

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM
2009-10-26
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3090-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

Tunstall AB, 556387-8551
Årstaängsvägen 1 A
117 43 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Schultz
White & Case Advokataktiebolag
Box 5573
114 85 Stockholm

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud: Elisabet Tallving
Upphandlingscenter; Fjärde Storstadsregionens
kommunalförbund
601 81 Norrköping

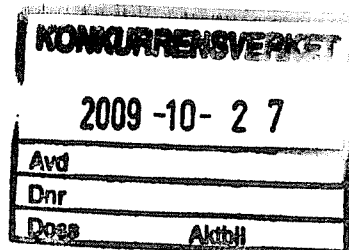
SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår överklagandet.

Länsrättens interimistiska beslut från den 1 oktober 2009 upphör därmed
att gälla.



Dok.Id 84656

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

YRKANDE M.M.

Norrköpings kommun, Upphandlingscenter (nedan Kommunen), genomför upphandling gällande Vrinnevihus internt larmsystem, UH-09-77. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 21 september 2009 antagit ett anbud från annan leverantör än Tunstall AB (nedan Bolaget). Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande enligt LOU. Av bilaga till tilldelningsbeslutet framgår att två anbud inkommit och uppfyllt kvalificeringskraven. Det framgår att Bolagets anbud ansetts innehålla en otillåten reservation och har därför förkastats i anbudsutvärderingen.

Bolaget ansöker nu om överprövning av upphandlingen enligt 16 kap. 2 § LOU samt yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits innebärande att kommunen ska utvärdera samtliga anbud utifrån utvärderingsgrunden lägsta pris. Som grund för sin talan anför Bolaget att kommunen har brutit mot såväl likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU som mot bestämmelserna i 15 kap. 15 och 16 §§ LOU. Detta har medfört att bolaget lidit skada, eftersom Bolaget har lämnat det fördelaktigaste priset i upphandlingen.

Kommunen yrkar att Bolagets talan ska lämnas utan bifall.

Länsrätten fattade den 1 oktober 2009 på Bolagets begäran, ett interimistiskt beslut att upphandlingen gällande Vrinnevihus internt larmsystem (dnr UH-09-77) inte får avslutas. Beslutet gäller omedelbart och tills länsrätten beslutar annat i målet.

Parternas argumentation

Bolaget anför att Kommunen har missförstått Bolagets anbud. Kommunen har felaktigt intolkat ”reservationer” dels i en allmän teknisk information,

och dels i en ren felskrivning. På grund av de påstådda reservationerna har Bolagets anbud förkastats i anbudsutvärderingen, detta trots att Bolaget accepterat villkoren i förfrågningsunderlaget. Det är inte fråga om reservationer. Med reservationer i anbud avses inom byggindustrin anbud som avviker från förfrågningsunderlaget.

Den allmänna tekniska informationen

Kommunen har anfört att stycket under "Teknisk Beskrivning" i Bolagets anbud utgör en s.k. otillåten reservation. Stycket lyder: "För att säkerställa full funktion på ett trådlöst telefonsystem bör det inte finnas andra trådlösa s.k. Dect-system i byggnaden eller i dess omedelbara närhet." Med "Dect" avses "Digital Enhanced Cordless Telecommunications" vilket är en standard för sladdlösa telefoner inom Europa. Detta är inte en otillåten reservation enligt AFB.312 utan en allmän rekommendation som gäller all Dect-telefoni, oavsett leverantör. Bolaget har endast upplysningsvis lämnat information om att det i händelse av att det förekommer flera Dect-system i närheten av en och byggnad eventuellt kan förekomma vissa störningar. Det är fråga om allmän teknisk information vars innebörd även borde gälla andra anbudsgivare eftersom deras system också skulle komma att påverkas. Bolaget har således lämnat allmängiltig information. Dessutom har Bolaget i stycket ovanför det stycke som Kommunen valt att återge angett att de erbjuder följande: "Leverans och installation av Internlarmsystem Accent med larmmottagning i Cobs telefonsystem enligt förfrågan." Bolaget har därmed uppfyllt skall-kravet om att anbudet ska anges helt enligt förfrågningsunderlaget.

AB 92

Hänvisningen till AB 92 är en ren felskrivning från Bolagets sida. Kommunen borde ha insett detta. Felskrivningen borde dessutom sakna betydelse eftersom Bolaget accepterat villkoren i förfrågningsunderlaget skriftligen och fullt ut. – Som framgår av texten under rubriken "Etablering" i

Bolagets anbud, avser den i och för sig oriktiga hänvisningen till AB endast hinder. Det är alltså inte fråga om någon generell hänvisning till AB såsom Kommunen synes vilja göra sken av. Texten innehåller i alla hän- delser inte något avsteg från ABT 06, eftersom bestämmelserna om hinder är identiska i AB 04 och ABT 06. Detta framgår av att ABT 06 4 kap. 3 § inte är gråmarkerad. Förhållandet är detsamma mellan AB 92 och ABT 94. Här gäller dock att bestämmelserna om hinder är mer gynnsamma för be- ställaren enligt de äldre bestämmelserna. Hänvisningen till bestämmelserna om hinder i AB 92 skulle alltså snarare ha varit till Kommunens fördel i förhållande till ABT 06. – Påståendet att hänvisningen skulle vara gjord för att medvetet styra över upphandlingskontraktet enligt AB istället för ABT är på alla sätt missvisande.

Enligt Kommunen gäller att skall-kraven måste vara uppfyllda för att ett anbud ska gå vidare till den avslutande utvärderingsfasen. Av bilagan till tilldelningsbeslutet framgår att Bolagets anbud har gått vidare till anbuds- värderingen. Någon avvikelse från förfrågningsunderlaget kan därför inte ha funnits i Bolagets anbud, eftersom anbudet gått vidare.

Kommunen menar att bolagets anbud förkastats, eftersom anbudet inte uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav. Kommunen har handlagt upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU och således inte kommit i konflikt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan rättslig regel i denna lag. Till stöd för sin talan åberopas länsrätten i Östergötlands läns avgörande den 29 juni 2009 i mål nummer 1769-09. I målet behandlas bland annat vad som gäller enligt LOU när anbudsgivare ger in anbud som inte är förenliga med de obligatoriska krav som finns i förfrågningsunderlaget. I målet slog länsrät- ten fast att anbud som inte matchar de obligatoriska krav som ställts upp i anbudshandlingarna ska förkastas. Anbud som innehåller otillåtna reserva- tioner (s.k. orena anbud) ska förkastas av den upphandlande myndigheten.

Detta följer av bestämmelserna i LOU, doktrin samt av överrättspraxis (se bl.a. Kammarrätten i Göteborg dom den 17 mars 2006 i mål 7735-05).

Den otillåtna reservationen

Enligt föreskrifterna i handlingarna ska anbud vara utformade helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud accepteras inte (se AFB.312). Det är ostridigt mellan parterna att Bolaget i kommunens anbudsformulär markerat med kryss i kryssrutorna att de obligatoriska kraven accepterats. Men av till Bolagets anbud bilagd handling framgår ”För att säkerställa full funktion på ett trådlöst telefonsystem bör det inte finnas andra s.k. Dect-system i byggnaden eller i dess omedelbara närhet”. Enligt Kommunen utgör Bolagets ifrågavarande formulering en otillåten reservation jämlikt AFB.312. Reservationen visar att bolaget inte accepterar kravet om att upphandlingen ska regleras enligt bestämmelserna i ABT, det vill säga en entreprenad som innebär att bolaget ikläder sig ett totalansvar för projektering och utförande av upphandlingsföremålet samt ett totalansvar för att upphandlingsföremålet uppfyller den efterfrågade funktion som anges i förfrågningsunderlaget.

Hänvisningen till AB

Det finns en viktig skillnad vad gäller upphandling av en utförandeentreprenad enligt AB 92 jämfört med en totalentreprenad enligt ABT 06. Skillnaden ligger i ansvarsfördelningen mellan parterna i ett upphandlat kontrakt. Kommunen tillbakavisarbolagets påstående om att ”... hänvisningen till AB 92, är denna en ren felskrivning vilket Kommunens ombud måste ha förstått”. Enligt kommunen vittnar, med beaktande av övriga omständigheter i bolagets anbud, inte ifrågavarande hänvisning till AB om en felskrivning, utan antyder snarare till att bolaget söker styra över att upphandlingskontraktet ska regleras enligt AB istället för reglerna i ABT. Det vill säga sådana regler som ur kontraktuell ansvarspunkt är mer fördelaktiga för Bolaget.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Principerna om icke-diskriminering, öppenhet och förutsebarhet, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet m.fl. är principer i gemenskapsrätten som Sverige ska följa.

Av 15 kap. 12 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar fel-skrivning 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.

Kammarrätten i Göteborg uttalade den 17 mars 2006 i mål 7735-05 bl.a. följande angående reservationer. Ett bolag som vann en upphandling av skolbussar hade gjort en reservation för att anbudspriset inte gällde i vissa fall. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle rättas och att anbudet inte skulle tas med i utvärderingen på grund av reservationen.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Under rubriken Avtalsföreskrifter:

”För entreprenaden gäller Allmänna Bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten (ABT 06) med de ändringar och tillägga som följer av administrativa föreskrifter.”

Under punkten AFB.312 anges:

”Anbud som innehåller reservationer eller s.k. sidoanbud (alternativa utföranden enligt LOU) inte kommer att tas upp till prövning.”

Av Bolagets anbud framgår bl.a. följande.

Under rubriken ”Teknisk Beskrivning” anges följande.

”För att säkerställa full funktion på ett trådlöst telefonsystem bör det inte finnas andra trådlösa s.k. Dect-system i byggnaden eller i dess omedelbara närhet.”

Under rubriken ”Etablering” anges följande.

”Förseningar som klassas som hinder enligt AB 92 debiteras per påbörjad timme.”

I bilagan ”Svarsbilaga, Kvalificering och Pris” framgår att Bolaget har kryssat i rutan ”anbudsgivaren accepterar villkoren i förfrågningsunderlaget i sin helhet”.

Länsrätten gör följande bedömning

Parterna synes vara eniga om att entreprenadformen totalentreprenad innebär att entreprenören i förhållande till beställaren ansvarar för hela utförandet och svarar för att objektet uppfyller avtalat funktion. – Parterna är i målet oense om Bolagets anbud innehåller en otillåten reservation dvs. förutsättningen att det inte finns andra Dect-system kring byggnaden och om Bolagets hänvisning till AB 92 under avsnittet om hinder ska kunna godtas som en felskrivning från Bolagets sida.

Ett anbud ska spegla det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. I annat fall förkastas i normalfallet anbudet. Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att anbudsgivaren ska acceptera villkoren i bifogad avtalsförlaga i

sin helhet. Som villkor i avtalsförslagan anges bl.a. att de avtalsföreskrifter som gäller för entreprenaden är Allmänna Bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten dvs. ABT 06 med de ändringar och tillägg som följer av administrativa föreskrifter ska vara gällande. Det framgår även att anbud som innehåller reservationer eller s.k. sidoanbud (alternativa utföranden enligt LOU) inte kommer att tas upp till prövning.

Av utredningen i målet framgår att Bolaget har kryssat i rutan för acceptans av villkoren i avtalsförslagan. Bolaget har dock i bilaga till sitt anbud bl.a. uppgett att det förutsätts att det inte finns andra s.k. Dect-system kring byggnaden för att Bolaget ska kunna säkerställa full funktion av deras produkt, dvs. det trådlösa telefonsystemet. Detta utgör enligt länsrättens mening en reservation. Det är det sammantagna innehållet i anbudet som kan tillmätas betydelse, varvid skäl saknas att enbart beakta att Bolaget kryssat i rutan för acceptans av avtalsförslagan. – Kommunen har således haft fog för att förkasta bolagets anbud (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 17 mars 2006 i mål nr 7735-05).

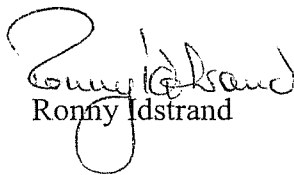
Enligt LOU ges myndigheten en möjlighet att tillåta rättelse eller begära förtydliganden och kompletteringar av anbud, dock utan att ålägga myndigheten en skyldighet att utreda oklarheter. Länsrätten anser inte, såsom Bolaget har gjort gällande, att det kan anses ha ålegat kommunen att genom förfrågan reda ut den av Bolaget påstådda felskrivningen och hänvisningen till AB 92. Detta eftersom det klart framgått i förfrågningsunderlaget att de tillämpliga avtalsföreskrifter som gäller för entreprenaden var ABT 06.

Eftersom Bolagets anbud inte kan anses uppfylla de i upphandlingen uppställda skall-kraven och eftersom Bolaget inte heller 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.

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

Av 16 kap. 1 § LOU följer att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Detta gäller även för prövning i kammarrätten. Ansökan får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att rätten upphävt ett tidigare interimistiskt beslut.


Ronny Idstrand

Föredragande i målet har varit Charlotta Neckling



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 offentlig part 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 nå 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.