAB, har frångått uppställda obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget och därigenom handlat i strid med LOU och grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Kommunen har i svaromål anfört att den aktiva ytan på LAB:s produkt mäter 117 cm x 187 cm och att resterande del (117 cm x 27 cm) utgör biyta som kan användas som vanlig whiteboard.

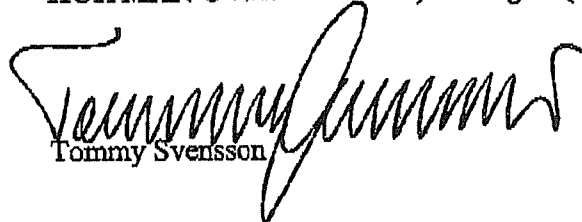
Länsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget, under rubriken obligatoriska krav, endast anges att höjden på den aktiva ytan, dvs arbetsytan på produkten minst ska uppgå till 115 cm och att den inte får överstiga 125 cm i formatet 16:10. Det medför att den aktiva ytan inte får understiga 115 cm x 184 cm eller överstiga 125 cm x 200 cm. Länsrätten finner att då arbetsytan, som är den i förfrågningsunderlaget angivna ytan, på LAB:s offererade produkt Cleverboard 3 mäter 117 cm x 187 cm, måste produkten anses uppfylla det obligatoriska kravet. Vad Bolaget anfört beträffande den yta som inte räknas som arbetsyta föranleder ingen annan bedömning. Vad Bolaget anfört i denna del kan inte anses innebära grund att bifalla talan.

Sammanfattning

Det får anses framgå att förfrågningsunderlaget har haft otydligheter i vissa avseenden. Bristerna framstår dock inte som allvarligare än att de i enlighet med vad som anges i RÅ 2002 ref 50 kan godtas vid överprövning.

Sammanfattningsvis innebär vad bolaget har åberopat inte att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget, utvärderingsförfarandet eller i förfarandet i övrigt av sådan art eller omfattning att den genomförda upphandlingen strider mot de krav som uppställs i LOU eller mot gemenskapsrättens principer. Bolagets talan ska därför avslås.

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



Tommy Svensson

Föredragande har varit länsrättsnotarien Henrik Lindblom

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.